

A. I. Nº - 281078.0007/05-0
AUTUADO - ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO, JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTA LANDULFO JORGE e CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP - COMÉRCIO
INTERNET - 25/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0264-05/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. **a)** VENDAS INTERNAS. LEITE. PRODUTO ADQUIRIDO EM OUTROS ESTADOS. **b)** VENDAS DE MERCADORIAS CUJAS OPERAÇÕES NÃO ESTÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO FISCAL INSTITuíDO PELO DECRETO N° 7.799/00 (PERÍODO FEVEREIRO/04 a SETEMBRO/04). **c)** VENDAS INTERNAS DURANTE O PERÍODO EM QUE O “TERMO DE ACORDO” SE ENCONTRAVA CASSADO. **d)** VENDAS INTERNAS À NÃO CONTRIBUINTES. **e)** VENDAS INTERNAS PARA CONTRIBUINTES INSCRITOS NA CONDIÇÃO “ESPECIAL”. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **a)** SAÍDAS INTERNAS ATRAVÉS DE “ECF”. LEITE ADQUIRIDO EM OUTROS ESTADOS. **b)** OPERAÇÕES SUJEITAS À ALÍQUOTA DE 17% PORÉM TRIBUTADAS À ALÍQUOTA DE 7%. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS NÃO TRIBUTÁVEIS. 4. CRÉDITO FISCAL. **a)** ESTORNO DE CRÉDITO. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. **b)** MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. **c)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **d)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS OCORRIDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **e)** ESTORNO DE CRÉDITO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação às infrações acima elencadas houve o reconhecimento do débito pelo sujeito passivo mediante interposição de pedido de parcelamento do débito. Encerrada a lide com *extinção* do processo administrativo fiscal quanto aos mencionados itens. Defesa *prejudicada*. Mantidas as exigências. 8. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO INSTITuíDO PELO DECRETO N° 7.799/00. (PERÍODO JANEIRO/03 a JANEIRO/04). Acusação desconstituída *ex-vi* art. 7º do Decreto n° 8.969/04. 9. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Preliminar de nulidade não acolhida. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não

contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte comprovou a improcedência de parte da exigência fiscal e reconheceu o débito em quantia inferior ao valor efetivamente devido. **10. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NOTAS FISCAIS COLHIDAS NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS ATRAVÉS DO SISTEMA CEFAMT. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** O sujeito passivo comprovou subsistir apenas em parte a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2005, exige ICMS no valor de R\$1.603.992,33 acrescido das multas de 60% e 70%, mais a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$45.934,90, pelas seguintes infrações à legislação tributária:

1. Falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte aplicou indevidamente a redução da base de cálculo (58,825%) nas saídas de leite fabricado fora do Estado da Bahia para contribuintes do ICMS. No entanto, foi concedida a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 por ser o autuado signatário do Termo de Acordo inerente ao citado Decreto (exercícios de 2003 e 2004) - R\$56.709,20;
2. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi utilizada a alíquota de 7% nas vendas internas, por Equipamento de Cupom Fiscal – ECF, de leite fabricado fora do Estado da Bahia (julho a setembro de 2003) - R\$25.775,04;
3. Falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas (exercícios de 2003 e 2004) - R\$5.153,42;
4. Falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. O contribuinte lançou o somatório do estorno de crédito, correspondente ao que determina o art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 no livro Registro de Apuração do ICMS no campo de "Outros Créditos" quando o correto seria lançar em "Outros Débitos - Estorno de Crédito" (dezembro de 2004) - R\$124.783,90;
5. Falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Aplicou indevidamente a redução da base de cálculo nas saídas de mercadorias não contempladas com o benefício desta redução prevista no Decreto nº 7.799/00 (janeiro de 2003 a setembro de 2004) - R\$428.743,02;
6. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Operações de mercadorias tributáveis a 17%, porém aplicada à alíquota de 7%. Foi concedida a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 para os produtos contemplados com o benefício (janeiro a julho de 2003) - R\$6.597,30;
7. Falta de recolhimento do imposto referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Aplicou indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 nas saídas internas para contribuintes do imposto, no período de 18/09/2003 a 16/10/2003, período que o contribuinte teve o Termo de Acordo cassado - R\$229.729,42;
8. Falta de recolhimento do ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Aplicou indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 nas saídas internas para não contribuintes do imposto (maio de

2003 a dezembro de 2004) - R\$137.095,87;

9. Falta de recolhimento do ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Aplicou indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 nas saídas internas para contribuintes inscritos como especiais (exercícios de 2003 e 2004) - R\$23.484,89;

10. Utilização indevida de crédito fiscal referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária (janeiro a abril de 2003 e janeiro, fevereiro, março e maio de 2004) - R\$7.438,34;

11. Utilização indevida de crédito fiscal referente a imposto não destacado em documentos fiscais. A empresa importou bacalhau, gozando do benefício de diferimento, entretanto creditou-se do ICMS não destacado no documento fiscal (abril de 2004) - R\$7.843,02;

12. 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. Foi consignado que o contribuinte além de não efetuar o recolhimento do imposto, creditou-se indevidamente do ICMS destacado na nota fiscal, que foi exigido na infração 10 (janeiro a abril de 2003) - R\$3.266,32;

13. 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, infringindo a determinação do art. 6º do Decreto nº 7.799/00 (janeiro, março, maio, junho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2003) - R\$26.962,32;

14. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Notas fiscais capturadas no Sistema CFAMT ou obtidas junto a fornecedores e não registradas no livro Registro de Entradas (exercícios de 2003 e 2004) - R\$387.771,63;

15. 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. Refere-se às notas fiscais capturadas no CFAMT ou obtidas junto a fornecedores, sujeitas a antecipação tributária, e não regista das no livro Registro de Entradas (exercícios de 2003 e 2004) - R\$87.381,16;

16. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias tributáveis que deram entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de bonificação (exercícios de 2003 e 2004) - R\$45.934,90;

17. Falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional à redução. O contribuinte infringiu ao que determina o art. 6º do Decreto nº 7.799/00 uma vez que, quando da apuração do percentual do estorno de crédito das vendas para contribuintes, utilizou percentual inferior ao devido. O levantamento baseou-se nas planilhas de estorno de crédito fornecidas pelo contribuinte, referente ao período de julho a dezembro de 2003 R\$25.141,30;

18. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Aquisições para o Ativo Imobilizado não registradas no livro Registro de Entradas (janeiro, fevereiro, março, novembro e dezembro de 2003, julho, agosto e outubro de 2004) - R\$20.116,18.

O autuado impugnou o lançamento fiscal através de representantes legalmente constituídos (fls. 792/828). Inicialmente transcreveu todas as infrações a ele imputadas e observou que mereciam destaque aquelas indicadas como 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13 e 17 e relacionadas com o Decreto nº 7.799/00, pois faziam parte da primeira preliminar de nulidade argüida.

Antes de adentrar nas arguições de nulidade do Auto de Infração, o impugnante discorreu sobre o princípio da verdade material inserto no art. 2º, do RPAF/99, bem como no art. 2º, do Regimento

Interno deste Colegiado, do princípio da inquisitoriedade e do princípio da tipicidade cerrada. Em síntese, entendeu que a verdade material dos fatos deveria ser perseguida por este órgão Julgador que não pode se satisfazer apenas com as “provas e versões” fornecidas pelas partes envolvidas na lide, devendo, por dever, acostar aos autos “todos e quaisquer elementos, dados, documentos ou informações, desde que obtidos por meios lícitos”, consoante art. 5º, LVI, da Constituição Federal, inclusive para evitar longas lides, que, no final, são julgadas desfavoravelmente ao Estado, pois em desconformidade com a lei.

Após tal preâmbulo e esperando que este Colegiado apreciasse todos os argumentos externados em sua defesa, passou a arguir suas razões de nulidade ao procedimento fiscal.

Como primeira preliminar, e referente às infrações 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13 e 17, disse que a matéria, à época e até o momento, se encontra sob consulta. Informou que a ASDAB – Associação dos Distribuidores e Atacadista da Bahia, que a representa, formulou consulta em 7/1/2004 à DITRI – Departamento de Tributação desta Secretaria da Fazenda, objetivando tomar conhecimento do “verdadeiro significado, repercussão e efeitos do Decreto nº 7.799/00”. Observou que como a consulta foi formulada antes da ação fiscal, de acordo com o art. 62, III, do RPAF/99, não poderia ter sido lavrado qualquer Auto de Infração relacionado ao Decreto nº 7.799/00. Por consequência, as acusações deveriam ser julgadas nulas. Observou de que o art. 63 do citado RPAF ainda lhe concede prazo de vinte dias, contados da resposta dada à consulta, para recolher o ICMS sem multa ou acréscimos moratórios.

Como segunda preliminar à nulidade do Auto de Infração, alegou a inexistência do Termo de Início de Fiscalização e dos Termos de Prorrogação sem que tivesse sido colhida a assinatura do representante legal da empresa. Ressaltou que o RPAF e o CTN exigem como condição *sine qua non* para regularidade de uma fiscalização a lavratura de termos que documentem este procedimento. Na presente autuação, os autuantes lavraram em uma mesma página de papel o termo de início e os termos de prorrogação e de encerramento da fiscalização, em clara prova de que todos foram lavrados no final da auditoria. Além do mais, não se poderia alegar regularização pelo fato dos mesmos terem sido anotados no livro Termos de Ocorrências, se fosse o caso, pois não foram levados ao conhecimento da empresa no momento das suas lavraturas.

Como argumento primeiro para desconstituição das infrações 1, 5, 7, 8 e 9 observou que o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 é claro e expresso em estabelecer o direito ao benefício da redução da base de cálculo do imposto nas operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do seu Anexo Único e este era o caso da empresa autuada. Em seguida, declarou-se impedido de se defender com mais precisão, uma vez que os autuantes não especificaram o motivo de que determinado produto, objeto da autuação, não poderia ser objeto do benefício fiscal, pois a empresa gozava dos benefícios insertos no *caput* do art. 1º, do Decreto nº 7.799/00.

Como segundo argumento e relativo às infrações 4, 13 e 17 (estornos de crédito), afirmou que embora a autuação tenha por base o art. 6º do Decreto nº 7.799/00, que não prevê a manutenção integral do crédito fiscal, ele próprio não prevê que isto não aconteça. E, mais importante, nem qualquer decreto ou mesmo lei estadual tem competência para se sobrepor ao texto constitucional, que assegura ao contribuinte a sua utilização, conforme art. 155, § 2º. Além do mais:

1. não existe previsão constitucional para se exigir estorno ou anulação de crédito fiscal, salvo nos casos das saídas subsequentes de mercadorias se derem sob o manto da isenção ou não-incidência.
2. não existe lógica em, por um lado, se conceder benefício fiscal e, por outro, exigir estorno de crédito fiscal, pois tal procedimento anularia os efeitos do benefício concedido.

Prosseguindo com sua argumentação, disse que este Colegiado, através de suas Câmaras e Juntas de Julgamento Fiscal, bem como a PGE/PROFIS, já haviam pacificado o entendimento de ser

indevida a exigência do estorno de crédito fiscal, pois a previsão contida no RICMS/97 não encontra respaldo na Lei nº 7.014/96. Transcreveu parte do Acórdão JJF nº 0259-04/05 como paradigma à matéria em discussão. Portanto, as infrações 4, 13 e 17 seriam improcedentes.

Apresentando como terceiro argumento e relativo à infração 5, expôs que com o advento do Decreto Estadual nº 8.969, de 12/2/2004 passou a valer a exigência da regra pré-existente antes das alterações efetuadas ao Decreto nº 7.799/00, conforme seu art. 7º, ou seja, as regras válidas eram aquelas que vigoravam quando da assinatura, pelo defendant, do Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda. Observou que este é, inclusive, o entendimento deste Colegiado. Para consubstanciar seu argumento, trouxe à lide os Acórdãos CJF nº 0461-12/05 e JJF nº 0259-04/05, os comentando.

O quarto argumento se referiu a infração 7. Afirmou que embora fosse verdade que teve seu Termo de Acordo cassado no período de 18/9/2003 a 16/10/2003, também era verdadeiro que em momento algum deixou de preencher os pré-requisitos necessários para gozar dos seus benefícios, o que motivou, inclusive, a sua reintegração em menos de um mês após cassação. Afirmou que esta cassação foi ato equivocado e arbitrário da Secretaria da Fazenda.

Em relação ao quinto argumento e sobre a infração 9, a entendeu ilegal “por pura falta de previsão legal para dar suporte à exigência tributária.” No seu entendimento, contribuinte inscrito no cadastro desta Secretaria de Fazenda na condição de “especial” não deixa de ser contribuinte inscrito, como entenderam os autuantes. E o art. 1º do Decreto nº 7.799/00 não o excepciona. Como oportuno para a discussão, solicitou desta Junta de Julgamento Fiscal a necessidade de ser levada em consideração o princípio da tipicidade cerrada, uma vez que não se pode validar uma autuação onde foram ultrapassados os limites da legislação no intuito de criar hipótese de incidência tributária inexistente.

No sexto argumento combateu as infrações 14 e 15. Inicialmente alegou cerceamento pleno de defesa, pois não teve conhecimento dos documentos fiscais que as originaram. Não sabe se colhidos junto ao Sistema CFAMT ou junto aos fornecedores. Além do mais, apresentou quatro razões que entendeu terem sido erros cometidos pelos autuantes, ou sejam:

1. não foi verificado se as mercadorias foram devolvidas aos fornecedores. Neste sentido, apensou aos autos cópias de documentos para embasar esta argumentação;
2. não foi verificado se pessoas de má-fé utilizaram sua inscrição estadual;
3. supondo que de fato as mercadorias deram entrada no seu estabelecimento, os autuantes não lhe deram os créditos fiscais a que tem direito, diante do princípio da não-cumulatividade do ICMS.
4. ainda que a irregularidade ficasse comprovada, não havia sido observado que poderia haver operações não tributáveis.

Além do mais e por dever de ofício, não foi verificada sua contabilidade ou a escrita fiscal dos emitentes das notas fiscais para confirmar que, “ao menos em relação a grande maioria das notas fiscais objeto da autuação, não há, definitivamente, qualquer elo de ligação entre elas e o autuado”. Afinal, afirmou, existe o roteiro de auditoria denominado de “circularização” que cumpre esta finalidade e, com base nesta auditoria bem como pelo princípio da inquisitoriedade já comentado, requereu diligência fiscal para que tal roteiro de auditoria fosse levado a efeito. Expôs, ainda, seu entendimento de que era dever do Estado, com seu poder de investigação, de buscar as provas e não invertê-la ao contribuinte que não tem o poder de polícia ou mesmo de fiscalizar outro. Afirmou que a presunção aplicada não goza de certeza jurídica. Portanto, deveria estar embasada na demonstração cabal da entrega das mercadorias ao impugnante, ou mesmo que ele pagou tais aquisições.

Por fim, na hipótese de que as infrações fossem consideradas subsistentes, deveria ser observado o princípio da não-cumulatividade, ou seja, a concessão dos créditos fiscais. Requereu diligência para que fossem elaborados novos levantamentos neste sentido.

No sétimo argumento se concentrou na infração 14. Afirma que nela, caso subsistente, as penalidades a serem aplicadas seriam as determinadas no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96 e não a exigência do ICMS, uma vez que, mesmo existindo sanção mais grave, devem prevalecer as disposições contidas no art. 112, do CTN. Neste sentido requereu, mais uma vez, diligência, para que a infração fosse enquadrada na forma que expôs, no caso de ser mantida.

Como oitavo argumento se reportou a infração 16. Disse, primeiramente, que se a mesma fosse subsistente, os créditos fiscais a elas concernentes deveriam lhe ser concedidos, conforme preceitua o princípio da não-cumulatividade do imposto. E, mesmo confirmada a tese dos autuantes, a multa aplicada (10% sobre o valor da operação sobre mercadorias tributáveis) estava incorreta, pois em se tratando de mercadorias entradas no seu estabelecimento como “bonificações”, elas não poderiam ser consideradas tributáveis. Requereu diligência para modificação do percentual da multa de 10% para 1%.

No nono argumento combateu a infração 18. Afirmau não existir prova da alegada aquisição de mercadorias para compor seu ativo fixo que não foi registrada no seu livro Registro de Entradas. Disse desconhecer quais são as mercadorias a que se referem os autuantes. Além do mais, na hipótese de que tivesse havido estas operações de entradas, era necessário que o fisco lhe concedesse os créditos destacados nas notas fiscais vinculadas às operações. Requereu diligência fiscal. Destacou, ainda, que o demonstrativo de débito do Auto de Infração não guardava qualquer lógica com a infração imputada, uma vez que se a exigência era da diferença de alíquota, nele constava indicada a alíquota de 17% e não de 5% ou 12%, conforme o caso.

Por fim, requereu, mais uma vez, diligência fiscal, a nulidade do lançamento ou a sua improcedência com base no art. 155, Parágrafo único, do RPAF/99.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 887/903 dos autos). Iniciaram observando que embora o autuado tenha se defendido em sua totalidade das infrações a ele imputadas havia reconhecido, e parcelado, o valor de R\$1.250.561,86, conforme demonstrado às fls. 785/790 dos autos.

Quanto a consulta formulada pela ASDAB, ela tem como teor as alterações do Decreto nº 7.799/00 implementadas pelo Decreto nº 8.435, de 3/2/2003 que restringiu o benefício da redução da base de cálculo do ICMS das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu Anexo Único. Em vista deste fato, somente poderia ter efeito no que se refere à infração 5, pois as demais, ou seja, infrações 1, 4, 6, 7, 8, 9, 13 e 17 não possuem qualquer relação com o seu teor. Para comprovar o que argumentou, descreveu cada uma das infrações citadas. Ressaltou que, conforme disposições do art. 59, do RPAF, na consulta formulada por entidade representativa de classe de contribuintes deve constar, com especificação, a relação das empresas a ela vinculadas. O autuado não consta da relação pela ASDAB entregue quando da consulta realizada. Afora estes motivos, a consulta foi respondida pela DITRI – Departamento de Tributação desta Secretaria da Fazenda em 6/4/2004 e encaminhada notificação ao conselente, via AR. Observou, em seguida, que o AR retornou acusando que os correios não haviam encontrado a Associação, pelo fato da mesma ter se mudado. Em vista do que expôs e apensando ao processo cópia da citada Consulta (fls. 904/933), entendeu que neste caso não poderia se falar de nulidade do lançamento fiscal.

Quanto ao argumento de que todos os termos foram lavrados em uma só folha de papel, observaram que foram lavrados diversos Termos de Intimações, além de vários e-mail trocados entre o autuado e a fiscalização (fls. 934/940). Afora que em todas as disposições do RPAF/99, citadas, não existe qualquer motivo para se decretar a nulidade de um lançamento fiscal pela falta de Termo de Prorrogação de Fiscalização.

No mérito e em relação ao primeiro argumento da deficiente, disseram que na infração 1 não foi utilizado o Decreto nº 7.799/00 para fundamentá-la. O que ocorreu foi a utilização indevida por parte do contribuinte das determinações do Decreto nº 7.826/00, quando reduziu a base de cálculo do imposto sobre o leite fabricado fora deste Estado em 58,825%. O benefício a que ele tinha direito foi concedido, ou seja, aquele do Decreto nº 7.799/00.

Em relação a infração 8, ao contrário, foi utilizado o Decreto nº 7.799/00, pois o impugnante somente tem direito a redução de base de cálculo em 41,176% para as vendas à contribuinte do ICMS e inscritos no CAD-ICMS (art. 1º do referido Decreto).

Quanto ao segundo argumento envolvendo as infrações 4, 13 e 17, transcreveram o art. 7º do Decreto nº 7.799/00 e afirmaram que quando o contribuinte celebra Termo de Acordo com o Estado aceita as condições nele estabelecidas. Dentre elas (art. 6º) consta determinado que os créditos fiscais relativos às mercadorias vinculadas às operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos art. 1º e 2º não podem exceder a 10% da base de cálculo. Este estorno informou, vem sendo realizado pelo contribuinte conforme planilhas mensais por ele próprio elaboradas. No entanto, na infração 4 se estar a exigir imposto sobre um erro cometido pelo contribuinte quando da sua apuração. Ou seja, ao invés de lançar o estorno, no seu livro de Apuração, no campo “outros Débitos – Estorno de Créditos” o lançou no campo “Outros Créditos” provocando com este procedimento um aproveitamento de crédito em duplicidade (duas vezes o valor de R\$62.391,95 – fl. 48 dos autos) e autuado. E, quanto às infrações 13 e 17, salientaram que apenas seguiram fielmente o estabelecido no art. 6º do comentado Decreto, corrigindo os lançamentos e levantamentos elaborados pelo próprio contribuinte através de suas planilhas de estorno de créditos fiscais. Por fim, quanto à constitucionalidade alegada do RICMS/97 era matéria que fugia das suas competências e deste Colegiado, ao teor do art. 167, do RPAF.

Já quanto ao terceiro argumento que envolveu a infração 5, acataram em parte os argumentos de defesa, uma vez que com o advento do Decreto nº 8.969/04 de 12/2/2004, para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799/00 com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do seu Anexo Único devem ser aplicadas as regras vigentes na legislação à data da assinatura do Termo de Acordo. Em sendo assim, excluíram da autuação todas as operações ocorridas até a data de 31/1/2004. Elaboraram novos levantamentos que apensaram aos autos, com cópia ao contribuinte, perfazendo um valor total de R\$163.575,76 de ICMS a ser exigido. Ressaltaram que este valor foi reconhecido e parcelado pelo autuado.

No que tange ao quarto argumento e referente a infração 7 informaram que o Termo de Acordo da empresa foi revogado pela Secretaria da Fazenda em 15/9/2003 através do Parecer DAT/METRO nº 7102/03 com ciência do contribuinte em 17/9/2003. Este acordo foi renovado em 16/10/2003 através do Parecer DAT/METRO nº 8086/03 (fls. 776/777). Portanto neste período a empresa autuada não poderia realizar qualquer redução de base de cálculo do imposto sob o albergue do Decreto nº 7.799/00. E, se houve, ou não, motivação plausível para a referida cassação, entenderam não ser de suas competências tecerem considerações a respeito do assunto.

Transcrevendo as determinações do art. 36 e art. 150, do RICMS/97, atacaram o argumento quinto da defesa que envolvia a infração 9. Disseram que após análise dos referidos artigos, as determinações do art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 somente poderiam ser aplicadas entre contribuintes que estivessem inscritos no CAD-ICMS deste Estado. Quanto ao fato de haver empresas com a inscrição estadual na condição de “Contribuinte Especial” não significava que, de fato, são contribuintes do ICMS, conforme determinações do art. 150, “b”, do RICMS/97, pois tais pessoas jurídicas não são obrigadas a se inscreverem, apenas por opção própria assim o fizeram. Apensaram ao processo (fls. 941/946) os dados cadastrais das empresas envolvidas com a infração.

Sobre o argumento sexto e que envolve as infrações 14 e 15, narraram que ao aplicar o roteiro de auditoria fiscal, realizaram uma circularização de notas fiscais recebidas utilizando os arquivos do SINTEGRA dos fornecedores, arquivos de notas fiscais recebidos e dos documentos fiscais capturados pelo sistema CFAMT com os respectivos lançamentos no livro Registro de Entradas do contribuinte. De posse das notas fiscais do CFAMT e cópias daquelas fornecidas pelos fornecedores e entregues pelo fisco dos Estados, elaboraram levantamento discriminando todos os dados necessários para a perfeita identificação das mesmas. Entregaram ao contribuinte as cópias dos documentos fiscais para que ele pudesse justificar possíveis incorreções, bem como, obter justificativas daqueles documentos cujas mercadorias não foram por ele solicitadas. Diversos

documentos, após tal procedimento, não foram autuados. Apenas exigiram o imposto dos que não houve justificativa. Mas mesmo assim, após analisar os documentos trazidos pela defesa, os acolheram e refizeram o levantamento fiscal. Diante deste relato, afirmaram que a representante da empresa ao alegar cerceamento de defesa por falta de conhecimentos dos documentos fiscais ou mesmo de que nas notas fiscais poderiam ter havido operações não tributáveis, faltou com a verdade ou desconhece os fatos. Porém como tiveram confiança no alegado “bom relacionamento da empresa com o fisco”, conforme afirmado pela defendant, não haviam entregado estes documentos fiscais contra recibo. Assim, estavam corrigindo este equívoco com a entrega de todos os documentos fiscais e com a reabertura do prazo de defesa em 30 dias.

Ressaltaram que o Anexo 13 (fls. 117/121 dos autos) contém todas as informações necessárias para que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, inclusive responde ao questionamento da defendant de onde foram os mesmos obtidos. E, quanto aos erros apontados na defesa, diante das determinações do art. 2º, § 4º, do RICMS/97, cabe ao contribuinte o ônus da prova.

No que tange aos créditos fiscais, entenderam que o contribuinte tem direito aos mesmos, porém neste momento não poderiam ser concedidos. Para isto existem procedimentos legais a serem seguidos, conforme teor do art. 101, do RICMS/97 e o imposto tenha sido recolhido. Discordaram da necessidade de diligência fiscal, diante das determinações do art. 147, do RPAF/99.

Em relação ao sétimo argumento da defesa quando combateu a infração 14, observaram que se tratou da presunção de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas com multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Salientaram que também realizaram o roteiro de auditoria dos estoques e, através de levantamento quantitativo constataram tanto omissões de entradas como de saídas de mercadorias sendo que o valor de maior expressão monetária foi o das entradas, fato este registrado no corpo do Auto de Infração, porém não autuado.

Atacando o argumento oitavo da defesa e em relação a infração 16, observaram que já haviam se pronunciado a respeito das alegações defensivas de não ter conhecimento dos documentos fiscais, bem como sobre o aproveitamento dos créditos fiscais. Quanto ao pedido de que a multa não poderia ser de 10%, mas sim de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, entenderam que pelo fato da natureza das operações terem sido de “bonificações” não significava de que as mercadorias não fossem tributáveis, apenas caracterizava que não houve os seus pagamentos.

Por fim em relação ao argumento nono da defesa e concernente à infração 18, informaram que além de terem entregado o demonstrativo contendo todos os dados dos documentos fiscais, inclusive com a descrição dos produtos adquiridos, de igual forma entregaram cópias das notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT. Em relação aos créditos fiscais, além de já terem se pronunciado a respeito do assunto, observaram que como se tratou de bens adquiridos para o ativo fixo era necessária a observação das determinações do art. 93 § 17, do RICMS/97. E, por fim, a respeito da alíquota aplicada, ela foi de 7% e 12% conforme demonstrado no Anexo 17 que se encontra apensado ao processo à fl. 779.

Requereram a procedência parcial da autuação.

A Repartição Fiscal intimou o contribuinte para tomar ciência da informação fiscal, das modificações dos demonstrativos elaborados pelos autuantes relativos aos Anexos 14 e 15 e das notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT e junto aos fornecedores. Foram entregues cópias de toda esta documentação. Porém foi aberto prazo de 10 dias para manifestação do sujeito passivo tributário (fl. 965).

O autuado manifestou-se (fls. 967/989) afirmando que ratificava todos os seus argumentos anteriormente expostos. Em seguida entendeu provado que, quando da ciência do Auto de Infração não lhe foram entregues todos os documentos e demonstrativos base da autuação, objetivando permitir um entendimento acerca da fiscalização realizada. E, mesmo com esta entrega posterior existiu vício insanável, pois este fato não poderia ser caracterizado como

“eventuais incorreções ou omissões” ou mesmo a não-observância de exigência meramente formal”, conforme determina o art. 18, § 1º, do RPAF. Disse que se assim não entendesse esta JJF, que ela se “dignasse” a “explicar e fundamentar, com precisão, em que trecho do RPAF/99, fundamenta-se a revisão que ora se tentou fazer, com a reabertura do prazo para pronunciamento do sujeito passivo.” Em seguida, ressaltou da necessidade de ter em mãos não somente a cópia dos documentos fornecidos, mas sim de todo o processo fiscal.

Passou, em seguida, a contestar o pronunciamento dos autuantes. Informou que a empresa integra o rol dos associados da ASDAB, conforme poderia ser verificada na listagem existente à fl. 921, linha 7. Em relação à ciência da resposta à consulta feita pela citada associação, esta ainda não havia sido notificada, fato inclusive corroborado pelos fiscais em afirmar que o AR havia sido devolvido pelos correios. Se houve esta devolução, o art. 108, do RPAF/99 determina a notificação por Edital publicado no Diário Oficial. Assim, o Decreto nº 7.799/00 até o momento se encontrava sob consulta não respondida, não podendo ter sido realizadas as autuações relativas às infrações 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13 e 17.

Quanto aos termos lavrados, reafirmou toda a sua argumentação anterior, trazendo no seu bojo as determinações do art. 196, do CNT. Disse, ainda, que este órgão Julgador não poderia fazer “vista grossa” ao quanto previsto na legislação, e aceitar com passividade o procedimento *contra legem* dos autuantes.

Atacando o mérito da autuação e em relação ao primeiro argumento dos autuantes, observou que quando do seu pronunciamento inicial não tinha conhecimento, já que omitido, de que a fundamentação acusatória da infração 1 seria o Decreto nº 8.826/00 e não o Decreto nº 7.799/00. E, se antes teve prazo de trinta dias, neste momento seu prazo foi somente de dez. Entendeu caracterizado o cerceamento pleno de sua defesa. E, como os prepostos fiscais não rebateram os argumentos de defesa relativos às infrações 5, 7 e 9, a JJF, por força do que determinam os art. 140 e 142, do RPAF/99, transcritos, deveria declarar, por dever, que suas alegações eram verídicas.

Em relação às infrações 4, 13 e 17, apresentou o mesmo argumento sobre a ilegalidade do estorno dos créditos fiscais e já exposto anteriormente (segundo argumento) e ressaltou, como terceiro argumento, de que os autuantes haviam concordado que cometiveram equívoco em relação a infração 5 ao excluírem todos os lançamentos até o período de 31/1/2004.

Como quarto argumento (infração 7) observou que os prepostos fiscais não se pronunciaram sobre o fato de que, na época da cassação do seu Termo de Acordo, preenchia todos os pré-requisitos necessários para que este fato não ocorresse. Assim, esta JJF deveria declarar, por força da legislação, suas informações como verídicas.

No seu quinto argumento e relativo à infração 9, discordou dos autuantes sobre o conceito de que contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de “especial” não possa ser considerado contribuinte cadastrado, conforme define o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00.

No sexto argumento voltou a atacar as infrações 14 e 15. Afirmou que somente com a informação prestada ficou claro como as mesmas foram apuradas, pois este fato não constava no Auto de Infração. Entendeu cerceado seu direito de defesa. Falou, em seguida, sobre cinco aspectos que entendeu importantes na informação fiscal, quais sejam: reconhecimento de equívocos cometidos na autuação, a necessidade de ser entregue cópias dos documentos fiscais e a reabertura do seu prazo de defesa, o direito da utilização dos créditos fiscais e sobre o equívoco do entendimento do que determina o art. 2º § 3º, IV, do RICMS/97, pois é necessário para a caracterização da presunção que se comprove, materialmente, ter havido entradas das mercadorias no estabelecimento. E, caso tal argumento não fosse aceito, era necessário se conceder o direito à utilização dos créditos fiscais.

Quanto ao sétimo, oitavo e nono argumentos e relativos às infrações 14, 16 e 18 eles foram os mesmos já expostos.

Por fim, requereu, mais uma vez, diligência fiscal, a nulidade do lançamento ou a sua improcedência.

Os autos foram baixados em diligência à Repartição Fiscal (fl. 995) para que fosse anexada a documentação que provava ter a ASDAB tomado ciência, em 1/6/2005, da consulta formulada. Em seguida que se intimasse a empresa para tomar conhecimento desta prova, entregando-lhe, contra recibo, todos os documentos à situação concernente, inclusive o documento de fls. 994. Foi reaberto prazo de defesa.

A Repartição Fiscal apensou aos autos cópia da Intimação relativa a ciência da ASDAB quanto à consulta formulada (fl. 998) e intimou o contribuinte para tomar conhecimento desta Intimação, bem como da solicitação realizada por este Colegiado, entregando-lhe no ato cópia destes documentos. Reabriu o prazo de defesa de 30 dias (fl. 999).

O autuado em sua manifestação (fls. 1001/1005) afirmou que, quando da intimação recebida sobre a diligência solicitada por este Colegiado, não havia recebido cópia do documento de fl. 994, nem, tampouco, do Parecer GECOT nº 169/2004, referente à consulta nº 003002/2004-2. Em seguida, destacou que os próprios autuantes reconheceram que a ASDAB não havia, até a data de lavratura do Auto de Infração, tomado ciência da resposta à consulta formulada à SEFAZ. Este ato somente havia sido realizado em maio de 2006. Em vista deste fato, ratificou o seu entendimento de nulidade das infrações 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13 e 17.

Como pedido final e com base nas determinações do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99 que esta JJF decidisse pela improcedência total do Auto de Infração, inclusive, para não haver, no futuro, prejuízo para o Estado, que terá de arcar com o ônus da sucumbência na esfera judicial. Requereu, ainda, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio de diligências fiscais.

Os autuantes em pronunciamento (fls. 1037/1041) ratificaram todas as infrações, independentemente de qualquer ato administrativo porventura realizado após a lavratura do Auto de Infração, pelas seguintes razões:

1. a ASDAB, quando da formulação de sua consulta e ao indicar as empresas a ela vinculadas, não indicou o nome do autuado. Ressaltaram que ao analisar os documentos constantes da consulta, existem duas cópias de atas: uma da sua constituição, onde estão relacionados os estabelecimentos com seus respectivos representantes, datada de 28/12/1992 e outra, de alteração dos estatutos, onde o art. 8º determina que admissões de novos associados sejam julgadas pela diretoria dentro das normas estabelecidas no respectivo Regimento Interno, datada de 21/11/2002 (fls. 912/920). De acordo com estas determinações, deveria haver uma outra ata onde constasse o nome dos novos associados e, por óbvio, com a relação dos seus nomes e assinada ao menos pelos diretores. Assim, a relação anexada às fls. 921/922 era uma mera relação sem assinatura de nenhum representante legal, ou seja, sem valor jurídico.

2. A Secretaria da Fazenda fez a comunicação à ASDAB, embora por motivos desconhecidos não existe a prova de que a ela tomou ciência em 1/6/2005 conforme fl. 995 do PAF.

3. Mesmo que haja a alegação de que não tinha havido esta ciência, com a publicação do Decreto nº 8.969 em 12/2/2004 acabou qualquer dúvida que pudesse ainda existir em relação ao questionamento da ASDAB.

Voltando a insistir que o consulta formulada somente poderia ter relação com a infração 5 e que todas as infrações já haviam sido exaustivamente explanadas, mantiveram na íntegra as argumentações apresentadas anteriormente e requereram a procedência parcial deste Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente me pronuncio sobre o preâmbulo da defesa apresentada quanto à necessidade desta JJF perseguir a verdade material dos fatos, conforme comando do RPAF/99 e do Regimento Interno deste Colegiado, bem como, do princípio da inquisitoriedade e da tipicidade cerrada. Neste sentido a defendente afirmou que era dever deste foro administrativo buscar todas as provas, não se conformando apenas com “versões” e aquelas trazidas aos autos pelas partes

envolvidas na lide. E que não agisse passivamente, fazendo “vista grossa” as “ilegalidades” cometidas pelos autuantes. Em primeiro lugar, este Colegiado deve sempre perseguir a verdade dos fatos materiais, dentro da legalidade processual. Em segundo lugar, somente em casos excepcionais, as provas, em qualquer processo, seja ele no foro administrativo ou judicial, devem ser aquelas apresentadas. Não é da competência deste Colegiado apresentá-las. Quanto à “versões” dos fatos narrados pelas partes, a nobre advogada sabe que elas devem ser levadas em consideração para se perquirir a verdade dos mesmos. Por fim, quanto à “passividade” e “vista grossa” que a defendant entendeu postura possível deste Colegiado, observo que este entendimento para ser exposto, por colocar em posição “suspeita” um Órgão Julgador, que sempre obedeceu a legislação tributária, deveria, no mínimo, ser carreado de provas.

Passo a abordar as arguições de nulidade à ação fiscal.

Como primeira preliminar de nulidade e se reportando especificadamente às infrações 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13 e 17, a impugnante afirmou que a matéria, à época e até o momento, se encontrava sob consulta formulada pela ASDAB – Associação dos Distribuidores e Atacadista da Bahia, seu representante legal. Assim, estas infrações eram, de pronto, nulas.

Ao apreciar este argumento, entendo de fundamental importância saber qual a matéria em que houve formulação de consulta. Para tal é necessário, preliminarmente, se fazer um breve histórico do Decreto nº 7.799/00.

No Decreto nº 7.799/00 em sua redação original não havia restrição a produtos, bastando que as saídas internas de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos sob o código de atividades econômicas constantes do anexo único que o integra. Esta redação (original) teve efeitos até 26/12/2002. Quando da edição do Decreto nº 8.409/02, o benefício de redução de base de cálculo de 41,176% passou a ser condicionado à lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades econômicas constantes dos itens 1 a 16 do anexo único. Assim, a partir de 27/12/2002 tornou-se indevida a redução de base de cálculo sobre mercadorias que não constassem nos CNAE listados no citado Anexo Único. Entretanto, e mais uma vez, este decreto sofreu nova modificação. Com a alteração dada pelo Decreto nº 8.969/04 (art. 7º), de 12/2/2004, foram convalidadas as operações dos itens 1 a 17 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, quando se estabeleceu que devem ser aplicadas as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos Termos de Acordo até 31 de janeiro de 2004 (art. 7º, do Decreto nº 8.969/04).

Porém antes da edição do Decreto nº 8.969/04, a ASDAB formulou consulta à Diretoria de Tributação – DITRI desta Secretaria de Fazenda sobre esta matéria - em 7/1/2004 (fls. 906/908) e 30/1/2004 (fls. 923/924) – processo nº 00300220042 (fls. 923/924, 927/929), ou seja, consulta restrita sobre a abrangência do Anexo Único do decreto em discussão. Portanto em vista desta constatação, não posso dar sustentação a tese de defesa de que todas as determinações do Decreto nº 7.799/00 se encontravam sob consulta para se saber, conforme suas palavras “o verdadeiro significado, repercussão e efeitos do Decreto nº 7.799/00”. E, para fechar a discussão, transcrevo a consulta formulada em 7/1/2004 (fl. 908): *Está correta a manutenção do regime instituído no Decreto 7.799/00 para todas as mercadorias em se considerando que está sendo atendido plenamente Artigo 5º do mesmo Decreto?*

Observo ainda:

1. a ASDAB, em 30/1/2004, no mesmo processo de consulta, apresentou novas considerações, especificando, claramente, o motivo da consulta (fls. 925/926);
2. a resposta da Secretaria da Fazenda em relação a esta consulta foi dada neste único sentido (fls. 927/929).

Em vista do exposto, na presente lide ela somente se prende a infração 5 e não às demais infrações. E, quanto à questão da ciência à resposta dada pela DITRI no prazo legal, para que fosse lavrada a acusação referente à infração 5 e imputada ao sujeito passivo tributário, me pronuncio adiante.

A impugnante argüiu nulidade da ação fiscal por não ter sido lavrado regularmente os Termos de Início de Fiscalização, de Prorrogação e de Encerramento da Fiscalização. Que aqueles existentes foram lavrados ao mesmo tempo, conforme constam à fls. 30 dos autos. De fato, os termos lavrados e que constam à fl. 30 dos autos não possuem valia. Entretanto é necessário, e dever deste Colegiado, seguir as determinações emanadas da legislação tributária. O art. 196, do Código Tributário Nacional – CTN determina que a autoridade administrativa deverá lavrar os termos necessários para que se documente o início do procedimento fiscal, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para conclusão dos mesmos. Além do mais, tais termos, sempre que possível, deverão ser lavrados em um dos livros fiscais exibidos. Faculta as suas lavraturas em separado, cujas cópias deverão ser entregues à pessoa sujeita a fiscalização. Dentro destas determinações, e facultado pelo CTN, determina o RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) deste Estado da Bahia no seu art. 26 que o procedimento fiscal se inicia no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização (inciso II) ou com a intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização (inciso III). Afora que no seu art. 28, II determina claramente de que o *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização*. Ao longo da fiscalização o autuado recebeu uma Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais e quatro para apresentação de informações em meios magnéticos. Além disto, os fiscais auditaram a empresa em contato com a mesma, conforme diversos e-mails trocados (fls. 934/941) cujas cópias embora estejam em poder do autuado ainda assim, lhe foram entregues. Em vista do que comanda a legislação tributária deste Estado, não existe qualquer sustentação o argumento de defesa de que não houve Termo de Início de Fiscalização.

Quanto ao Termo de Encerramento, mais uma vez a regra do art. 30 do referido RPAF deve ser observada, ou seja, sendo o Auto de Infração emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, caso presente, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração se constituem em um instrumento único. Mais uma vez, a alegação de defesa não pode ser sustentada.

Por fim, não consta nos autos e não foi dito pelos autuantes que foram lavrados os Termos de Prorrogação de Fiscalização. Entretanto, dentre as hipóteses de nulidade expressamente elencadas no art. 18 do RPAF/99 não existe lastro legal para se decretar nulidade de um lançamento pela sua ausência. Além do mais, como o contribuinte amplamente se defendeu, inclusive pronunciando-se sobre a revisão do lançamento e de todas as manifestações dos autuantes, não houve prejuízo ou mesmo cerceamento dos seus direitos, *ex vi* o art. 18, II, do RPAF/99. No mais, caso observasse, como observou, que os prepostos fiscais não lhe forneceram os Termos de Prorrogação de Fiscalização poderia ter exercido seu direito de denunciar o débito espontaneamente, o que, também, não o fez.

Neste momento, faço as seguintes observações:

1. como os levantamentos fiscais se constituíram em planilhas com um volume muito grande, aos autos foram apensados, na sua maioria, a primeira e última folha de cada um deles. No entanto foi entregue ao contribuinte todas as planilhas elaboradas. Esta entrega foi realizada através de um CD conforme “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, aberto e lido pelo representante da empresa (fl. 781) e cópia do mesmo CD apensada aos autos.

2. O estabelecimento autuado está enquadrado no código de atividades 5139099 - Comércio Atacadista de Outros Produtos Alimentícios, como contribuinte que exerce a atividade comercial atacadista de outros produtos alimentícios, e nessa condição, celebrou com a SEFAZ/BA o Termo de Acordo para utilizar o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS previsto no Decreto nº 7.799/00.

Antes de adentrar no mérito da lide, tenho, por dever, que obedecer ao devido processo legal.

Este Colegiado, como foro administrativo, embora deva perseguir a verdade material dos fatos,

conforme comando do art. 2º, do RPAF/99, tem limitações que não podem ser superadas ante a norma legal que o rege. Suas decisões estão restritas a matéria vinculada exclusivamente ao processo em lide.

Assim, determina o art. 156, I, do CTN – Código Tributário Nacional:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento

Esta determinação legal foi recepcionada pelo Decreto nº 7.629/99 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado que no seu art. 122, I determina:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

I – com a extinção do crédito tributário exigido;

Analisando as peças processuais, verifico que o autuado, embora tenha contestado a grande maioria das infrações a ele imputadas, requereu parcelamento quase que total do Auto de Infração, conforme abaixo apresento e extraído do “Extracto do Sistema de Parcelamento desta Secretaria de Fazenda” acostado aos autos às fls. 1024/1029. Os autuantes, a partir deste parcelamento, elaboraram planilha com todos os valores reconhecidos pela empresa. Esta planilha foi dada a conhecer ao sujeito passivo tributário já que ele próprio apensou cópia aos autos (fls. 1030/1036).

Infrações	%	Valor Autuado (R\$)	Valor Reconhecido
1	60	56.709,20	56.709,20
2	60	25.775,04	25.775,04
3	60	5.153,42	5.153,42
4	60	124.783,90	124.783,90
5	60	428.743,02	163.575,60
6	60	6.597,30	6.597,30
7	60	229.729,42	229.729,42
8	60	137.095,87	137.095,87
9	60	23.484,89	23.484,89
10	60	7.438,34	7.438,34
11	60	7.843,02	7.843,02
12	60	3.266,32	3.266,32
13	60	26.962,32	26.962,32
14	60	387.771,63	277.817,79
15	60	87.381,16	63.136,78
16	60	45.934,90	45.934,90
17	60	25.141,30	25.141,30
18	60	20.116,18	20.116,18
TOTAL		1.649.927,23	1.250.561,59

Em vista da situação, fica extinto o processo administrativo fiscal quanto à parte reconhecida pelo autuado através de parcelamento dos créditos tributários, nos termos do art. 156, inciso I, do CTN e *prejudicada* a defesa apresentada.

Como consequência, somente posso adentrar ao mérito das infrações cujo imposto não foi recolhido, ou seja, parte das infrações 5, 14 e 15.

A quinta infração trata da falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, uma vez que o autuado aplicou indevidamente a redução da base de cálculo nas saídas de mercadorias não contempladas com o benefício da redução prevista no Decreto nº 7.799/00. Refere-se ao período de janeiro de 2003 a setembro de 2004.

O autuado trouxe como preliminar de nulidade à ação fiscal de que a consulta formulada pelas ASDAB até após a lavratura do Auto de Infração não havia sido entregue ao consultante para ciência, conforme comando do art. 62, III, do RPAF/99. Este seria argumento pertinente, inclusive quando da instrução processual busquei verificar a veracidade das razões de defesa. No entanto,

em obediência a norma tributária, somente posso tomar a seguinte decisão:

1. em relação ao período de fevereiro a setembro de 2004, com o reconhecimento por pagamento do tributo nestes meses a defesa fica prejudicada e a autuação mantida no valor de R\$163.575,60.
2. em relação ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 ela é desconstituída. Portanto, a questão da ciência, ou não, da consulta formulada perde sua eficácia, com base nas disposições contidas no art. 2º, § 2º, do RPAF/99.

Como já anteriormente exposto, o legislador baiano, através do Decreto nº 8.969/04 (art. 7º), convalidou as operações dos itens 1 a 17 do anexo único do Decreto nº 7.799/00 (original), quando estabeleceu que se aplicam as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo até 31 de janeiro de 2004. Para maior clareza, transcrevo a redação do citado art. 7º, do Decreto nº 8.969/04:

Art. 7º Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo único, aplicam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridos até 31 de janeiro de 2004.

Considerando que o autuado assinou termo de acordo antes de 26/12/2002 (Decreto nº 8.409/02), fato confirmado pelos autuantes e, considerando o período da ocorrência dos fatos geradores do imposto exigido - exercício de 2003 até 31/1/2004, esta parte do item da autuação não pode ser mantida. Ressalto que os prepostos fiscais, quando da primeira manifestação, ao rever a matéria, concordaram com este posicionamento.

A infração 14 exige o ICMS tendo em vista a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Ou seja, o lançamento fiscal teve por base a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas anteriores de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Por ser uma presunção *jurus tantum*, é ela uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

Já a infração 15, exige o imposto, por antecipação tributária, sobre as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, e que foram adquiridas através das notas fiscais levantadas pela fiscalização. Precisamente, o imposto cobrado não se refere aos recursos aplicados em pagamentos que tiveram a sua origem desconhecida, mas sim, sobre a operação comercial realizada e autuada, que deve, antecipadamente, o contribuinte recolher o imposto.

Embora de naturezas diversas, a empresa se defendeu conjuntamente das mesmas, pois os documentos, base da autuação, são os mesmos e foram capturados junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda e/ou obtidos junto aos fornecedores. Na situação, sigo a regra por ele determinada, observando, mais uma vez, que a parte reconhecida e recolhida através de parcelamento não está mais em discussão (R\$277.817,79 e R\$63.136,78) e sim os valores não reconhecidos de R\$109.953,84 e R\$24.244,38, respectivamente.

Passo a apreciar os argumentos do impugnante.

Primeiramente houve a arguição de cerceamento de defesa pelo fato de não ter tido conhecimento dos documentos fiscais. Os autuantes, quando da informação fiscal, observaram que haviam dado a conhecer ao contribuinte todas as notas fiscais, porém não tomaram a decisão de firmar recibo deste procedimento. Assim, solicitaram à Repartição Fiscal que fossem entregues, ao contribuinte, cópias de todas as notas fiscais, o que foi realizado, conforme prova à fl. 965. Entretanto, como somente foi reaberto prazo de dez dias para que o autuado se

manifestasse, este Colegiado baixou os autos em diligência (fl. 995) reabrindo prazo de defesa de trinta dias, o que foi cumprido (fl. 999) e o autuado se manifestou. De acordo com as determinações contidas no art. 18, §§ 1º e 2º, do RPAF/99 as omissões ditas existentes foram sanadas e ao autuado lhe foi devolvido o prazo de defesa. Quanto a lhe entregar, novamente, todas as peças processuais que já estão em seu poder, é pedido sem qualquer sustentação, bem como a afirmativa de que somente após a informação fiscal entendeu o que estava sendo exigido.

Em seguida, a defesa afirmou:

1. pela descrição dos fatos não sabia se os documentos foram colhidos junto ao Sistema CFAMT ou junto aos fornecedores. A descrição da infração está clara. Além do mais, o levantamento fiscal elaborado, e que o autuado recebeu cópia, indica quais notas fiscais foram colhidas junto ao Sistema CFAMT e as recebidas pelo fisco dos fornecedores através de pedido junto ao Órgão Fiscal dos Estados onde os mesmos se encontram estabelecidos (fls. 117/121), afora que foi entregue ao autuado cópia de todas elas. E, por fim, a forma como foi realizada a fiscalização conforme descrita na informação fiscal (que foi entregue ao autuado), fica patente que a empresa recebeu, desde aquela época, cópias de todos os documentos fiscais.

2. Quanto ao fato de existirem aquisições de mercadorias não tributáveis, observo, mais uma vez, que o exigido na infração 14 não é o imposto sobre compras realizadas através das notas fiscais autuadas e sim de vendas de mercadorias anteriormente efetuadas. Portanto, qualquer aquisição, não importando sua natureza, deve ser incluída no levantamento fiscal. As compras, mesmo que sejam de mercadorias não tributáveis, foram aquisições a título oneroso, ou seja, houve desembolso. E a presunção diz respeito a ocultação de receitas.

3. Em relação ao convencimento do impugnante de ser obrigação do Estado, por ter Poder de Polícia, investigar de que terceiros poderiam ter se utilizado fraudulentamente dos seus dados cadastrais, cabe a ele buscar junto ao Poder Judiciário a solução desta situação e não ao fisco.

4. Sobre a afirmativa da impugnante de não ficou comprovado o recebimento das mercadorias constantes nas notas fiscais, não posso dar sustentação. A maioria dos documentos fiscais são notas fiscais colhidas pelo próprio fisco estadual quando do trânsito das mercadorias, ou seja, internalizadas neste Estado (Sistema CFAMT), estão revestidas de todas as formalidades legais, têm como destinatário o autuado, são dos seus fornecedores, além de serem compras a prazo, não se concebendo que um fornecedor venda produtos a prazo à pessoa e/ou empresa que não tenha conhecimento. Diante desses fatos, os citados documentos constituem prova suficiente da existência de operações comerciais por ele realizadas e devem compor a auditoria fiscal. Quanto aos demais, são cópias de vias fixas dos talonários dos fornecedores das mercadorias. Este Colegiado tem por posicionamento de que notas fiscais colhidas junto aos fornecedores, elas, a princípio, se constituem em indício de irregularidade. Porém para que sejam consideradas como prova material devem estar acompanhadas de outras provas, para caracterizar que as mercadorias foram, efetivamente, adquiridas pelo contribuinte consignado no documento fiscal. No presente caso, estas provas foram trazidas:

- a) os documentos fiscais estão revestidos de todas as formalidades legais e são vendas a prazo;
- b) as cópias dos documentos fiscais, conforme narrado pelos autuantes, foram entregues ao fisco estadual pelo fisco dos Estados em que se localizam os fornecedores, após auditoria de circularização realizada entre os arquivos do SINTEGRA dos fornecedores e os respectivos lançamentos no livro Registro de Entradas do autuado. Nestas cópias, consta, inclusive, o recebimento das mercadorias pelo deficiente, conforme fl. 135/136 e fls. 137/138 dos autos, que observei por amostragem;
- c) também resta provado, através do livro Registro de Saídas e do livro Diário dos emitentes (fls. 125 e 265), as operações realizadas;
- d) quanto da fiscalização, conforme narrado e não rebatido pela deficiente, os autuantes apresentaram todos os documentos fiscais (inclusive os capturados pelo CFAMT) ao sujeito passivo tributário para análise. Desta análise, diversos foram excluídos da ação fiscal. Quando da

sua impugnação, o defendant trouxe a comprovação da escrituração de outros, a exemplo os de nº 659478 e 776943, que foram, de igual forma, excluídos.

Portanto estando a infração devidamente embasada em provas documentais, todos os argumentos da defendant caem por terra. A contraprova, a fim de desconstituir a infração, caberia ao autuado, uma vez que a simples negativa do seu cometimento não desonera o sujeito passivo de elidir a legitimidade da autuação fiscal, devendo apresentar a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação tributária. Neste sentido, quando de sua primeira manifestação apresentou documentos fiscais que elidiram em parte a autuação, conforme análise realizada pelos autuantes. Após este procedimento, não trouxe aos autos qualquer outra prova. Assim, não existe motivo para que os autos sejam baixados em diligência, em obediência ao disposto no art. 147, I, “b”, do RPAF/99 e o valor remanescente de R\$10.509,49 (288.327,28 – 277.817,79) é mantido.

E, em relação a infração 15, após as devidas comprovações, os autuantes ratificaram o valor do imposto apresentado pelo contribuinte, apenas com uma diferença de R\$0,07, que permanece, pois o contribuinte não apresentou qualquer demonstrativo de débito para que se possa excluir esta quantia.

Por fim, em relação aos dois últimos argumentos da defendant, e referentes a infração 14, tenho a esclarecer:

1. quanto à concessão dos créditos fiscais, de fato a empresa tem o direito de utilizá-los. Porém para isto deve ela seguir os procedimentos legais e os requerer junto à Repartição Fiscal.
2. em relação a transformação do exigência do imposto referente a infração 14 em multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme comando do art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96 não posso dar guarida. Observo que a acusação foi da falta de recolhimento do imposto, com exigência determinada em lei. No mais, a aplicação do comando do art. 112, do CTN não pode ser sustentado, pois aqui não se discute obrigação tributária acessória e sim obrigação principal.

Em vista do exposto sobre o montante remanescente do ICMS exigido e não recolhido mantenho em parte o valor de R\$288.327,28 referente a infração 14 e de R\$63.136,83 referente a infração 15, conforme demonstrativos de débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 14

CÓDIGO	VENCIMENTO	OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA	RECONHECIDO	A PAGAR
10	31/01/2003	09/02/2003	80.295,06	70	80.295,06	0,00
10	28/02/2003	09/03/2003	28.097,40	70	28.097,40	0,00
10	31/03/2003	09/04/2003	4.561,30	70	4.561,30	0,00
10	30/04/2003	09/05/2003	19.079,10	70	19.079,10	0,00
10	31/05/2003	09/06/2003	3.374,90	70	3.374,89	0,01
10	30/06/2003	09/07/2003	80,73	70	80,73	0,00
10	31/07/2003	09/08/2003	53.008,49	70	53.008,49	0,00
10	31/08/2003	09/09/2003	3.282,94	70	2.282,94	0,00
10	30/09/2003	09/10/2003	5.637,34	70	5.637,34	0,00
10	31/10/2003	09/11/2003	2.665,43	70	2.665,43	0,00
10	30/11/2003	09/12/2003	5.442,38	70	5.442,38	0,00
10	31/12/2003	09/01/2004	19.049,31	70	19.049,30	0,01
10	31/01/2004	09/02/2004	3.737,97	70	3.737,97	0,00
10	28/02/2004	09/03/2004	14.290,20	70	14.290,20	0,00
10	31/03/2004	09/04/2004	7.664,58	70	7.664,58	0,00
10	30/04/2004	09/05/2004	2.189,94	70	2.189,94	0,00
10	31/05/2004	09/06/2004	4.769,68	70	1.267,68	3.502,00
10	30/06/2004	09/07/2004	7.465,96	70	1.910,29	5.555,67
10	31/07/2004	09/08/2004	6.724,38	70	6.724,38	0,00
10	31/08/2004	09/09/2004	10.245,60	70	10.245,60	0,00
10	30/09/2004	09/10/2004	2.792,24	70	2.792,24	0,00

10	31/10/2004	09/11/2004	603,22	70	603,22	0,00
10	30/11/2004	09/12/2004	3.042,38	70	1.590,80	1.451,80
10	31/12/2004	09/01/2005	226,75	70	226,75	0,00
TOTAL			288.327,28		277.817,79	10.509,49

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 15

CÓDIGO	VENCIMENTO	OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA
10	31/01/2003	09/02/2003	3.986,87	60
10	28/02/2003	09/03/2003	8.565,42	60
10	31/03/2003	09/04/2003	4.647,38	60
10	31/05/2003	09/06/2003	318,73	60
10	31/07/2003	09/08/2003	5.990,41	60
10	31/08/2003	09/09/2003	3.604,43	60
10	30/09/2003	09/10/2003	5.917,48	60
10	31/10/2003	09/11/2003	3.619,64	60
10	30/11/2003	09/12/2003	1.516,05	60
10	31/12/2003	09/01/2004	4.801,18	60
10	31/01/2004	09/02/2004	3.909,11	60
10	28/02/2004	09/03/2004	5.907,58	60
10	31/03/2004	09/04/2004	1.943,27	60
10	30/04/2004	09/05/2004	1.951,89	60
10	30/06/2004	09/07/2004	3.585,67	60
10	31/07/2004	09/08/2004	1.829,16	60
10	30/11/2004	09/12/2004	1.042,56	60
TOTAL			63.136,83	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para ser exigido o valor total de R\$1.261.071,08, devendo se homologado os pagamentos efetuados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281078.0007/05-0 lavrado contra **ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.215.136,18** acrescido das multas de 60% sobre R\$926,808,90 e 70% sobre R\$288.327,28, previstas no art. 42, incisos II, alíneas a, “d” e “i”, III, aliena “d” e VI, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$45.934,90**, prevista no inciso IX do mencionado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da edição da Lei nº 9837/95, devendo ser homologado os valores já recolhidos através de parcelamento de débito.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS – JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR