

A. I. Nº - 298629.0010/13-1
AUTUADO - JBS S. A.
AUTUANTES - IARA ANTÔNIA DE OLIVEIRA ROSA
ORIGEM - INFAS/ATACADO
INTERNET - 10.03.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-01/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. Infração não contestada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Comprovado que os cortes de carne "vazio" e "fraldinha" são os mesmos, na forma de determinação normativa, a infração é procedente. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES SISTEMÁTICA PREVISTA NO DECRETO 7.799/00. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O sujeito passivo não se manifestou quanto a esta infração. 4. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. ESTORNO PROPORCIONALMENTE A MAIOR. Infração não contestada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, NAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. SAÍDAS TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não contestada. 6. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. Infração não contestada. Não acolhidas as questões preliminares trazidas pela defesa. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de setembro de 2013 e refere-se à cobrança de R\$ 530.024,65, além de multa percentual, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Efetuou o recolhimento a menor 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, no valor de R\$ 374.042,55, além da multa de 60%, ocorrências verificadas no período de setembro e outubro de 2011 e janeiro a setembro de 2012.

Infração 02. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no montante de R\$ 95.480,48.

Infração 03. Recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme anexos, no total de R\$ 32.348,75, além da multa de 60%, relativo a ocorrências no período de agosto, setembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto a dezembro de 2012.

Infração 04. Recolhimento a menor do ICMS, em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Informa a autuante, que o contribuinte autuado utilizou indevidamente redução de base de cálculo do Decreto 7799/00 nas vendas para não contribuinte, no montante de R\$ 2.029,75, no período de junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, com aplicação da multa de 60%.

Infração 05. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Informa a autuação que a empresa autuada deixou de efetuar o estorno de crédito em desacordo com o artigo 6º do Decreto 7799/00, resultando em débito de imposto de R\$ 21.123,12, multa de 60%, para tal ocorrência, nos meses de julho, agosto e dezembro de 2011, fevereiro, abril, maio, agosto e outubro a dezembro de 2012.

Infração 06. Deixou de efetuar a entrega de Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, especialmente do livro de Inventário na Escrituração Fiscal Digital – EFD no exercício de 2012, o que ensejou a aplicação da penalidade de R\$ 5.000,00.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 277 a 288, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o mesmo, argüindo, preliminarmente, que o mesmo padece de nulidade, uma vez que cerceia o seu direito de defesa.

Aduz que o Estado deve obediência ao princípio da estrita legalidade, de modo que nenhum ato poderá ser praticado pelo Poder Público sem o devido respaldo legal, e no caso em questão, o qual trata de autuação por infração à legislação tributária, não há dúvidas que a conduta infratora deve ser devidamente disposta na legislação, de modo que no momento da autuação, a indicação da conduta infratora, juntamente com o exato dispositivo legal correspondente.

Observa que tal circunstância não restou comprovada, mencionando a narração da infração contida no campo “*descrição dos fatos*” do Auto de Infração em epígrafe não corresponde a conduta descrita no dispositivo legal da multa aplicada.

Cita que no campo “*enquadramento da infração*” constam inúmeros dispositivos legais, artigos, incisos e alíneas, o que demonstra certa imprecisão no momento da autuação, bem como cerceamento do direito de defesa, tendo em vista a impossibilidade de entendimento pleno da autuação por parte da Impugnante.

Indica, de igual forma, que o enquadramento apresentado é demasiadamente confuso e contraditório, de modo que não é possível se determinar com toda certeza necessária a efetiva conduta delituosa observada pelo fisco.

Transcreve o artigo 5º da Constituição Federal, para questionar como pode se defender devidamente sem saber exatamente em qual situação sua conduta se encaixa, diante de tantas possibilidades? Tal fato, torna inviável o exercício do seu direito.

Alega que a capitulação genérica da fundamentação da notificação de lançamento incorre em evidente cerceamento de defesa, rechaçado pela Magna Carta, que eleva à condição de direitos e garantias fundamentais a ampla defesa e o contraditório, pois sem a correta e detalhada capitulação

da infração não há como defender-se, como contraditar o que não conhece, implicando em vício insanável, mesmo com toda a informalidade do processo administrativo, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional e o citado artigo 5º, LV, diz que o processo administrativo deve também assegurar a defesa ampla.

A seu amparo, transcreve decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, mencionando, de igual forma, o teor do artigo 18 do RPAF/99, observando que além do cerceamento de defesa já mencionado, restou caracterizada nulidade por insegurança na determinação da infração, diante do fato da narrativa da infração 01, a acusação é de “*recolhimento a menor de ICMS por antecipação*”. Porém, não há nenhum outro fato, narrativa ou circunstância que determine com exatidão a conduta supostamente infratora.

Além disso, enumera que a capitulação legal da multa, conforme exposto no item 2 é de “*falta de recolhimento de imposto*”, conforme se pode ver no texto do artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7014/96, tendo nas demais infrações constantes na autuação ocorrido equívocos semelhantes, de modo que não se pode saber qual foi efetivamente a conduta infratora.

Passa a seguir, a discorrer acerca do lançamento tributário ser um ato administrativo pelo qual se identifica a ocorrência de uma determinada hipótese de incidência tributária. No caso em questão, este lançamento se deu por meio da lavratura de um Auto de Infração, que sendo ato administrativo vinculado, deve obediência aos princípios da administração pública, dentre eles o da legalidade, devidamente insculpido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Nesta esteira, conclui que a obrigatoriedade de subsunção do fato tido como infrator à norma jurídica tributário é corolário do princípio da legalidade, na medida em que o Estado está obrigado a fazer somente o que a lei o permite. Com efeito, todo e qualquer lançamento tributário que eventualmente gere penalidade ou infração a Lei deve estar juridicamente fundamentado.

Entretanto, além da narrativa e capitulação deficientes, no caso em questão não restou, ao seu ver, caracterizada a subsunção do fato à norma jurídica aplicada, citando em relação à infração 01, a acusação ser de “*recolhimento à menor*”, conforme narrado no corpo do lançamento. Porém, conforme se observa do dispositivo utilizado para enquadramento da multa (artigo 42, II, d, da Lei 7.014/96) a penalidade aplicada é para “*imposto não recolhido*”.

No seu entender, verifica-se total discrepância entre a conduta descrita na narrativa com a capitulação legal da multa. Com efeito, na narrativa da infração referida retrata a ocorrência de um recolhimento parcial de tributo, enquanto que a capitulação legal trata de falta de pagamento integral do tributo, e que tal circunstância se verifica nas demais infrações constantes no presente Auto, razão pela qual a improcedência do mesmo é a medida de rigor, transcrevendo decisões deste órgão, para concluir que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente ante a falta de subsunção do fato à norma jurídica apresentada.

Relativamente à infração 01, indica que o Fisco considerou o valor equivocado da mercadoria “*bife do vazio*”. Com efeito, conforme consta das planilhas acostadas aos autos, o preço de pauta para os produtos “*bife do vazio*” e “*fralda bovina*” foi considerado o mesmo, qual seja: R\$ 10,48 (dez reais e quarenta e oito centavos) por kilograma.

Porém, argumenta que o bife do vazio é mercadoria completamente distinta da fralda, razão pela qual os preços das mesmas são diferentes, vez que os referidos cortes saem de distintas partes da carcaça bovina, conforme ilustração que apresenta, retirada do site <http://papodehomem.com.br/os-cortes-tradicionalis-de-um-autentico-churrasco>.

Para corroborar tais alegações, informa estar anexando as fichas dos dois produtos contendo as fotografias dos mesmos, bem como os padrões adotados, demonstrando-se cabalmente a diferença entre os cortes.

Ademais, de acordo com as notas fiscais acostadas na defesa, o valor do bife do vazio é bastante inferior em relação ao da fraldinha, diante do fato do, o preço de mercado do referido produto ser R\$ 8,50 (oito reais e cinqüenta centavos) por kilo.

Destarte, em sendo mercadorias diferentes, os preços jamais poderiam ser considerados os mesmos pelo Fisco. Além disso, a fiscalização não apresentou nos autos nenhuma justificativa para atribuição dos mesmos valores aos diferentes produtos.

Conclui, aduzindo que, considerando-se o erro na atribuição dos valores da mercadoria "*bife do vazio*" nas planilhas, não há que se falar em eventual falta de recolhimento de tributo por parte da impugnante.

Acrescenta, ainda, que o recolhimento do imposto no período mencionado no Auto de Infração, notadamente na infração 01 foi plenamente suficiente, conforme se comprova pela planilha que apresenta, bem como pelos comprovantes que também anexa, os quais não foram considerados pela fiscalização na apuração do valor devido, e de acordo com os valores constantes na planilha acostada aos autos, bem como dos comprovantes, resta clarividente que todo valor de ICMS do período fiscalizado foi devidamente recolhido, inexistindo qualquer diferença a ser paga.

Ressalta, ainda, que de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, a administração pública deverá obedecer, dentre outras coisas, os princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, publicidade e eficiência, e frente ao princípio da moralidade, já diziam os romanos que nem tudo que é legal é honesto (*non omne quod licet honestum est*). Significa dizer que, mesmo agindo dentro da Lei o homem pode agir desonestamente, utilizando-se inescrupulosamente da literalidade da Lei para obtenção de vantagens ou geração de prejuízo a terceiros, circunstância que restou demonstrada no caso em questão, já que não se reuniram todos os elementos necessários para formalização do Auto de Infração, mencionando ensinamento doutrinário.

Lembra que no processo administrativo impera o princípio da verdade material, onde o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados, e nesta hipótese, a autoridade administrativa competente não fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, motivo pelo qual protesta pela apresentação de outras provas durante o processo administrativo, sempre buscando a verdade como ponto primordial do presente Auto, bem como pela realização de diligência, para tanto elaborando rol de perguntas a serem respondidas pelo diligente, bem como nomeando assistente de perícia.

Finaliza, requerendo que as intimações e notificações sejam encaminhadas ao patrono da impugnante no endereço profissional indicado, sob pena de nulidade.

Informação fiscal prestada às fls. 435 a 439 pela autuante argumenta que todas as infrações estão devidamente enquadradas, demonstradas, especificadas, com descrição clara dos fatos, bem como das multas aplicadas, consoante anexos inseridos no Auto de Infração.

Quanto ao fato de que a infração 01 se referir à acusação de recolhimento a menor, contudo, o dispositivo utilizado para enquadramento da multa ser para imposto não recolhido, havendo discrepância entre a conduta descrita na narrativa com a capitulação legal, informa que tanto recolhimento a menor, como falta de recolhimento se constituem em imposto não recolhido, não havendo nenhuma discrepância a ser apontada.

Já em relação ao fato de se considerar o valor de pauta para "*bife de vazio*" igual ao da "*fralda bovina*", argumenta que em pesquisa realizada no site da EMBRAPA, constatou que ambos se constituem no mesmo corte de carne, conforme imagem que apensa, bem como documentos acostados às fls. 440 a 444, o que determina que os valores sejam os mesmos.

Ressalta que a planilha de cálculo da infração 01, se compõe de vários cortes bovinos, e não somente pelo *bife de vazio*", e que todos os comprovantes de pagamento anexados pela defendant já foram devidamente contemplados no cálculo da antecipação tributária, na forma das planilhas constantes dos autos.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

VOTO

Versa a presente autuação de 06 infrações, das quais apenas a de número 01 foi objetivamente atacada pela defesa apresentada. Início pela apreciação das questões preliminares, em relação às quais, abordo a solicitação de realização de diligência, a qual de plano, indefiro, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99 acima mencionado.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa.

Frente a tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão do julgador, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente do julgador.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Por outro lado, o pedido deveria ter sido feito, com base em fatos objetivos apurados pela empresa, lastreado em indicações, e não, como feito ao longo do processo, de forma genérica e sem apontar qualquer dado, elemento, ou falha no levantamento ocorrido, a não ser a de que "vazio" é corte de carne diverso de "fraldinha", o que deveria fazer por força de lealdade processual. Pela mesma razão, havendo prova a ser produzida, a defendant deveria fazê-lo, ainda mais se considerarmos que os elementos necessários para tal, a saber, os livros e documentos fiscais foram emitidos pela mesma, e permanecem em seu poder, e a dúvida que resta de sua parte, diz respeito à atividade por ela desenvolvida.

Além disso, trata-se de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, o que, por força da legislação societária em vigor, deve, não somente manter auditoria interna, como de igual forma, submeter as suas operações a verificação a título de auditoria, por parte de auditores independentes. Mais uma razão para que apontasse com precisão, elementos motivadores do pedido de diligência. Genericamente, conforme feito, o pedido não tem como ser acatado.

Ademais, não observou a defendant o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum apesar da longa exposição defensiva, conseguiu figurar na sua peça.

Digno de registro, é o fato da jurisprudência vir se posicionando no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

"TST - RECURSO DE REVISTA RR 862 862/2003-002-10-00.1 (TST).

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE PERÍCIA. PROVA DOCUMENTAL NÃO IMPUGNADA PELO RECLAMANTE NO MOMENTO OPORTUNO. Documentos colacionados por uma parte e não impugnados pela outra. Artigos 368 e 372 do CPC . Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de oitiva de testemunha e de realização de perícia grafodocumentoscópica objetivando desconstituir a validade e a eficácia de documentos não impugnados. Recurso a que se nega provimento."

" TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000.

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

Quanto as colocações de existência de eventual cerceamento de defesa, verifico que a autuação foi fundada em elementos concretos (livros e documentos fiscais escriturados e emitidos pelo sujeito passivo), com a devida base legal, calcada em demonstrativos analíticos planilhados constante nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, dos quais a empresa recebeu cópia.

Assim, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, comprehende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida. No caso presente, verifica-se ausente qualquer elemento de prova que venha a contradizer ou contrapor o lançamento realizado, ainda assim, houve a oportunidade de ser produzida. Logo, não se pode argüir qualquer prejuízo à sua defesa.

De igual forma, não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei Complementar e a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei nº 7.014/96.

Portanto, foram respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, inexistindo, de igual forma, qualquer desrespeito ao RPAF/99, além de não se verificar qualquer das situações previstas nos artigos 18 e 39 de tal dispositivo regulamentar, tanto é assim que o sujeito passivo apresentou-se ao fisco, contestou a acusaçãoposta, teve a possibilidade de produzir as provas que entendesse necessárias para a desconstituição do lançamento, enfim, exerceu todas as possibilidades de direito de defesa e exercício do contraditório.

Por tais razões, não vislumbro qualquer violação a tal princípio, não acolhendo tal assertiva da autuada, não podendo, pois, acatar tal argumentação, rejeitando a nulidade do lançamento.

Quanto ao argumento defensivo de que o campo “*descrição dos fatos*” do Auto de Infração não corresponde a conduta descrita no dispositivo legal da multa aplicada, que no “*enquadramento da infração*” constam inúmeros dispositivos legais, artigos, incisos e alíneas, o que demonstraria imprecisão no momento da autuação, bem como cerceamento do direito de defesa, tendo em vista a impossibilidade de entendimento pleno da autuação por parte da Impugnante, além do que o enquadramento se apresentar demasiadamente confuso e contraditório, de modo que não ser possível se determinar com toda certeza necessária a efetiva conduta evasiva observada pelo fisco, melhor sorte não merece.

Isso, pelo fato de que a descrição das infrações se apresenta com bastante clareza. ou por exemplo, aquela relativa à infração 01 (recolhimento a menor 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), não ensejando qualquer dúvida a respeito do móvel da cobrança efetuada.

Ou será que o sujeito passivo não conseguiu entender a infração 06, por exemplo: (Deixou de efetuar a entrega de Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, especialmente do livro de Inventário na Escrituração Fiscal Digital – EFD), que tipo de obscuridade carregaria nesta descrição?

Fato é que a descrição das infrações se apresenta bastante clara, sem possibilitar qualquer dúvida acerca da prática realizada pelo sujeito passivo, e como consequência, de igual forma, a descrição e enquadramento das multas propostas pela autuante, também.

E isso fica bastante claro, no momento em que, na sua peça defensiva, o próprio sujeito passivo lista as infrações e as penalidades aplicadas, mencionando literalmente os incisos do artigo da Lei 7.014/96 que prevêem a combinação de penalidades. Assim é que, por exemplo, ainda em relação à infração 06, a penalidade aplicada foi a prevista no artigo 42, inciso XIII-A, item "I" do mencionado texto legal, o qual prevê, na redação originária dada a alínea "I" tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)"

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)"

I) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD."

Evidentemente que tal descrição não se apresenta confusa, obscura ou qualquer outro adjetivo de mesmo sentido que se queira dar. Ainda assim, rebatendo a tese da autuada, previsão do artigo 19 do RPAF/99 é de 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, o que significa dizer que ainda que a autuante tivesse de forma equívocada mencionado dispositivo que não se adequasse à descrição dos fatos, este não é motivo para decretação de nulidade do ato.

O que chama atenção é que, mesmo diante de tal assertiva defensiva, o sujeito passivo enfrentou as acusações que lhe foram apresentadas no lançamento, o que comprova que não somente entendeu o seu teor, como, de igual forma, que as compreendeu, tanto que as alegações defensivas postas, guardam estrita coerência com o teor da acusação fiscal.

Assim, conforme já afirmado acima, rejeito tal argüição.

Da mesma forma, nada impede que as intimações e notificações do processo sejam encaminhados para o escritório profissional do patrono da autuada, porém, a inobservância de tal pedido não implica em nulidade do feito.

Quanto ao mérito, apesar do lançamento compreender 06 infrações, somente aquela de número 01 foi devidamente enfrentada na defesa apresentada, muito embora as demais tenham caráter diverso desta, inclusive duas delas (as de número 02 e 06) serem relativas a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, sequer foram abordadas na peça apresentada. Por tais razões, e respaldado pelo artigo 140 do RPAF/99, o qual determina que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, julgo as infrações 02 a 06 procedentes.

De relação à infração 01, única abordada na peça defensiva, versa sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na aquisição interestadual de carne bovina, sujeita à substituição tributária interna, conforme preconiza o artigo 353, inciso II, item 9, hipótese na qual o imposto deve ser pago na entrada no território deste Estado, como prevê o artigo 125, inciso II, alínea "b", ambos do RICMS/97, exigência mantida no regulamento do ICMS de 2012, que engloba parte do lançamento, o qual determina que "*são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado*", nas aquisições interestaduais com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados.

A autuante elaborou demonstrativos para a demonstração da forma de apuração do débito, nos quais estão discriminados em cada coluna todos os dados do documento fiscal, bem como, os valores calculados pela fiscalização, sendo o procedimento da fiscalização realizado ao amparo no artigo 61, inciso VIII, alínea "b", item "2", do RICMS/97, que determina que o valor do imposto deve ser calculado com base na pauta fiscal, se este for maior do que o valor da operação acrescido da respectiva MVA.

A seu favor, a autuada apenas nega que tenha diferença a recolher, afirmando que houve equívoco da autuante, ao considerar o preço do corte "vazio" como similar ao corte "fraldinha".

Para o deslinde da questão, apesar da informação fiscal assegurar que, com base em consulta realizada no site da Embrapa na internet, tal como aquela formulada pela autuada, retirada de um site que se reporta a culinária, para estabelecer a eventual diferença de cortes, entendo necessário se observar a existência de alguma normatização a respeito.

Adianto que Fraldinha ou Vazio, também chamado de aba de filé, bem como bife do vazio, vazio ou diafragma bovino é um tipo de corte de carne bovina que se localiza entre a parte traseira e a costela

do animal, representando aproximadamente 2,62% da carcaça, e no corte de costela minga, é a ponta com carne.

Conhecido como "vacio" (espanhol), "bavette d'loyau" (francês) ou "thin flank" (inglês), é a parte constituída de feixes musculares mais grossos e longos, um corte recomendado para ensopados, picados, cozidos, carne moída, carne recheada, carne desfiada (carne louca), caldos e sopa. Pode ser assada em churrasco ou na grelha, devendo ser cortada em tiras grossas. Já o denominado "pacú" é um corte do vazio ou fraldinha, também conhecido como bife do vazio, é chamado de bife de "vacio" (espanhol), "bavette de flanchet" (francês) e "flank steak" (inglês).

Esta descrição, porém, não tem o condão técnico de amparar o fisco ou o contribuinte. Todavia, para espantar qualquer dúvida, observe-se o teor da Portaria nº 05, de 08 de novembro de 1988, expedida pela Secretaria de Inspeção de Produto Animal, da Secretaria Nacional de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, este sim, o instrumento que entendo definidor dos tipos de corte, pelo seu caráter de oficialidade:

"PORTARIA Nº 5, DE 8 DE NOVEMBRO DE 1988.

O Secretário de Inspeção de Produto Animal, com base no disposto no artigo 99, parágrafo 19, letra g da Lei nº 1.283, combinado com o artigo 951 do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691, de 29 de março de 1952, resolve:

I - Aprovar a Padronização dos Cortes de Carne Bovina, proposta pela Divisão de Padronização e Classificação de Produtos de Origem Animal (DIPAC), que será divulgada através de ofício circular da SIPA.

II - Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Vantuil Carneiro Sobrinho"

A padronização de que fala a Portaria, consta em seu anexo, onde se pode observar que :

Quarto Trazeiro/Ponta de Agulha - Vazio

Termo utilizado: aba-de-filé.

É o corte constituído das massas musculares posteriores à costela-do-traseiro e resultante da divisão da ponta-de-agulha.

Limites: superior: filé-de-lombo; anterior: borda posterior do arco costal (última costela); posterior: patinho e alcatra.

Bases ósseas: - não há.

Componentes musculares: cutâneo toraco-abdominal; grande dorsal; serrátil dorsal caudal; oblíquo abdominal externo; oblíquo abdominal interno; transverso abdominal; reto abdominal.

Gânglios linfáticos: pré-crural; paralombar.

Preparação do corte: O corte é obtido da divisão da ponta-de-agulha, por seção, à faca, das massas musculares da borda posterior ao nível do arco costal até o apêndice xifóide.

O vazio pode ser subdividido em: bife-da-vazio; fralda; diafragma; quarto traseiro/ponta-de-agulha/vazio; bife-do-vazio.

Termo utilizado: pacu. É o corte constituído de massa muscular circunscrita, localizada no assoalho da parte posterior da cavidade abdominal, integrante do vazio.

Bases ósseas: não há.

Componente muscular: reto abdominal, porção pré-pública.

Gânglios linfáticos regionais: inguinais (escrotal/retromamário).

Preparação do corte - O corte é obtido por incisão da massa muscular individualizada do vazio, próxima ao tubérculo púbico.

Quarto Traseiro / Ponta-de-Agulha / Vazio - Fralda.

É o corte constituído dí massa muscular obtida do vazio, localizada posteriormente à costela-do-traseiro e na parte lateral (flanco) da cavidade abdominal.

Bases ósseas: não há.

Componente muscular: oblíquo abdominal interno;

Gânglios linfáticos regionais: inguinais; ilíaco externo.

Preparação do corte: O corte é obtido por incisão da massa muscular volumosa do vazio, com origem na ponta da anca (tuberosidade coxal), em direção ao apêndice xifóide e terminando próximo à linha alba.

Quarto Traseiro / Ponta-de-Agulha / Vazio - Diafragma.

Termos utilizados: fraldinha e entranya-fina.

É o corte constituído da massa muscular obtida do músculo diafragma, excluindo os seus pilares, que são conhecidos isoladamente como "lombinho".

Limites: lateral: face medial da sétima à décima segunda costela; ventral: face dorsal do apêndice xifóide.

Bases ósseas: seis últimas costelas (sétima . à décima segunda) e apêndice xifóide.

Componente muscular: diafragma, porções costal e esternal;

Gânglio linfático regional: esterno-diafragmático.

Preparação do corte: O corte é obtido pela liberação, à faca, das massas musculares aderidas às seis últimas costelas e ao apêndice xifóide.

A própria autuante, na sua informação fiscal, esclarece a fonte de sua metodologia, ao buscar no site da EMBRAPA, órgão oficial do Governo Federal, a descrição dos cortes bovinos, em contraposição à empresa autuada, que apenas se reporta a um site de entretenimento, sem qualquer base científica e/ou legal, para estabelecer a distinção entre os cortes de carnes. Se por um lado, ainda que mais elaborada a pesquisa encetada pela autuante, a mesma careceria de fundamentação legal, o que foi procurado por este relator, a fim de fundamentar o presente voto.

Assim, o argumento defensivo de que tais cortes de carne teriam natureza diversas, e consequentemente deveriam ter valores igualmente diferentes, à vista da determinação legal acima posta, cai por terra, e o fato da autuante considerar o mesmo valor de operação para estes tipos de carne iguais, conforme também já observado acima, não invalida a autuação, a qual deve ser mantida tal como lançada originariamente, diante de "vazio" e "fraldinha" serem o mesmo corte bovino.

Ademais, registe-se que os itens que compõem a infração 01 são diversos cortes de carnes, e não somente "vazio" e "fraldinha", e que em momento algum a autuada aponta qualquer incorreção ou incongruência em relação aos demais cortes, deixando de tecer qualquer consideração a este respeito.

Por outro lado, a infração 01 é procedente.

Por tais razões, entendo que o lançamento atende à legislação, e deve ser mantido em sua inteireza, motivo pelo qual voto no sentido de que seja procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** Auto de Infração nº 298629.0010/13-1 lavrado contra **JBS S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 429.544,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas a", "b", e VII, alínea "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 100.480,48**, previstas no artigo 42, incisos II, alínea "d" e XIII-A, alínea "l", do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2014.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR