

A. I. N.º - 141596.0001/05-0
AUTUADO - FRANGOSUL S/A AGROAVICOLA INDUSTRIAL.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-03/07

EMENTA: ICMS: 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** SAÍDAS COM ISENÇÃO. É ilegal a utilização de créditos fiscais correspondentes a aquisições de serviços junto à microempresa, como também quando a operação subsequente estiver amparada com isenção, salvo exceções previstas em Lei. Excluídas as parcelas consignadas indevidamente. Exigência fiscal parcialmente elidida. **b)** AQUISIÇÕES DE MICROEMPRESAS. Fato reconhecido pelo autuado. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAS DE CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado reconheceu a infração imputada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente procedente, após correção de erros constantes do levantamento inicial. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Item nulo por falta de segurança para se determinar a infração. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e suínos em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados estão submetidos ao regime da substituição por força do artigo 353, II do RICMS-BA. Refeitos os cálculos pelo autuante reduzindo o valor do débito. Infração subsistente em parte. 6. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar de o autuado não ter obedecido a obrigação formal de emissão de documento fiscal, restou comprovado nos autos que não houve prejuízo para o Erário Estadual. Infração insubsistente. **b)** DEDUÇÃO A MAIS QUE O PERMITIDO. Não comprovada a legalidade do estorno de débito. Autuado reconheceu a infração imputada. 7. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado nos autos a utilização de forma cumulativa de benefício fiscal do Decreto 7799/00. Inexistência de elementos para determinação da infração. Infração nula. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, reclama ICMS no valor total de R\$939.322,84 com aplicação das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$213.701,32, assim discriminados:

Infração 01- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saída subsequente tributada. Crédito fiscal referente a frete nas saídas de mercadorias beneficiadas com isenção, no valor total de R\$10.096,84, com aplicação da multa de 60%.

Infração 02- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Recolhimento a menos nos meses de julho e agosto. Valor da infração R\$198,77, com aplicação da multa de 60%.

Infração 03- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviços de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte. Referente a CTC emitidos por transportadoras inscritas no SIMBAHIA. Total da infração de R\$30.672,23, com aplicação da multa de 60%.

Infração 04- Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais constantes no sistema CFAMT e outras, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, no valor de R\$213.701,32,

Infração 05- Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo de imposto, o maior valor monetário-o das saídas tributáveis. Infração, no valor de R\$125.255,06, com aplicação da multa de 70%. (Exercícios de 2000, 2003 e 2004).

Infração 06- Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Infração no valor de R\$604.870,60, com aplicação da multa de 60%.

Infração 07- Efetuou estorno de débitos de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou a maior, referente a antecipação tributária indevida. Infração no valor de R\$5.295,40, com aplicação da multa de 60%.

Infração 08- Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou o benefício fiscal, previsto no art. 2º do dec. 7.799 de 10/05/2000, com utilização do art. 3º ao invés do constante no art. 1º, previsto para o seu ramo de atividade, constante no item 8 do anexo único do citado decreto, mais condizente com as atividades da empresa. Infração no valor de R\$160.968,42, com aplicação da multa de 60%.

Infração 09- Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Deduziu a maior, do saldo devedor de outubro/2001, referente ao imposto pago por antecipação tributária, reclamado por Auto de Infração nas entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Infração no valor de R\$1.965,52, com aplicação da multa de 60%.

O autuado, inconformado, apresenta impugnação às folhas 3783 a 3824 (vol. XVI), tempestivamente, arguindo preliminarmente a tempestividade da impugnação, lastreada no art 22 § 1º do RPAF/99. Esclarece que a FRANGOSUL S/A é uma empresa distribuidora, filial atacadista, situada no Estado da

Bahia que comercializa produtos do seu estabelecimento industrial situado no Estado do Rio Grande do Sul, local em que se encontra centralizada a sua Contabilidade, após encerramento das atividades do estabelecimento baiano. Acrescenta que após os encerramentos das atividades do estabelecimento filial situado no Estado da Bahia, o autuado concentrou sua contabilidade no estabelecimento matriz, onde se encontra atualmente grande parte da documentação referente ao período em que a empresa exercia atividade neste Estado. Destaca que, em função da distância houve dificuldade para o envio das informações e documentos necessários e imprescindíveis à elaboração da defesa, motivo pelo qual protesta pela apresentação “a posteriori”, de documentos que se fizerem necessários à elucidação da demanda, informando que os documentos ora acostados representam apenas amostragem. Argüi, como preliminar de nulidade o cerceamento do direito de defesa, amparado pelo disposto no art. 18, IV, do RPAF, tendo em vista a inexistência de certeza e liquidez do crédito reclamado pelo fisco. Cita Acórdão 0954/99 e 2.173/12-01 da 2ª CJF. Declara que, a título de exemplo, a infração 08 não guarda coerência com as notas fiscais existentes no período. Salienta que, sem ter sido concedido à autuada a faculdade de atuar na sua defesa, por denegar-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando também a plena participação contraditória, e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade a decisão que confirmou o auto. Complementa, dizendo que sem a comunicação expressa dos motivos determinantes da exigência fiscal, porque obstadas ao conhecimento do autuado das notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menor, que o Auto de Infração não faz qualquer prova a respeito destas operações, de maneira que o autuado não pode em tais condições, realizar sua contestação de forma satisfatória. Entende que as informações genéricas de quais documentos de origem para provar a sua vinda de outro Estado com a tributação interestadual reduzida, bem como para identificar a natureza das mesmas e seu destino, caracterizam cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pelo autuado. Cita ensinamentos dos professores Celso Antônio Bandeira de Melo e Araújo Cintra para corroborar as suas afirmações. No mérito, diz que reconhece a infração 02 e que está providenciando a regularização do débito tributário. Com relação à infração 01, entende que o princípio da não cumulatividade insculpido na Constituição Federal, confere ao sujeito passivo, o direito ao abatimento, oponível ao Poder Público que não pode ser subvertido seja na elaboração das leis (providência legislativa), seja na cobrança do tributo (atividade administrativa). Alega que em atendimento a este princípio, o autuante faz jus ao crédito decorrente ao frete das mercadorias transportadas. Acrescenta que nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, houve erro material a ser sanado de pronto, uma vez que foi lançado valor superior ao crédito efetivamente aproveitado e discriminado nos conhecimentos de fretes. Exemplifica, asseverando que nos CTCs de nºs 65, 79 e 239, o valor efetivamente creditado pelo impugnante é o que faz jus em decorrência da isenção a que tem direito, acrescentando que outros equívocos foram cometidos pelo autuante, protestando pelo juntada posterior de prova documental e requerendo a produção de prova pericial com base no art. 145 do RPAF. Quanto à infração 03, argüi o art. 20 da LC 87/96 para legitimar a utilização dos créditos apropriados. Entende que com a edição da aludida Lei Complementar e consequente revogação do Convênio 66/88, o legislador admitiu de que tudo que gera débito é custo de produção e, por isso mesmo, é tributado pelo ICMS e que a única exceção prevista legalmente são as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, o que não se aplica ao Auto de Infração, ora guerreado. Salienta que as empresas transportadoras efetuaram o destaque do imposto nos CTCs emitidos para o autuado, sendo que a existência do destaque acarreta, por consequência, a obrigação de recolhimento do imposto pelo transportador, restando evidente que assiste ao defendente o direito ao crédito do ICMS, pois somente utilizou tais créditos após ter verificado a existência do destaque do referido imposto. Entende que o raciocínio lógico leva a concluir que deve a microempresa ou

empresa de pequeno porte informar tal condição ao seu contratante e ciente das limitações impostas em contraposto ao benefício fiscal concedido, não realizar o destaque do imposto no Conhecimento de Transporte, fato este que obstaria a escrituração do crédito. Argüi, que as empresas transportadoras é que agiram em desacordo com a legislação baiana, e não o autuado. Cita o artigo 408-E do RICMS-BA para respaldar as suas alegações defensivas. Diz que é muito importante levar-se em conta que a função do julgador é fazer justiça, utilizando para fundamentar a sua decisão todo o ordenamento jurídico e não apenas uma lei ou regulamento isolado, uma vez que as normas jurídicas não existem isoladamente, elas coexistem num sistema único no qual o próprio julgador também está inserido. Diz que, com relação aos créditos apontados como “outros créditos indevidos” nada têm a ver com a contratação de serviços de transportes. Tais créditos também foram utilizados de forma correta, e se referem a devoluções de produtos, embora sejam os clientes microempresas ou empresas de pequeno porte. Acrescenta que a legislação do ICMS dispõe que o retorno da mercadoria gera o direito ao crédito daquele imposto que fora pago em decorrência de circulação de mercadoria que não se aperfeiçoou. Cita o artigo 653 do RICMS para fortalecer suas argumentações. Quanto à infração 04, diz que o Sistema CFAMT é alimentado por um fiscal e sendo assim, é plenamente possível a ocorrência de falhas de digitação de dados referentes às notas fiscais que acompanham as mercadorias. Cita julgados do CONSEF para comprovar a existência de possíveis incorreções. Exemplifica, citando a nota fiscal nº 30470, série 440, dígito 91, sequência que consta do CFAMT como originária de São Paulo, entretanto é originária do Rio Grande do Sul, bem como a nota fiscal nº 62178, série 428, dígito 32, sequência 55, que foi emitida em 06/01/2001, quando a informação constante do sistema indica o ano de 2000. Assim, afirma que o sistema CFAMT é falível e possível de falha humana, devendo sempre estar munido de comprovação a fim de suas informações possuírem validade. Assevera que parte das notas fiscais correspondem à devolução de mercadorias comercializadas às Empresas de Pequeno Porte, inscritas no SIMBAHIA, que não podem destacar o crédito do ICMS, e que, portanto, havendo devolução de mercadoria que foi inicialmente comercializada com o destaque do imposto, devolvida sem destaque, o contribuinte emitiu nova Nota Fiscal, sendo esta de entrada de mercadoria em seu estabelecimento, a fim de poder utilizar-se do imposto que foi destacado na operação posteriormente desfeita, de acordo com o que preceitua o art. 653 do RICMS-BA. Cita as notas fiscais nºs 00027 emitida por Diego Supermercado Ltda., e a nota fiscal nº 0005, emitida por Bastos Souza Comércio de Alimentos, que se referem à devolução de mercadoria. Acrescenta que essa nova nota fiscal emitida pelo contribuinte, corresponde a entrada de mercadoria a fim de poder utilizar seu crédito de ICMS, corresponde respectivamente, no livro de Registro de Entradas às notas fiscais de nºs 853 e 970. Diante desse fato, a suposição de haver desconhecimento de informações deve prevalecer, pois o lançamento no CFAMT ocorreu com a nota fiscal da empresa que devolveu a mercadoria, enquanto o registro se deu de acordo com a nota emitida pelo contribuinte, que tem em seu corpo o destaque do ICMS. No que diz respeito às notas fiscais nºs 0093, 0008, 000795, 0014, 143, 01901, 0006, e 0012 o autuado reconhece a procedência da autuação. Quanto à infração 05, declara que, ultrapassada a preliminar de nulidade, no mérito esta infração não deve prevalecer, tendo em vista os diversos equívocos cometidos no levantamento quantitativo. Diz que no exercício de 2000, os valores dos estoques inicial e final foram considerados de forma errada, entende que o imposto apurado pela fiscalização foi de R\$29.844,64, e que o autuado reconhece R\$3.610,15, e que o valor reconhecido se justifica porque o defendente não conseguiu comprovar os possíveis erros existentes na Contabilidade. Com relação aos exercícios de 2003 e 2004, a fiscalização errou ao agrupar o estoque físico com o estoque em trânsito, já escriturado, mas ainda não fisicamente no estoque, e que esta variável estava registrada no livro próprio. Acrescenta que o autuado adotava como diretriz a escrituração das mercadorias adquiridas, mas que não se encontravam fisicamente no estoque, como também alega que o fiscal autuante não considerou as devoluções de armazenagem nas entradas, bem como deixou de considerar as remessas de armazenamento, bonificação e remessas para degustação. Diz que no exercício de 2003, a

fiscalização apurou R\$83.110,92, enquanto o impugnante reconhece apenas R\$466,31 e no exercício de 2004 houve um débito de R\$12.299,50, enquanto o autuado entende como devido o valor de R\$57,20. Requer revisão pela ASTEC, para esse item. Com relação à infração 06, diz o autuado que no período de janeiro/2001 a junho /2001, houve aplicação incorreta da MVA. Cita disposições do Anexo 8 da Lei 7.014/96 e do artigo 353 do RICMS-BA. Diz que as margens de valor agregado fixada pelos autuantes estão em desconformidade com a Lei 7014/96 em seu artigo 8º § 4º, como também com a Lei Complementar 87/96. Diz que os critérios exigidos por Lei obrigam a observância de preços usualmente praticados no mercado, obtidos através de levantamentos e que na época do fato, houve clamor das classes empresariais envolvidas, contra a cobrança, tanto é verdade que o próprio Governo decidiu reduzir os percentuais de MVA para 5% (aves) e 10% (suínos), no meio do exercício fiscal, com efeitos a partir de 01/07/01. Salienta que a cobrança tem natureza de confisco e ofende princípio constitucional consagrado no artigo 150 IV da Constituição Federal, e que a criação de margem de valor agregado sem qualquer amparo na realidade, caracteriza ofensa ao princípio da razoabilidade. Cita palavras do professor Alexandre de Moraes para corroborar com suas alegações defensivas, como também reproduz voto do Ministro Celso de Mello na ADIN 1407/DF. Conclui, destacando que as margens imputadas pela autuante estão incorretas, tendo em vista ser o autuado filial atacadista, e como tal os percentuais seriam menores (30% e 50%) para produtos resultantes do abate de gado e outros, e produtos resultantes do abate de aves, respectivamente. Diz ainda, que o relatório correspondente ao período de janeiro de 2001, apresenta inconsistência, para as quais protesta pela apresentação de dados corretos. Retifica os cálculos referentes aos períodos de maio de 2002, janeiro de 2004 a março de 2004, informando através de demonstrativos, os equívocos cometidos na autuação. No que tange à infração 07, reproduz o artigo 150 § 7º da Constituição Federal, informando que o referido diploma legal, possibilita a tributação antecipada do ICMS e a Portaria 270/93, determina a antecipação do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, e esta foi a razão que levou o fisco baiano a lavrar o Auto de Infração nº 206887.0076/02-7, descrevendo a infração como “mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento de ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, desde que não possua regime especial”. Diz que imediatamente após a entrega das mercadorias nas dependências da empresa foram realizados os trâmites legais para regularização da situação fiscal dos produtos perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Declara que está acostando aos autos comprovante de recolhimento do imposto através de DAE, no valor de R\$8.472,96. Suscita que uma vez extinto o débito tributário e conseqüentemente a referida autuação, mediante pagamento, nada mais natural do que a empresa estornar da sua contabilidade a quantia do imposto quitado sem a percepção de multa. Entende que o débito que está sendo cobrado no item 07 da presente autuação é o mesmo valor que a empresa estornou da sua contabilidade em razão da quitação do débito oriundo da autuação fiscal nº 206887.0076/02-7. Salienta que desta forma, resta claro que houve um equívoco por parte da fiscal autuante, haja vista estar amplamente comprovado, que não houve estorno indevido, mas sim uma operação contábil natural oriunda de um direito do autuado por ter efetuado o pagamento do referido tributo, inclusive com multa, o que lhe possibilitou o estorno do valor de R\$5.295,60. Entende que, restando comprovada a improcedência do débito principal, improcede também a exigência da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei 7.014/96. Concernente à infração 08, diz que a fiscalização enquadrou equivocadamente a tributação do ICMS no Decreto nº 7799/00, considerando os seus artigos 2º e 3º, motivo pelo qual entendeu usurpado os artigos 56, 124 e nas operações com vencimento em maio de 2004, o artigo 322, todos do RICMS-BA, que transcreveu. Ressalta que pelos documentos acostados aos autos, se tratam de mercadorias saídas de estabelecimento do autuado no Estado da Bahia, cujo imposto é calculado pelo regime normal de apuração, destinadas, nesta infração, a microempresas e empresas de pequeno porte, e por não se tratar de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, a alíquota a ser aplicada é de 7%, nos termos do artigo 51, I, “c”, e § 1º, I do Decreto 6284/97 e não 17%, como se vê na

equivocada autuação. Afirma que ao verificar as notas fiscais objetos da autuação, ainda que por amostragem, nota-se que as vendas efetuadas de produtos alimentícios da categoria de embutidos, como mortadelas, salsichas, presuntos e apresuntados não compõem a lista exaustiva enquadrada no regime de substituição tributária, e, desse modo deram-se pela alíquota de 7%, conforme se vê na nota fiscal de nº 182.872, destinada a empresa de regime de apuração de ICMS do SIMBAHIA. Reproduz o artigo 51 do RICMS-BA, para fortalecer suas alegações defensivas. Declara que, do mesmo modo, as vendas representadas pelas notas fiscais de nºs 183103, 182795, 184899, 184630, 186678, 184579, todas destinadas a empresas vinculadas ao SIMBAHIA, fazendo incidir o desconto com valor aproximado ao correspondente benefício resultante da aplicação da alíquota minorada de 7%, repassando ao adquirente da mercadoria tal benefício, considerando o desconto de 10%, concedido nas notas fiscais, nos termos do artigo 51, II, § 1º do RICMS-BA. Diz que tais demonstrativos, dar-se-ão, por amostragem, e que somente com a efetivação da aprovação pericial nos termos previstos no art. 145 do RPAF, poderá o autuado demonstrar com exatidão, que nenhuma operação, teve recolhimento a menor do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo. Salaria que o Decreto 7799/00 aplicado pela autuante, coexiste com o Decreto 6.284/97, sem substituí-lo, pois, em seu artigo 4º, § único, prevê a aplicação do RICMS, quando mais favorável ao contribuinte. Reproduz os termos do citado artigo, e aduz que a utilização de norma mais benéfica é fartamente acolhida pelos nossos tribunais, citando o STJ- RESP. 218532 e RESP. 503676. Ressalta, ainda, que notadamente nas autuações de julho de 2003, a autuante fez constar do seu relatório de fiscalização, por equívoco, informações completamente divergentes daquelas contidas nas notas fiscais verificadas, pedindo perícia para elucidação da questão. Diz que o autuado agiu de boa-fé, obedecendo as regras impostas. Argumenta que o princípio da legalidade e da tipicidade, conforme comentado pelo Professor Hugo de Brito Machado, encontram-se explícitos no artigo 97 do CTN e recepcionados pela Carta Magna nos artigos 150, 153 § 2º, 5º § 2º respaldam sua pretensão e discorre longamente sobre os princípios supramencionados. Quanto à infração 09, aduz que o defendente adquiriu mercadorias procedentes do Rio Grande do Sul, sem, entretanto, proceder ao devido recolhimento do ICMS, na forma determinada na Portaria 270/93. Declara que dessa forma, foi autuado, em 24/09/2001, no valor de R\$3.143,71, sob o fundamento de que havia infringido o art. 125, II, “c”, do RICMS-BA, conforme Auto de Infração nº 023644.0113/01-0, cuja cópia está acostada ao processo, e que o autuado em 02/10/2001 efetuou o pagamento de referido Auto de Infração, no valor R\$2.200,59, conforme cópia do DAE, que se encontra acostada ao PAF. Salaria que amparada pelo benefício de redução de 80%, a multa que correspondia a R\$1.178,89, passou a ser de R\$235,77 e que por equívoco ocorrido no setor de contabilidade, recolheu-se o referido quantum em duplicidade, conforme cópias dos DAEs acostados ao processo. Alega que quando procedeu ao lançamento das operações contábeis, efetuou o estorno de débito do valor devidamente pago a título de ICMS, quanto ao valor pago equivocadamente em duplicidade, posto que, ao contrário resultaria em bis-in-idem. Diz que o impugnante estornou apenas os valores relativos ao imposto em si, sem levar em consideração o montante pago a título de multa no valor de R\$235,77. Complementa, informando que a autuante enquadrou supostamente a conduta do autuado nos artigos 50, 51 e 124, I do RICMS-BA, e, todavia, não há relação entre tais dispositivos e a hipotética infração. Discorre longamente sobre o caráter confiscatório das multas aplicadas, citando o artigo 150, IV da Constituição Federal. Cita ensinamentos de vários tributaristas sobre a matéria: Sampaio Dórea, Sacha Calmon, Rafael Bielsa, Ângela Maria da Mota Pacheco e o advento da Lei 9.298/86, que veio alterar a redação do artigo 52 do CDC, quando houve a limitação de multa de mora por inadimplemento de obrigação em 2% do valor da prestação. Refere-se aos princípios da proporcionalidade, da vedação ao confisco, da razoabilidade e o RE 79.625 do STF, para fortalecer suas argumentações. Conclui, requerendo perícia, a juntada posterior de documentos, revisão fiscal por preposto estranho ao feito e a nulidade do Auto de Infração, ora guerreado, sendo que ultrapassada a preliminar de nulidade, seja no mérito julgado procedente em parte.

A autuante, por sua vez, produz informação fiscal (fls. 4410/4422) volume XVII, argüindo que quanto a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, que os demonstrativos de cálculos lhe foram entregues mediante recibo e se basearam nas informações extraídas de seus arquivos magnéticos, compondo as folhas 2888/3570 do PAF, com os respectivos resumos nas folhas 112/113. Diz que, as notas fiscais que o impugnante declarou não entregues pela autuante, são de emissão do próprio sujeito passivo. Quanto à infração 01, reconhece que houve equívoco na digitação dos CTCRs de nºs 65, 79, 239, e retifica a planilha original (fls. 4411/4415). Salienta que o artigo 97, II, “b”, do RICMS-BA, é claro quando se refere a não utilização de crédito fiscal quando inexistente vinculação com operações tributadas, e que desse modo procedeu ao cálculo do crédito a ser cobrado, pois um mesmo conhecimento de frete acobertou o transporte de mercadorias tanto com operações tributadas, como aquelas com isenção. Diz que retificou o erro na planilha elaborada para fins de proporcionalidade do crédito indevido relativo ao imposto sobre os valores de frete vinculados às operações sem tributação do ICMS. Salienta que, após a retificação dos referidos valores, houve diferença de débito em valor maior, não tendo havido prejuízo para o autuado quando da cobrança efetuada neste Auto de Infração. Com relação à infração 03, diz que o uso de crédito fiscal referentes a CTCRs emitidos por empresas inscritas no regime do SIMBAHIA é vedado pelo artigo 97, XI, do RICMS-BA, e que tais créditos só podem ser aproveitados no caso de empresa de pequeno porte que exerça atividade exclusivamente industrial. Afirma que embora conste destaque do ICMS nos referidos documentos fiscais, não há que se falar em o uso do crédito fiscal, como alega o autuado. Declara que os extratos obtidos no sistema da SEFAZ acostado ao PAF, atestam a condição dos citados emitentes dos CTCRs na época em que os serviços foram prestados. Salienta que também, encontram-se acostados ao PAF, lista dos recolhimentos efetuados pelas referidas empresas, com a natureza dos pagamentos, assim como as notas fiscais constantes no demonstrativo (fl. 105), emitidos por empresa não transportadoras. Ressalta que no caso de devolução de vendas, o autuado para creditar-se do imposto deveria ter emitido nota fiscal de entrada. Conclui mantendo a autuação relativa a este item. No que tange à infração 04, alega que o defendente argumentou que não registrou as notas fiscais de devolução de vendas porquanto emitiu notas fiscais de entradas a fim de fazer jus ao crédito fiscal, no retorno das mercadorias acobertadas com documentos fiscais emitidos por empresas inscritas no regime do SIMBAHIA, e apresenta cópias de notas fiscais que não foram objeto de autuação. Diz que o defendente reconhece a falta de registro das notas fiscais de nºs 93, 08, 795, 14, 143 e comprova o registro de outros documentos incluídos na autuação, por isso está retificando este item e acosta nova planilha às folhas 4416/4417. Concernente à infração 05, diz que os estoques inicial e final considerados na ação fiscal foram obtidos a partir do livro Registro de Inventário do autuado, e que se alguma nota fiscal não foi considerada é que haviam códigos de operação não previstos para o roteiro. Salienta que o fato de ter sido considerado estoque em trânsito, referente aos períodos de 2003 e 2004, registrado no referido livro, se deu por terem sido computadas as notas fiscais relativas a remessa e retorno de armazenagem, pois, o impugnante não dispunha de frigorífico próprio. Afirma que no decorrer da ação fiscal, iam sendo repassados ao autuado, para conferência, os resultados parciais encontrados. Ressalta que no exercício de 2000, não foram verificados, no livro Registro de Inventário, estoque em trânsito, como alega o defendente, e que na peça defensiva o autuado acostou ao PAF, listagem de documentos fiscais relativos a itens de mercadorias não incluídos nos levantamentos quantitativos, o que atesta a má-fé do impugnante com o intuito de confundir o julgamento do Auto de Infração. Afirma que constatou que o autuado acostou ao PAF, nova lista de mercadorias inventariadas, sem valor legal, porquanto não é a mesma que consta no livro Registro de Inventário. Quanto à infração 06, diz que o cálculo do imposto apurado, foi efetuado com base nas MVAs previstas no Anexo 88 do RICMS-BA, em vigor no período autuado, e que não foram observados pelo sujeito passivo, quando das respectivas saídas para contribuintes localizados neste Estado. Entende que os citados percentuais, referem-se àqueles previstos quando das aquisições efetuadas a indústria, no caso a matriz do autuado localizada no Rio Grande do Sul, e que o imposto

não tendo sido antecipado na entrada das mercadorias, pelo fato do defendente constituir-se em estabelecimento atacadista, se transfere para o momento das saídas internas subseqüentes, nos termos do artigo 355 do RICMS-BA. Transcreve o aludido artigo, e reconhece que revendo os demonstrativos relativos ao período de maio/2002 e janeiro a março de 2004, que houve um equívoco no sentido de que não foram deduzidos dos cálculos efetuados, os valores relativos ao imposto recolhido pelo autuado, e acosta ao PAF, nova planilha (fl. 4419). Com relação à infração 07, diz que o autuado deveria ter emitido o respectivo documento fiscal, na forma dos artigos 113 e 201 do RICMS-BA, vigente, e, por isso, mantém integralmente a autuação relativa a este item. No que concerne à infração 08, declara que o autuado utilizou o crédito presumido autorizado pelo artigo 2º do Decreto 7.799/00 (fls. 3572/3627), e que nas folhas 3630/3631, consta o parecer final autorizativo da DAT-METRO, do uso dos benefícios assegurados no citado decreto. Salienta, ainda, que a forma de cálculo do imposto devido nas saídas internas não se verificou apenas nas vendas para empresas do regime SIMBAHIA, mas, também para empresas em regime normal de tributação, conforme cópias de notas fiscais acostadas ao PAF, com os respectivos comprovantes da sua condição, extraídos do Sistema SEFAZ- INC, que contradizem com a afirmação do autuado de que efetuava todas as saídas para microempresas e empresas de pequeno porte (fl. 3389). Declara que ao contrário do afirmado pelo defendente, o autuado utilizou cumulativamente os dois benefícios quando das citadas saídas, contrariando a vedação imposta pelo art. 4º, e parágrafo único do Decreto 7.799/00. Entende que se não prevalecer a forma autuada, deste item, mais favorável ao autuado, deverá ser exigido o valor correspondente à diferença de alíquota, quando da utilização de forma equivocada, daquela prevista na alínea c, do inciso I, do artigo 51 do RICMS-BA, tendo em vista que a empresa, filial atacadista, possui matriz localizada em outro Estado, não se enquadrando no caso previsto no inciso I do § 1º, do citado artigo, e que somado a isso, a cobrança do crédito presumido utilizado pelo defendente. Diz que a forma de cobrança, na presente autuação, constituiu-se na mais favorável ao defendente, conforme atestam os saldos devedores constantes no demonstrativo acostado aos autos à folha 4421, apresentado para fins de comparação. Continuando, diz que no tange à infração 09, a empresa afirma que houve recolhimento em duplicidade referente ao pagamento do AI 0236440113/01-0, e que na relação de recolhimentos efetuados pelo contribuinte (fl. 40), identificou-se que o citado valor recolhido em duplicidade, encontra-se estornado, ao que se atribui a erro quando da sua digitação no sistema. Afirma que este fato pode ser verificado com relação a recolhimentos efetuados em outros períodos e no seu livro RAICMS, não há menção ao referido Auto de Infração, tampouco fora mencionada a origem do erro que ensejou o referido estorno. Entende que mais uma vez a empresa agiu incorretamente, pois deixou de emitir documento fiscal, contrariando o disposto no art. 113 do RICMS-BA, assim como não procedeu a escrituração na forma do inciso VIII, do art. 93 do mencionado diploma legal. Acrescenta que deve ser mantida a autuação relativa a este item.

Submetido a Pauta Suplementar, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiu converter o processo em diligência à Infaz de origem, para que fossem entregues ao autuado as cópias da informação fiscal prestada pela autuante, considerando que foram apresentados novos elementos ao PAF, sendo concedido novo prazo para impugnação de 30 dias (fls. 4438/4439).

O autuado apresenta manifestação (fls. 4443/4463), iniciando suas argumentações arguindo sobre a tempestividade da peça esclarecedora e que parte da documentação necessária à comprovação do quanto alegado encontra-se na sede da empresa, situada no Estado do Rio Grande do Sul, o que dificulta a apresentação de alguns documentos. Diz que a presente autuação iniciou-se em razão do pedido de baixa do defendente, em face do encerramento de suas atividades no Estado da Bahia. Argui a nulidade do Auto de Infração, amparado no artigo 18, IV do RPAF, tendo em vista que os demonstrativos constantes da infração 08, não tem qualquer vinculação com as notas fiscais existentes no período, restando comprovada, assim, a incerteza da autuação, cerceando o direito de defesa e contraditório do autuado, constitucionalmente garantido. No mérito, argumenta que a

informação fiscal traz aos autos dados importantes, que inclusive são frutos do reconhecimento de equívocos da autuação e que reduzem o valor histórico do suposto débito tributário. Aduz a necessidade de diligência pela ASTEC, para que se possa averiguar a veracidade dos fatos através de documentos juntados aos autos, concluindo-se por sua total improcedência. Quanto à infração 01, diz que se comprovou na defesa e acatada pela autuante, que os CTCRs de n.ºs. 65, 79 e 239 foram considerados indevidamente, e, por isso, houve uma redução do valor histórico do suposto débito. Discorda das afirmações da autuante quando afirma que o valor encontrado após a retificação dos valores apontados nos CTCRs é superior ao suposto débito tributário, tendo em vista que a infração refere-se a utilização indevida de créditos fiscais referente a transporte de mercadorias com saídas isentas, e que deve a autuante reformular sua planilha demonstrativa de débito, considerando apenas os valores relativos ao crédito supostamente indevido dessas mercadorias, e que assim, o suposto débito fiscal fica inferior ao Auto de Infração. Acrescenta que no somatório apresentado pela autuante, no que tange à subtração do crédito indevido do valor do débito, não corresponde à efetiva subtração dos valores constantes nos demonstrativos, e que determinados cálculos da autuante não se ajustam a qualquer operação matemática. Suscita que os CTCRs mencionados são meramente exemplificativos, uma vez que o equívoco foi cometido em outros tantos. Com relação à infração 02, informa que o referido débito foi devidamente recolhido, conforme DAE acostado ao PAF. Concernente à infração 03, diz que a utilização do crédito fiscal baseou-se na legislação estadual, tendo o autuado se creditado do quanto destacado em documento fiscal emitido por empresa transportadora, e que o referido destaque do imposto acarreta recolhimento pelo transportador. Entende que não cabe ao autuado averiguar a existência ou não de inscrição no SIMBAHIA relativa às empresas que contrata ou quaisquer de seus fornecedores, e que a microempresa ou empresa de pequeno porte é quem deve informar seu regime fiscal ao contratante. Reafirma que o não reconhecimento do crédito fiscal decorrente do imposto destacado em conhecimento de transporte, ofende ao princípio basilar da não cumulatividade, gerando inclusive recolhimento indevido na fase subsequente da cadeia produtiva. Quanto à infração 04, diz que o Sistema CFAMT é alimentado por um fiscal e sendo assim é plenamente possível a ocorrência de falhas de digitação de dados referentes às notas fiscais que acompanham as mercadorias. Exemplifica, citando a nota fiscal de n.º 153.133, que não corresponde a documento emitido pela Frangosul S/A, ou mesmo para esta, destinando-se a empresa diversa. Assevera que parte das notas fiscais correspondem à devolução de mercadorias comercializadas às Empresas de Pequeno Porte, inscritas no SIMBAHIA, que não podem destacar o crédito do ICMS, e que, portanto, havendo devolução de mercadoria que foi inicialmente comercializada com o destaque do imposto, devolvida sem destaque, o contribuinte emitiu nova Nota Fiscal, sendo esta de entrada de mercadoria em seu estabelecimento, a fim de poder utilizar-se do imposto que foi destacado na operação posteriormente desfeita, de acordo com o que preceitua o art. 653 do RICMS-BA. Cita as notas fiscais de entrada de n.ºs 853 e 970, emitidas pelo autuado a fim de creditar-se da devolução de mercadoria entregue pela Diego Supermercado Ltda. através da nota fiscal original de n.º 86.599, e Bastos Souza Comércio de Alimentos, nota fiscal de n.º 90.815, ambas inscritas no regime do SIMBAHIA. Diz que o fato de uma nota fiscal supostamente não ter sido lançada no CFAMT, não significa necessariamente que esta não esteja registrada no livro de entrada do autuado e que está apresentando nesta oportunidade cópias de notas fiscais de transferência, que, embora apenas algumas delas constem como não registradas no respectivo livro pelo defendente, estão devidamente escrituradas. Argüi a nulidade da infração 05, por falta de elementos necessários para se determinar com segurança, a infração cometida, nos termos do artigo 18, IV, “a” do RPAF, e que o fato gerador do ICMS obedece a uma situação fática já prevista teoricamente na lei tributária e que, por isso mesmo não pode ser presumido, devendo ser provado documentalmente por quem o alega. Diz que ocorreram diversos equívocos cometidos pelo fiscal, a exemplo dos valores dos estoques inicial e final levantados de forma errada. Entende que o método utilizado para apuração do suposto débito fiscal nos anos de 2000 e 2003/2004 foi distinto, o que resulta em contradição no

levantamento do AI, gerando insegurança no embasamento jurídico da infração, haja vista que a autuante considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000, e não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004, e ainda, não levou em conta igualmente as saídas de simples remessa, remessa para armazenagem, bonificação e remessa para degustação. Para demonstrar os equívocos cometidos, o autuado apresenta planilha já revisada pela autuante a exemplo do estoque inicial considerado na ação fiscal, e que o produto 387 corresponde a um determinado valor, sendo este superior a realidade dos fatos, como também o produto 392, cujo valor apresentado pela autuante é superior ao real encontrado pela empresa, conforme planilha às folhas 4505/4507. Acrescenta que no exercício de 2000, a autuante informou valores equivocados em sua planilha, como por exemplo, no que diz respeito ao produto 379, onde, ao invés de digitar um estoque inicial de 60, erroneamente digitou 600 unidades, ou mesmo indicando um estoque inicial que não existia, como se pode observar no produto 397. Continua arguindo que igualmente a autuante não considerou na entrada as notas fiscais de devolução de armazenagem o que acarretou uma distorção de valores, sendo estes infinitamente inferiores à realidade. Saliencia que também não considerou no seu levantamento, as mercadorias que tiveram saída como bonificação, remessas para degustação e armazenamento. No que tange à infração 06, diz que no período de 01/01/2001 a 30/06/2001, a autuante está cobrando valor de substituição tributária incidente sobre produtos resultantes do abate de aves e suínos. Diz que o procedimento para atribuição de margens de valor agregado não obedeceu aos ditames fixados na Lei Estadual e na Lei Complementar 87/96, que obrigam a observância de preços usualmente praticados no mercado, obtidos através de levantamentos. Afirma que as margens aplicadas pela autuante estão incorretas ou mesmo inconstitucionais, principalmente em razão de o autuado estar cadastrado como filial atacadista e como tal, os percentuais de margens de agregação seriam menores (30% e 50%). Reitera que houve equívocos no relatório de janeiro de 2001, cujas informações são divergentes das notas fiscais e em relação ao mês de maio de 2002, a autuante incorreu em erro no cálculo. Quanto à infração 07, entende que em razão da inobservância dos documentos já apresentados nos autos, cabe explicar que o Auto de Infração nº 206887.0076/02-7, descreve uma de suas infrações como “mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento de ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, desde que não possua regime especial”, infração esta, que foi devidamente paga naquela oportunidade, e que nada mais natural do que a empresa estornar da sua contabilidade a quantia do imposto quitado sem a percepção da multa. Pede que seja observado que o valor que está sendo exigido nesta infração corresponde ao mesmo valor estornado (em razão da quitação do referido débito) da contabilidade da empresa relativo ao Auto de Infração nº 206887.0076/02-7. Diz que esse valor estornado, consta nos registros contábeis da empresa no item “Estorno de Débito”, do mês de janeiro de 2003, sendo que, ao invés de conter especificamente o valor constante desta infração, há um valor de R\$26.345,29, que inclui outros montantes igualmente estornados nesse período. Ressalta que não houve estorno indevido, mas sim uma operação contábil natural oriunda de um direito da empresa por ter efetuado o pagamento do referido tributo, inclusive multa, o que lhe possibilitou o estorno de R\$5.295,60, e que segundo esta linha de raciocínio, restando comprovada a improcedência do débito principal, improcede, também, a cobrança da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da lei 7.014/96, pois, é pacífico na doutrina e jurisprudência que o acessório segue o principal. Com relação à infração 08, diz que a fiscalização enquadrou equivocadamente a tributação do ICMS prevista no Decreto 7.799/00, considerando os seus artigos 2º e 3º, motivo pelo qual entendeu usurpados os artigos 56, 124 e nas operações com vencimento em maio de 2004, o art. 322 todos do RICMS-BA, entretanto sem nenhuma aplicação no caso em comento. Entende que as mercadorias destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte a alíquota aplicável é de 7%, nos termos do artigo 51, I, “c” e § 1º, I do Decreto 6.284/97 e não de 17%, e que tal situação pode ser demonstrada através da nota fiscal nº 160.514, apresentada pela autuante juntamente com a informação fiscal, cujo destino é a empresa Comercial de Alimentos

Imperial Ltda., que a inscrição estadual está errada, pois, por um equívoco do autuado foi descrita com sendo de empresa “NO”, mas na realidade corresponde a empresa inscrita no regime do SIMBAHIA, conforme se demonstra em consulta ao SINTEGRA do Estado da Bahia, o mesmo ocorrendo com a nota fiscal de nº 163503, emitida em nome da empresa José Wilson. Acrescenta que a autuante no relatório correspondente ao mês de julho de 2003 fez constar informações divergentes daquelas contidas nas notas fiscais verificadas, e que tais equívocos podem ser demonstrados pelas notas fiscais acostadas ao processo, as quais comprovam os erros do lançamento da autuante no momento da fiscalização como a nota fiscal nº 198.315, cujo CNPJ consta a empresa Panificação Vilas Ltda, cuja inscrição no CNPJ correta é 13.635.115/0001-02, enquanto no relatório apresentado pela autuante indica o CNPJ 00.064.574/0001-23 e a nota fiscal de nº 198.320, que o CNPJ indicado na planilha da autuante em nada se relaciona com a nota fiscal em questão. No que concerne à infração 09, alega que o autuado adquiriu mercadorias procedentes de outra unidade da federação (R. G. do Sul), sem, entretanto, proceder ao recolhimento do ICMS, na forma determinada na Portaria 270/93, em razão disso, foi lavrado o Auto de Infração nº 023.644.0113/01-0, sendo devidamente pago na época de sua lavratura, conforme DAE apresentado junto com a impugnação. Argüi que por um equívoco ocorrido no setor de contabilidade do autuado, o referido valor foi recolhido em duplicidade, e que desta forma, quando procedeu ao lançamento das suas operações contábeis, efetuou o estorno tanto do valor devidamente pago a título de ICMS, quanto do montante pago equivocadamente em duplicidade. Salienta que, no entanto, a autuante apesar de reconhecer o devido pagamento efetuado a título de ICMS, bem como o seu devido estorno, não identificou o recolhimento efetuado em duplicidade pelo defendente, fato que justificaria o estorno supostamente em desacordo com a legislação do ICMS. Conclui, requerendo preliminarmente a nulidade do lançamento de ofício, no mérito seja julgado procedente em parte, e por fim, diligência elucidativa pela ASTEC.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em razão dos novos argumentos aduzidos pelo autuado, como também novos documentos acostados aos autos, decidiu converter o presente PAF em diligência à ASTEC, para fiscal estranho ao feito averigüe a veracidade dos fatos “através dos documentos juntados aos autos” (fls. 4527/4528).

O Coordenador da ASTEC entendeu que por se tratar de “PAF VEMELHO”, e também, em face de a autuante não ter produzido informação fiscal acerca dos argumentos e documentos trazidos junto à manifestação do contribuinte, o presente processo deveria ser encaminhado à Infaz de origem para que fosse cumprida a diligência requerida pela relatora da 3ª JJF (fl. 4530).

A autuante produziu nova informação fiscal (fls. 4534/4548), argüindo que entre a data da ciência do Auto de Infração até o momento da 2ª defesa apresentada já transcorreu um tempo de 05 meses, período mais que suficiente para a efetiva transferência da documentação entre matriz e filial. Quanto à preliminar de nulidade argüida pelo defendente, diz que fica ratificada a informação fiscal registrada na folha 3375 e verso da primeira informação fiscal, ressaltando que as notas fiscais que o autuado suscita não ter vinculação com a infração 08, são aquelas que resultaram no levantamento extraído dos seus arquivos magnéticos e que compõem as folhas 3005/3570, do presente PAF. Alega que a defesa argüi que a empresa ORGANIZE não tem qualquer obrigação de conhecer a origem dos lançamentos. Refuta as alegações do defendente, dizendo que em nenhum momento, na primeira informação fiscal, foi afirmado que a origem dos lançamentos foi questionado a referida empresa, ao contrário, como registrado na folha 3386, a fiscalização mantinha constantes contatos com o representante do autuado, Sr. Sérgio Bulcão, supervisor de contas. Ressalta que por diversas oportunidades, o referido representante, compareceu à Infaz a fim de atender a solicitação da fiscalização, acompanhando, assim, toda a ação fiscal e transmitindo à matriz os questionamentos, demonstrativos, pedidos de novos documentos para fins de elucidação de dúvidas etc., e que da mesma forma iam-lhe sendo fornecidos os resultados parciais da fiscalização, afim de que fossem

repassados à matriz para conferência, tendo em vista que o citado representante desconhecia o teor dos lançamentos questionados. Aduz que desde que devidamente apontados e comprovados com a juntada de documentos pertinentes, nada mais justo que a retificação dos demonstrativos de débitos respectivos à falta de registro de notas fiscais relacionadas no sistema CFAMT, que não se destinaram efetivamente ao impugnante. Acrescenta que de igual forma, foram excluídos do demonstrativo referente à utilização de crédito indevido, apenas os CTCRs de nºs 65 (fev/2000), 79 (março/2000) e 239 (junho/2000), fls. 107 a 110 do processo. Diz que tal exclusão, entretanto, resultou em aumento dos respectivos débitos, dos meses citados, haja vista que tais inclusões resultaram em valores negativos nos totais das planilhas relativas àqueles períodos. Entende que a exclusão de valores negativos, constantes em planilha de cálculo resulta em aumento do seu valor total, no presente caso, saldo devedor do imposto e que não houve prejuízo para o defendente, ao contrário, o autuado foi beneficiado com o erro que acarretou diminuição do débito conforme folhas 3370/3380 dos autos. Afirma que o autuado ao requerer diligência á ASTEC, não trouxe provas para elidir a acusação de outros CTCRs. Com relação à infração 02, da análise nas cópias dos DAEs acostadas aos autos (fls. 3431/3432), diz que se verifica que o autuado obteve os citados documentos de arrecadação no sistema da SEFAZ, ao invés de solicitá-los na Carteira de Cobrança da repartição fiscal de sua jurisdição, tendo efetuado os pagamentos sem a adição da respectiva multa pela infração, o que atesta a má fé por parte do defendente. Ratifica a autuação e mantém a cobrança quanto a este item nos seus valores originais. Quanto à infração 03, alega que cabia à fiscalização verificar se o documento fiscal foi emitido supostamente por empresa com inscrição PP ou NO, a fim de proceder a devida glosa do crédito utilizado pelo tomador do serviço, e o simples destaque não autoriza, por si só, o aproveitamento do referido crédito fiscal nem atesta que o emitente encontra-se inscrito na condição de NO, pois o antigo documento pode ter sido aproveitado durante a nova condição, o que ocorreu na maioria dos casos e originou a autuação. Afirma que o não reconhecimento do uso do crédito, no presente caso, não implicou em ofensa ao princípio da não cumulatividade, visto que não pode ser aproveitado quando indevido. No que tange à infração 04, aduz que os documentos fiscais comprovadamente não destinados ao autuado já tinham sido excluídos da autuação e que da mesma forma, foram excluídos os documentos vinculados às notas fiscais de entrada, de emissão do defendente, em substituição àquelas emitidas pelas empresas SIMBAHIA, quando das devoluções de vendas, para efeito de fazer jus aos créditos fiscais, quando comprovado o vínculo entre as mesmas. Salaria que no tocante aos documentos acostados ao PAF, notas fiscais de nºs 86559 e 90815, não foram objeto de autuação, e que a nota fiscal nº 153.133 foi devidamente excluída, tendo em vista que a sua cópia não foi enviada à INFAZ pelo sistema CFAMT, quando solicitada, entretanto face à juntada de novas cópias de outros documentos, pelo autuado, procedeu a nova retificação dos demonstrativos constantes às folhas 29, 100-A a 102-A e 103, resultando em outra planilha acostada ao presente processo (fls. 4549/4552). Diz que os demais documentos que não foram registrados no livro Registro de Entradas prevalecem, como por exemplo: a nota fiscal de nº 2803, não há comprovação de vínculo com a de nº 165 apenas os valores coincidem; a nota fiscal de nº 109, não foi comprovado o vínculo com as notas fiscais de nºs 2789/141060 e a nota fiscal de nº 267, não há prova de vínculo com a nota fiscal de nº 2325. No que concerne à infração 05, diz que os demonstrativos de cálculo das omissões (fls. 123 a 126), referente ao exercício de 2000 (fls. 123 a 126), exercício de 2003 (fls. 129/130), exercício de 2004 (fls. 133/134), constituem-se nos resumos das apurações cujos passos referem-se aos levantamentos das entradas, saídas e cálculos dos preços médios unitários. Denuncia que a empresa acostou aos autos, nova listagem de mercadorias inventariadas, com o objetivo de ajustar os seus estoques e assim reduzir as omissões constatadas, sendo o inventário original o das folhas 48/81 do PAF. Aduz que após refazer os demonstrativos incluindo todas as notas fiscais de entradas e saídas, resultou em omissões divergentes das originais em valores superiores aos verificados originalmente, conforme demonstrativo acostado à folha 4537 do PAF. Salaria que com relação ao exercício de 2000, seja mantido o débito inicialmente exigido em face do prazo

decadencial, quanto aos exercícios de 2003 e 2004, sugere que o CONSEF anule este item da autuação com o escopo de ser lavrado novo Auto de Infração para exigência do débito com valores corretos. Com relação à infração 06, alega que não cabe discutir matéria constitucional e que os percentuais utilizados na fiscalização estão previstos no RICMS-BA. Entende que o autuado utilizou MVA a seu critério para reduzir preços e reproduz o artigo 355, I do RICMS-BA. Diz que os percentuais aplicados na fiscalização estão corretos, conforme se pode constatar nas folhas 83 a 86 do PAF, apresentando planilha à folha 4538. Alega que os demonstrativos referentes aos cálculos compõem as folhas 1839/2872 dos autos e a correção correspondente aos períodos de maio/2002 e janeiro/2004 a março/2004, já foi efetuada quando da primeira informação fiscal, mantendo os valores originais nos demais períodos e apresentando novos demonstrativos às folhas 4539/4541. No que tange à infração 07, argüi que o autuado efetuou o estorno do débito sem a emissão do respectivo documento fiscal, nos termos dos artigos 113 e 201, X do RICMS-BA, ratificando os valores exigidos. Concernente à infração 08, diz que não houve enquadramento equivocado, sendo a infração original se refere a recolhimento a menos do imposto devido por erro na determinação da base de cálculo quando das saídas internas, com utilização de benefício fiscal previsto no artigo 2º do Decreto 7.799/00. Argüi que o citado artigo prevê redução de base de cálculo em 41,176% de forma que a carga tributária final seja reduzida de 17% para 10% , e que a apresentação do demonstrativo na folha 3386 (1ª informação fiscal), ocorreu com a simples finalidade de comparação com aquele originalmente apresentado no final da fiscalização, demonstrando que o defendente se não fosse autuado da forma ora efetivada, seria autuado por ter utilizado alíquota incorreta nas saídas internas para empresas inscritas no regime do SIMBAHIA, tendo em vista que não poderia usufruir do benefício constante do artigo 51, § 1º do RICMS-BA, uma vez que sua matriz estava localizada em outro Estado. Aduz que aliado ao fato, restou provado que o impugnante, utilizou-se do crédito presumido previsto no art. 2º do Decreto 7.799/00, porém com erro na determinação da base de cálculo nas saídas internas destinadas a empresas inscritas no regime do SIMBAHIA, como para empresas submetidas ao regime normal. Salienta que conforme registrado na 1ª informação fiscal, o citado diploma legal proíbe, no seu artigo 4º, II, a utilização simultânea de dois benefícios e que a presente forma de autuação constitui-se mais benéfica para o autuado, pois de outro jeito, a simples glosa dos valores referentes ao citado crédito, resultaria no seu total em um débito maior para a empresa, sendo tal afirmação comprovada com base no demonstrativo elaborado para efeito de comparação à folha 4547 do PAF. Entende que caso não prevaleça o item da autuação na forma original, deverá ser feito novo lançamento de ofício para cobrança do uso indevido do crédito presumido, entre outras infrações, tendo em vista que a fiscalização para efeito de baixa de inscrição estadual, ainda não foi totalmente concluída. Com relação à infração 09, aduz que o autuado mais uma vez, incorreu em erro ao não emitir nota fiscal quando do referido estorno, na forma do artigo 133 e 201, X do RICMS-BA, e, por isso mantém integralmente a exigência fiscal e apresenta demonstrativos das infrações imputadas às folhas 4543/4552.

O autuado apresenta manifestação (fls. 4580/ 4597), volume XVIII, argüindo inicialmente sobre a tempestividade da defesa apresentada. Discorre sobre a questão da armazenagem da documentação fiscal, esclarecendo sobre o contrato com a empresa especializada em armazenagem (ORGANIZE). Requer a nulidade do Auto de Infração, em face do preposto fiscal encarregado de prestar a informação fiscal ter emitido juízo de valor, entendendo que é da competência privativa dos órgãos julgadores tal manifestação intelectual, como também entende que é obrigação constitucionalmente prevista a manifestação sobre todas as alegações apresentadas pelo autuado. Salienta que a esfera administrativa ao se negar a tratar da prevalência da Lei Complementar 87/96 sobre as normas do SIMBAHIA, despreza a hierarquia das normas previstas no Constituição Federal no artigo 59. Diz que o fiscal autuante apesar de alegar que a infração 08 foi fruto de exame das notas fiscais disponibilizadas pelo defendente, sendo uma pessoa passível de falhas, pode ter ocorrido um

equivoco nesta imputação. No mérito, quanto à infração 01, afirma que na informação fiscal constata-se não ter havido a total improcedência da referida infração, havendo apenas correção de erro, imputando-lhe, com isso, valor superior ao efetivamente exigido na autuação. Diz que a autuante acatou determinados equívocos cometidos, que dizem respeito aos CTCRs de nºs 65, 79 e 239, que devidamente sanados, resultou em redução do valor histórico do suposto débito. Discorda da autuante quanto às alegações de que o valor encontrado após a retificação do montante apontado nas CTCRs é superior ao suposto débito, pois, deve-se observar que a infração imputada corresponde a utilização indevida de crédito fiscal referente a transporte de mercadorias com saídas isentas, entendendo ser dever da fiscal, ao reformular a planilha demonstrativa de débito, considerar apenas os valores relativos aos créditos supostamente indevidos dessas mercadorias. Ressalta que o suposto débito fiscal fica inferior ao exigido no Auto de Infração e o somatório dos valores autuados, segundo demonstrativo de débito consistiria em R\$9.133,25. Acrescenta que no somatório apresentado pela autuante em sua informação fiscal, no que tange a subtração do crédito indevido do valor do débito, o montante nele constante, mesmo com a correção das CTCRs acima citadas e retificadas, não correspondem à efetiva subtração dos valores indicados nos demonstrativos apresentados. Diz que as CTCRs mencionadas são meramente exemplificativas, uma vez que o equivoco foi cometido em outros documentos semelhantes, requerendo diligência pela ASTEC, para elucidar a questão. Com relação à infração 02, reconhece a procedência da autuação, informando que efetuou o referido recolhimento. Diz que se observa no DAE acostado aos autos, que o valor correspondente ao principal é exatamente aquele descrito no Auto de Infração, e o seu pagamento se deu após a ciência da lavratura da peça acusatória, com a devida atualização monetária. Declara que o fato de o autuado ter imprimido seu documento arrecadatário através do sistema da SEFAZ, não significa dizer que está agindo de má-fé e que má-fé não se presume. Acrescenta que comprovado o devido pagamento devem ser adotados os procedimentos de exigir a diferença de encargos, caso previsto na legislação tributária, ou cobrar eventual diferença e aplicando-se o artigo 156, I do CTN extinguir o crédito tributário. Quanto à infração 03, diz que o crédito fiscal utilizado pelo autuado, baseou-se em dispositivo legal previsto no artigo 20 da Lei Complementar 87/96 e decorreu do destaque constante na nota fiscal fornecida pela empresa prestadora do serviço de transporte, e que as referidas notas fiscais das empresas inscritas no regime do SIMBAHIA, possuem obrigatoriamente destaque em seu corpo, o que restaria evidente a impossibilidade de utilização de crédito do ICMS, entretanto diz que o referido destaque acarreta a obrigação de recolhimento do imposto pelo transportador, e esse recolhimento gera direito ao crédito. Entende que a transportadora não está operando em condições de gozo do benefício fiscal concedido pelo regime do SIMBAHIA, pois, se assim o fosse, não realizaria o recolhimento normal do imposto. Argui que o não reconhecimento do crédito decorrente de imposto destacado em conhecimento de transporte ofende o princípio basilar da não cumulatividade, previsto no art. 155, I da Constituição Federal, gerando inclusive um recolhimento indevido na fase subsequente da cadeia produtiva e que a ausência de informações na nota fiscal produzida por terceiro contratado pelo autuado não pode ensejar responsabilidade tributária, já que ausente tal previsão no art. 126 e 135 do CTN, sendo do transportador a responsabilidade pelo recolhimento do imposto por inexistência de lei que atribua ao defendente tal encargo. Salaria que a falta de indicação na nota fiscal somente constitui violação a uma obrigação acessória, gerando obrigação de fazer, e nunca obrigação de pagar, pois, não se converte o acessório em principal, nos termos do CTN em vigor. No que tange à infração 04, diz que o erro na digitação de dados somente pode ser imputado à própria fiscalização, não podendo gerar passivo para o autuado. Acrescenta que referente aos lançamentos do CFAMT e que supostamente não possuem notas fiscais correspondentes escrituradas nos livros fiscais, deve-se informar que estas correspondem à devolução de mercadorias comercializadas à empresas de pequeno porte, inscritas no regime do SIMBAHIA, que não podem destacar o crédito do ICMS e que havendo devolução de mercadoria que foi inicialmente comercializada com o destaque do imposto, devolvida sem destaque, o defendente

emitiu nova nota fiscal, sendo esta de entrada de mercadoria a fim de apropriar-se do crédito fiscal, nos termos do artigo 653 do RICMS-BA. Concernente à infração 05, pede a sua nulidade por ausência de segurança para se determinar a infração, consoante disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF. Diz que houve diversos equívocos cometidos pela autuante no levantamento quantitativo, entre os quais, os valores do estoque inicial e final foram levantados de forma errada, fato já demonstrado através de documentos acostados ao PAF, que serão validados após perícia contábil já requerida. Entende que o método utilizado para apuração do suposto débito fiscal nos anos de 2000 e 2003/2004, foi distinto, o que ocasiona uma contradição no levantamento elaborado pela autuante, gerando insegurança no embasamento jurídico da suposta infração. Salienta que a autoridade fiscal, considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000, e não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004, como também não considerou as saídas sob simples remessa, remessa de armazenagem, bonificação e remessa para degustação bem como informou valores incorretos em sua demonstração do suposto débito fiscal. Diz que na presente diligência, apresentou quadro demonstrativo de débito com os valores revisados, o que, não coaduna com a realidade dos fatos, devendo ser observado o quanto demonstrado reiteradas vezes pelo autuado e que a própria autuante sugere a nulidade desta parte do Auto de Infração. Com relação à infração 06, aduz que inicialmente cabe esclarecer que no período de 01/01/2001 a 30/06/2001, a autuante está exigindo imposto por substituição tributária incidente sobre produtos resultantes do abate de aves e suínos. Entende que a margem aplicada não obedeceu aos preceitos fixados na Lei Estadual e o artigo 8º, § 4º da Lei Complementar 87/96. Entende que existindo pauta de percentuais de MVA em Lei Complementar, a legislação estadual está impedida de tratar de forma diversa e gravosa para o contribuinte. Declara que o autuado está inscrito como filial atacadista e como tal os percentuais de margem seriam menores (30% e 50%). Reitera que houve equívoco da autuante que ao longo desta demanda vem sendo, aos poucos sanadas, demonstrando-se estas alegações no que tange aos meses de maio/2002, janeiro/2004 e março/2004. Com relação à infração 07, entende que em razão da inobservância dos documentos já apresentados nos autos, cabe explicar que o Auto de Infração nº 206887.0076/02-7, descreve uma de suas infrações como “mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento de ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, desde que não possua regime especial”, infração esta, que foi devidamente paga naquela oportunidade, e que nada mais natural do que a empresa estornar da sua contabilidade a quantia do imposto quitado sem a percepção da multa. Pede que seja observado que o valor que está sendo exigido nesta infração corresponde ao mesmo valor estornado (em razão da quitação do referido débito) da contabilidade da empresa relativo ao Auto de Infração nº 206887.0076/02-7. Diz que esse valor estornado, consta nos registros contábeis da empresa no item “Estorno de Débito”, do mês de janeiro de 2003, sendo que, ao invés de conter especificamente o valor constante desta infração, há um valor de R\$26.345,29, que inclui outros montantes igualmente estornados nesse período. Ressalta que não houve estorno indevido, mas sim uma operação contábil natural oriunda de um direito da empresa por ter efetuado o pagamento do referido tributo, inclusive multa, o que lhe possibilitou o estorno de R\$5.295,60, e que segundo esta linha de raciocínio, restando comprovada a improcedência do débito principal, improcede também, a cobrança da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da lei 7.014/96, pois, é pacífico na doutrina e jurisprudência que o acessório segue o principal. Quanto à infração 08, diz que houve enquadramento equivocado quando da tributação do ICMS no Decreto 7.799/00, considerando os seus artigos 2º e 3º, motivo pelo qual entendeu usurpados os artigos 56 e 124 do RICMS-BA, e nas operações com vencimento em maio/2004, o artigo 322 do citado diploma legal, com nenhuma aplicação no presente caso. Entende que essas mercadorias, saídas de estabelecimento do autuado no Estado da Bahia, cujo imposto é calculado pelo regime normal de apuração, destinadas todas à microempresas e empresas de pequeno porte, e, por não se tratar de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, vez ser embutidos, a alíquota aplicável é de 7%, nos termos do artigo 51, I, “c” e § 1º, I do Decreto 6.284/97. Argüiu que, por esse

fato, com fundamento no artigo 100, § único do CTN, combinado com os artigos 5º, II e 150, I, da Constituição Federal, o autuado não pode sofrer qualquer imposição, seja porque não existe o principal, seja porque os encargos não se aplicariam ainda que cobrados independentemente e transcreve o referido artigo 100 do CTN. No que tange à infração 09, reitera os argumentos da exordial, bem como afirma que a ausência de emissão do documento fiscal ensejaria tão somente violência a obrigação acessória, com a apresentação da nota fiscal e pagamento, acaso devido, apenas da multa respectiva, nunca do montante acrescido da multa supostamente aplicável. Conclui, requerendo a nulidade da autuação, no mérito sua improcedência e a realização de perícia técnica contábil.

Submetido à Pauta Suplementar, a 3ª JJF, decidiu converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem para o autuante esclarecer e juntar aos autos os demonstrativos correspondentes ao imposto calculado relativo à infração 08, indicando as notas fiscais que foram adquiridas e respectivas datas de emissão, com a utilização do benefício concedido pelo artigo 2º do Decreto 7.799/00, assim como relacionar as notas fiscais de saída com aplicação da alíquota de 7%, elaborando novo demonstrativo de débito, se necessário, concedendo-se um prazo de 10 dias para que o autuado possa se manifestar (fl. 4.601).

A autuante atendeu a diligência requerida, (fls. 4604/4605), informando que os demonstrativos a que se referem à infração 08, são os constantes das folhas 115 e 116 do PAF, e que constatou que o demonstrativo relativo ao exercício de 2004, deixou de indicar o Resumo das Apurações da Revisão Fiscal (fl. 4547), nele constando apenas o demonstrativo correspondente ao exercício de 2003, apresentando o demonstrativo de débito por erro na determinação da base de cálculo relativo ao exercício de 2004, junto com o parecer. Diz que no tocante às notas fiscais de saídas com aplicação da alíquota de 7%, estão relacionadas nas folhas 2920/3036, 3217/3413, 3563/3782 e 3414/3561, e que foram impressas a partir da seleção feita nos arquivos magnéticos da empresa. Salienta que conforme registrado na 1ª e 2ª informações fiscais, o autuado utilizou-se simultaneamente de dois benefícios fiscais, o do Decreto 7799/00 com o uso do crédito presumido previsto no seu artigo 2º, o que foi comprovado com as cópias do seu livro RAICMS (fls. 3038/3093), bem como do livro RUDFTO (fls. 3095/3097), todas constantes do volume XII do PAF, e o da alíquota especial de 7%, prevista no artigo 51, I, “c” do RICMS-BA, nas saídas internas para empresas SIMBAHIA, embora sua matriz esteja localizada em outro Estado da federação, o que não autoriza tal benefício, haja vista que a sua instituição foi motivada para proteger as indústrias locais e assim proporcionar às microempresas e empresas de pequeno porte aquisição de mercadorias, a preços mais competitivos. Diz que tal alíquota também foi utilizada para operações destinadas a empresas sujeitas ao regime normal de apuração, e que optou pela manutenção do crédito presumido, procedendo a retificação dos cálculos com o objetivo de determinar os reais valores da base de cálculo, com base no artigo 1º do mencionado Decreto (fls. 4553/4565), tendo em vista o parecer opinativo a favor da assinatura do Termo de Acordo e Compromisso, registrado às folhas 33 e 34 do livro RUDFTO (fls. 3096/3097), do PAF. Salienta que a presente forma de autuação provou ser mais benéfica para o autuado e reitera que caso não prevaleça esse item da autuação deve-se proceder a nova ação fiscal para a glosa e cobrança do imposto utilizado a título de crédito presumido pelo defendente.

A DAT-METRO, intimou o autuado para manifestar-se, concedendo-lhe o prazo de 10 dias (fl. 4622)

O impugnante apresenta nova manifestação (fls. 4635/4648), discorrendo inicialmente sobre a tempestividade da manifestação, como também pelo pedido de diligência requerido pelo relator da 3ª JJF, concluindo que a autuante apenas ratifica o entendimento anteriormente esposado ao incluir resumo da informação fiscal anterior, enquanto continua insistindo que com relação à infração 08 o autuado utilizou simultaneamente o benefício fiscal do artigo 2º do decreto 7.799/00 e o do artigo 52, I, “c” do RICMS-BA, de forma indevida. Diz que o autuado reconheceu e pagou com os benefícios da

anistia previsto na Lei 10.328/06 as infrações: 01, reconhecendo em parte o valor de R\$9.133,05, com base no demonstrativo apresentado na primeira informação fiscal, sendo importante esclarecer que a autuante, de forma equivocada, considerou a soma das mercadorias tributadas ao efetuar a glosa, quando o correto seria a glosa das mercadorias isentas, haja vista que a infração reclama a utilização indevida de crédito fiscal referente ao frete nas saídas de mercadorias beneficiadas com a isenção. Requer aos julgadores da 3ª JJF, que reconheça, o pagamento de R\$9.133,05, valor resultante da soma da coluna denominada como crédito de mercadorias isentas no demonstrativo apresentado na 1ª informação fiscal. Quanto à infração 02, diz que este item foi reconhecido e pago desde a impugnação, de modo que deverá ser excluído do sistema SEFAZ, haja vista que o DAE que comprova o recolhimento já ter sido acostado aos autos. Com relação à infração 03, reconhece a sua totalidade e no que tange à infração 04, reconhece em parte o valor de R\$4.898,64. Salienta que o reconhecimento se deu com base nos valores registrados na informação fiscal (fls. 4607/4609), onde a autuante indica as notas fiscais e as respectivas bases de cálculo para a cobrança da multa referente às notas fiscais que não foram registradas. No que concerne à infração 05, reitera o pedido de nulidade por inexistência de segurança para se determinar a infração, nos termos do artigo 18, IV, “a” do RPAF. Diz que a ausência de elementos para se determinar com segurança a infração está demonstrada da apuração do ano de 2000, que ocorreu de forma diversa dos exercícios de 2003 e 2004, e que, além disso, na informação fiscal à folha 3502, a autuante afirmou equivocadamente que o defendente acostou “nova listagem de mercadorias inventariadas”, quando na realidade foi anexada a movimentação dos itens de estoque, na tentativa de demonstrar as divergências entre as informações da autuante e do autuado, que deixou de ser considerada na última revisão, resultando em alteração dos valores para maior, o que vem demonstrar a insegurança do levantamento. Salienta que a autuante sugeriu a anulação deste item com o escopo de ser lavrado novo Auto de Infração, confirmando a insegurança da autuação. Transcreve a Sumula nº 01 do CONSEF, para ratificar seu pedido de nulidade do lançamento de ofício. Quanto ao mérito diz que entre os diversos equívocos cometidos pela autuante, que os valores dos estoques inicial e final foram levantados de forma errada, o que já foi devidamente demonstrado através de documentos juntados na defesa. Entende que o método utilizado para apuração do suposto débito fiscal, nos anos de 2000, 2003 e 2004 foi distinto, o que ocasiona uma contradição no levantamento do Auto de Infração, gerando insegurança no embasamento jurídico desta autuação. Reitera que a autoridade fiscal, considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000, e não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004, como também não considerou as saídas sob simples remessa, remessa de armazenagem, bonificação e remessa para degustação bem como informou valores incorretos em sua demonstração do suposto débito fiscal. Diz que na presente diligência, apresentou quadro demonstrativo de débito com os valores revisados, o que, não coaduna com a realidade dos fatos, devendo ser observado o quanto demonstrado reiteradas vezes pelo autuado e que a própria autuante sugere a nulidade desta parte do Auto de Infração. Com relação à infração 06, aduz que inicialmente cabe esclarecer que no período de 01/01/2001 a 30/06/2001, a autuante está exigindo imposto por substituição tributária incidente sobre produtos resultantes do abate de aves e suínos. Entende que a margem aplicada não obedeceu aos preceitos fixados na Lei Estadual e o artigo 8º, § 4º da Lei Complementar 87/96. Entende que existindo pauta de percentuais de MVA em Lei Complementar, a legislação estadual está impedida de tratar de forma diversa e gravosa para o contribuinte. Declara que o autuado está inscrita como filial atacadista e como tal os percentuais de margem seria menores (30% e 50%). Reitera que houve equívoco da autuante que ao longo desta demanda que vem sendo, aos poucos sanadas, demonstrando-se estas alegações no que tange aos meses de maio/2002, janeiro/2004 e março/2004. Diz que o relatório correspondente ao mês de janeiro de 2001(aves e suínos), apresenta informações divergentes das notas fiscais e que na informação fiscal que o autuado tomou ciência no dia 26/09/2006, no demonstrativo desta infração relativo ao exercício de 2001, existe um erro de digitação no mês de junho, onde consta R\$39.661,00 quando deveria ter sido informado R\$36.661,00,

que foi o valor efetivamente lançado no Auto de Infração. No que tange à infração 07, diz que o valor que está sendo autuado, corresponde ao mesmo valor estornado, em razão da quitação do referido débito, da contabilidade da empresa relativo ao Auto de Infração nº 206887.0076/02-7. Salienta, mais uma vez que o referido Auto de Infração, descreve uma das situações como “mercadorias enquadradas na Portaria 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento de ICMS na primeira repartição do percurso da mercadoria, desde que não possua regime especial”, a qual foi devidamente paga naquela oportunidade, e que nada mais natural do que a empresa estornar da sua contabilidade a quantia do imposto quitado sem a percepção da multa. Pede que seja observado que o valor que está sendo exigido nesta infração corresponde ao mesmo valor estornado (em razão da quitação do referido débito) da contabilidade da empresa relativo ao Auto de Infração nº 206887.0076/02-7. Diz que esse valor estornado, consta nos registros contábeis da empresa no item “Estorno de Débito”, do mês de janeiro de 2003, sendo que, ao invés de conter especificamente o valor constante desta infração, há um valor de R\$26.345,29, que inclui outros montantes igualmente estornados nesse período. Ressalta que não houve estorno indevido, mas sim uma operação contábil natural oriunda de um direito da empresa por ter efetuado o pagamento do referido tributo, inclusive multa, o que lhe possibilitou o estorno de R\$5.295,60, e que segundo esta linha de raciocínio, restando comprovada a improcedência do débito principal, improcede também, a cobrança da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, pois, pacífico na doutrina e jurisprudência que o acessório segue o principal. Com relação à infração 08, reitera o pedido de nulidade, tendo em vista que o relator da 3ª JF, tenha solicitado de forma expressa (fl. 4601), que a autuante esclarecesse e fizesse a juntada aos autos dos demonstrativos correspondentes ao imposto calculado, indicando as notas fiscais que foram adquiridas e as respectivas datas de emissão com a utilização do benefício do Decreto 7.799/00, bem como elaborasse relação das notas fiscais de saída onde foi aplicada a alíquota de 7%, não sendo atendido pela autuante. Entende que na última informação fiscal a autuante continua sem esclarecer ou mesmo juntar os demonstrativos correspondentes ao imposto calculado, pois, os demonstrativos às folhas 115 e 116 dos autos, não se referem a esta infração, pois mencionam uma listagem de notas fiscais que não foram registradas, enquanto a infração 08, se refere a mercadorias regularmente escrituradas, sendo assim, não há comprovação de que o autuado tenha efetuado o recolhimento a menos do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo, uma vez que não ocorreu a simultaneidade dos benefícios fiscais previstos no Decreto 7.799/00, art. 2º e no art. 51, I, “c” do RICMS-BA. Diz que procedia da seguinte forma: utilizava o art. 1º do mencionado diploma legal para as empresas inscritas na condição de normal, o artigo 2º para as operações interestaduais e o artigo 51, I, “c”, parágrafo 1º, I e II para as empresas inscritas no regime do SIMBAHIA, e que a Frangosul pôde utilizar o referido benefício por estar equiparada a estabelecimento industrial, reproduzindo o citado mandamento legal. Acrescenta que o defendente não fora autuado nesse sentido, pois o Auto de Infração nº 141.596.0030/04-1, teve o julgamento realizado através do Acórdão 0056-03/06, com o seguinte teor: “constato que apesar de o autuado ser equiparado pela legislação como estabelecimento industrial, não ficou comprovado o cumprimento a uma das condições estabelecidas no § 1º, II do art. 51 do RICMS-BA, ou seja, o repasse para o adquirente, sob a forma de desconto do valor correspondente ao benefício resultante da redução da alíquota para 7%”, e ainda o relator: “concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, tendo em vista que está comprovada a falta de cumprimento da condição estabelecida na legislação, confirmando-se o cometimento da infração apurada”. Declara que a afirmação da autuante não guarda relação com a autuação ora guerreada. Entende que a vedação prevista no artigo 4º do Decreto 7.799/00, não se aplica ao caso em apreço, pois a vedação se refere às operações, reproduzindo o citado artigo. Ressalta que em nenhum momento o autuado se utilizou simultaneamente dos dois benefícios, sendo utilizados de forma distinta (SIMBAHIA, artigo 51 e NORMAL artigo 1º), a depender do tipo de operação realizada, o que não é vedado por nenhum dispositivo do Decreto 7.799/00, ou mesmo do próprio RICMS-BA. Diz que outro ponto a ser

observado, são os erros apontados na planilha em anexo a esta manifestação, onde se verifica que o cálculo do crédito presumido foi feito de forma equivocada no levantamento, o que gerou parte das distorções deste item 08. Entende que essas mercadorias, saídas de estabelecimento do autuado no Estado da Bahia, cujo imposto é calculado pelo regime normal de apuração, destinadas todas a microempresas e empresas de pequeno porte, e, por não se tratar de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, vez ser embutidos, a alíquota aplicável e de 7%, nos termos do artigo 51, I, “c” e § 1º, I do Decreto 6.284/97. Argüi que, por esse fato, com fundamento no artigo 100, § único do CTN, combinado com os artigos 5º, II e 150, I, da Constituição Federal, o autuado não pode sofrer qualquer imposição, seja porque não existe o principal, seja porque os encargos não se aplicariam ainda que cobrados, independentemente e transcreve o referido artigo 100 do CTN. Quanto à infração 09, aduz que este item foi reconhecido e pago na sua totalidade com o benefício da anistia prevista na Lei 10.328/06, e que vale ressaltar o erro cometido na emissão do DAE, quando foi indevidamente incluído no cálculo o valor referente ao item 07, de R\$5.295,40, que não foi reconhecido pelo defendente, ao invés do valor correspondente a este item 09 de R\$1.965,52. Complementa dizendo que o julgamento deste item da autuação deverá ser pela procedência e improcedência para o item 07, o valor pago a maior ser reconhecido como crédito. Conclui, requerendo a nulidade dos itens 05 e 08 da autuação, e no mérito a procedência em parte dos itens reconhecidos, levando-se em consideração aos itens remanescentes, as razões aduzidas na defesa e nas manifestações posteriores, acostando aos autos demonstrativos dos débitos reconhecidos (fls. 4650/4652).

A autuante produz nova informação fiscal (fls. 4657/4658), argüindo que quanto à infração 01, ratifica o teor da informação fiscal à folha 4535, pois entende que o autuado não produziu provas para suas alegações.

Com relação à infração 02, aduz que o autuado não recolheu os acréscimos tributários, inclusive a multa devida.

No que tange à infração 03, salienta que o autuado não apresenta fatos novos capazes de elidir a autuação.

Ratifica a infração 04, conforme informação fiscal contida na folha 4536 do PAF.

Com relação à infração 05, diz que não pode considerar o novo inventário acostado ao PAF pelo autuado, tendo em vista que o oficial é o que consta nas folhas 48/81 do presente processo, e que o resultado da revisão apontou diferenças de omissões consideravelmente superiores às constatadas anteriormente, daí a sugestão registrada na informação fiscal à folha 4537.

Quanto às infrações 06 a 09, aduz que o autuado apresenta os mesmos argumentos, nada acrescentando de novo e, por isso, confirma na totalidade a informação fiscal fornecida às folhas 4534/4543, devendo prevalecer os valores referentes aos débitos registrados nos demonstrativos a ela anexados às folhas 4543/4547.

A 3ª JJF determinou que o PAF fosse convertido em diligência à ASTEC, para que fossem esclarecidos com relação à infração 05 os seguintes fatos (fls. 4.664/4665):

- 1- O que ao autuado e autuante definem como estoque em trânsito.
- 2- Verificar de que forma o autuante elaborou o levantamento quantitativo de estoques. Incluiu-se remessas e retornos de armazenagem, juntamente com o estoque em trânsito inventariado.
- 3- O levantamento quantitativo de estoques deverá contemplar a data da efetiva entrada da mercadoria, e, por isso, deverá ser excluída do inventário, mercadorias cuja data da emissão da nota fiscal ocorreu no final do exercício, tendo ingressado no exercício seguinte (possível estoque em trânsito).

- 4- Verificar se efetivamente ocorreu a falta de inclusão no levantamento quantitativo, onde foi constatada omissão de saídas de mercadorias, as notas fiscais emitidas pelo autuado como remessas para armazenagem, bonificação e remessas para degustação.
- 5- Verificar se o produto correspondente ao código 392 (lingüiça calabresa), cujo estoque final indicado pelo autuante 4.750 quilos (fl. 126), está efetivamente registrado no livro Registro de Inventário e se o valor considerado é superior ao informado pelo sujeito passivo.
- 6- Foi juntado ao pedido de diligência resumo do relatório com as alegações do autuante e autuado, para nortear o esclarecimentos dos fatos.
- 7- Caso necessário elaborar novos demonstrativos.

Requer que após as providências adotadas, a Inspetoria Fazendária de Simões Filho, deverá intimar o autuante e o autuado para tomar conhecimento da diligência requerida, com a entrega das referidas cópias, mediante recibo, concedendo-lhes o prazo para manifestação de 10 dias.

A ASTEC, elaborou Parecer 37/2007, (fls. 4.669/4671), tendo o diligente afirmado que na contestação inicial, o autuado informa que a autuante errou ao agrupar o estoque em trânsito que é o já escriturado no livro Registro de Inventário com tal observação (fl. 70), e registros apartados (fls. 76/8), relativo às mercadorias ainda não ingressadas fisicamente no estabelecimento por se acharem em trânsito, com o estoque físico da empresa (o que de fato ocorreu inicialmente em relação aos exercícios de 2003 e 2004, conforme fls. 132/133/136 e 137), embora se contradiga nesse argumento defensivo por ocasião da sua manifestação em relação à informação fiscal (fls. 4453/4) e na sua manifestação em relação à diligência fiscal efetuada pela autuante (fl. 4591). Diz que argüida, a autuante informou que inicialmente entendeu como estoque em trânsito as mercadorias em poder de terceiros, ou seja, objeto de remessas para armazenagem já que a empresa não dispunha de frigorífico próprio, e, por isso, os integrou ao estoque inicial nos exercícios de 2003 e 2004, pois estes possuem registros em separado. Salienta que a autuante acatando o argumento inicial do contribuinte de que não deveria considerar nos estoques físicos iniciais os estoques inventariados como em trânsito, porém como os resultados das omissões dos levantamentos quantitativos foram maiores que os originais, a autuante faz a seguinte observação à folha 4.538: “a critério desse Colendo, poderá ser determinada a anulação deste item de autuação com o escopo de ser lavrado novo Auto de Infração para cobrança do real débito, ora apurado na revisão fiscal”. Com relação ao item 02 do pedido, aduz que conforme informado pela autuante na folha 4.536, o levantamento original foi efetuado no sistema SAFA, considerando o estoque em trânsito, mas como tal sistema não carregou os comandos relativos às notas fiscais das operações de remessa e retorno de armazenagem, bem como de bonificações e degustação pelo fato de os respectivos CFOPs, não estarem previstos para o levantamento de estoques, através do SAFA, essas movimentações não ficaram inicialmente incluídas. Salienta que, entretanto, o levantamento quantitativo da diligência efetuado através de outros meios (Access e Excel), acatando os argumentos da defesa, excluiu o estoque em trânsito e contemplou todas as notas fiscais inclusive as relativas à movimentação de remessa e retorno de armazenagem bem como as de saídas a título de bonificação e degustação como protestou o autuado. No que tange ao item 03 da solicitação assevera que no presente levantamento quantitativo, foram utilizados arquivos magnéticos, e que tais arquivos configuram a escrituração fiscal por meio eletrônico e registram as datas da efetiva entrada e saída dos documentos fiscais e que foram estas as consideradas no levantamento. Acrescenta que como no levantamento quantitativo efetuado da diligência fiscal exclui-se o estoque em trânsito, esse atende ao requerido neste item. Alerta para a indicação da autuante quanto ao seu resultado e sugestão de nulidade para possibilitar nova ação fiscal. Quanto ao item 04, diz que no levantamento quantitativo original não foram incluídas as notas fiscais emitidas como remessas e devoluções de armazenagem bem como as de bonificação e remessas para degustação, mas no levantamento quantitativo efetuado

por ocasião da diligência fiscal (fls. 4551/4.552), incluiu todas as notas fiscais e excluídos dos estoques iniciais os registros relativos a mercadorias inventariadas como estoque em trânsito. Com relação ao item 05, aduz que a mercadoria “lingüiça calabresa”; código 392, está inventariada no estoque final de 2000 com 4.750 quilos, preço unitário de R\$1,51, e valor de R\$7.181,42 (fl. 56). Conclui, entendendo estar satisfeita a diligência solicitada.

A SAT/DAT- METRO/CCRED, intimou o autuante e o autuado para tomar conhecimento do Parecer ASTEC de nº 37/2007, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para manifestação (fls. 4.678, 4.689).

O autuado apresentou nova manifestação às folhas 4.681/4.687, discorrendo sobre a tempestividade do referido documento e sobre o teor do Parecer ASTEC 37/2007. Diz que o referido parecer trata unicamente da infração 05, uma das remanescente após a adesão da anistia concedida em 2006. Aduz que, o nobre revisor, responde à questão 1, descrevendo que a autuante acata o argumento inicial do contribuinte de que não deveria ter considerado nos estoques físicos iniciais aqueles que foram inventariados como em trânsito, corrigindo os levantamentos. Assevera que, embora a autuante tenha tentado fazer a correção dos levantamentos, ela própria demonstra a fragilidade do seu lançamento ao sugerir que o Conselho determine a nulidade deste item e que se a própria autuante não confia no levantamento por ela realizado, o contribuinte não pode ver-se obrigado ao pagamento de um suposto débito, cuja segurança está comprovadamente comprometida. Salaria que ao responder ao 2º questionamento o revisor confirma a realização do levantamento original pelo sistema SAFA - Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada - que não considerou as operações de remessa e retomo de armazenagem, bem como as de bonificação e degustação, e considerou (quando não deveria) o estoque em trânsito. Sustenta que nas revisões efetuadas pela autuante esta excluiu o estoque em trânsito e contemplou as notas relativas às remessas e retomo de armazenagem e as saídas a título de bonificação e degustação. Quanto à resposta à questão 3 o próprio revisor chama a atenção para a nulidade deste item do Auto de Infração o que corrobora, mais uma vez, com a tese de nulidade sustentada pelo autuado. Reitera o quanto alegado desde a 1ª impugnação, e repetido nas demais manifestações já apresentadas, insistindo na decretação de nulidade deste item em razão da inexistência dos elementos necessários para se determinar com segurança a infração, conforme disposto no art. 18, inciso IV, alínea "a", do RICMS. No que tange falar em ausência de elementos para se determinar com segurança a infração esta se demonstra na apuração de 2000 que ocorreu de forma diversa dos exercícios de 2003 e 2004, tal evidência denota uma fiscalização viciada. Ademais, diz que quando da informação fiscal do dia 28/04/06, (fl. 3502, 3º parágrafo) a autuante afirmou equivocadamente, que a empresa anexou "nova listagem de mercadorias inventariadas", quando na realidade foi anexada a movimentação dos itens de estoque, na tentativa de demonstrar as divergências entre as informações da autuante e do defendente, que deixou de ser levado em conta nesta nova revisão, ocasionando a alteração dos valores para maior de forma totalmente equivocada, demonstrando a insegurança do levantamento. Afirma que à folha 3503 a própria fiscal, sugere que "a critério deste Colendo Conselho de Fazenda, poderá ser determinada a anulação deste item de autuação com o escopo de ser lavrado novo auto de infração para a cobrança do real débito. ora apurado na revisão fiscal". Cita a Súmula nº 01, Acórdão CJF 0080/00 e Acórdão CJF 0022-12/02, para robustecer suas alegações defensivas. Quanto ao mérito, diz que a presente infração também não pode prevalecer, pois as diferenças encontradas decorrem de diversos equívocos cometidos no levantamento quantitativo e que originaram as distorções que dão suporte à omissão de saídas reclamada pelo fiscal autuante, entre os quais os valores dos estoques inicial e final que foram levantados de forma errada, já devidamente demonstrado através de documentos juntados na defesa. Ressalta que, somente no dia 27/09/2006 foi recebido o CD com os arquivos magnéticos das planilhas dos demonstrativos após a revisão da fiscal, de modo que estes arquivos estão sendo analisados e comparados com a escrita fiscal da empresa, devendo, oportunamente, serem apresentados esclarecimentos quanto às informações contidas nos arquivos magnéticos. Aduz

que o método utilizado para apuração do suposto débito fiscal nos anos de 2000 e 2003/2004 foi distinto, o que ocasiona uma contradição no levantamento do Auto, gerando insegurança no embasamento jurídico da suposta infração, o que, em razão do Art. 18 do RPAF supra mencionado, deve ser, a referida infração, considerada nula. Assevera que a autuante, considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000, não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004, não considerou igualmente as saídas de simples remessa, remessa de armazenagem, bonificação e remessa para degustação bem como informou valores incorretos em sua demonstração do suposto débito fiscal. Requer que seja estendida a toda a infração essa nulidade, inclusive por não apontar fato específico que tenha auxiliado a formular o referido juízo. Finaliza, pedindo a nulidade das infrações 05 e 08 ou que a exigência fiscal seja julgada procedente em parte, de acordo com os débitos já reconhecidos.

Consta à folha 4.691 do presente PAF, extrato do sistema SIGAT, com pagamento do valor de R\$9.750,66.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. O Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, exceto quanto às infrações 05 e 08, que serão analisadas neste voto.

Quanto ao pedido de perícia requerido pelo defendente, indefiro-o, uma vez que para a matéria em questão, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, II, alínea “a”, do RPAF-BA.

Da análise das peças processuais, verifico que quanto à infração 01, o crédito fiscal relativo a mercadorias e serviços cujas saídas subseqüentes estão amparadas com o benefício da isenção encontra-se vedado por dispositivo constitucional previsto no artigo 155, parágrafo 2º, II, “b”, da Carta Magna e reproduzido no artigo 97, II, “b”, do RICMS-BA. O sujeito passivo protesta quanto aos valores imputados pela autuante, com relação aos Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Cargas (CTRC), de nºs 65, 79 e 239 que foram indevidamente incluídos nos demonstrativos às folhas 110 a 113, resultando em imposto a recolher em valores superiores ao efetivamente apropriados. A autuante reconheceu o equívoco cometido e retificou o lançamento de ofício, porém o demonstrativo por ela elaborado (fl. 4.415) não corresponde aos valores lançados no Auto de Infração, pois, confundiu nos seus cálculos o montante exigido em relação às mercadorias isentas e tributadas. Portanto, o imposto devido para esta infração deve ser reduzido para R\$9.133,25, valor este, reconhecido pelo autuado na sua última manifestação às folhas 4636/4637. Por conseguinte, julgo parcialmente procedente este item da imputação fiscal, devendo ser reduzido de R\$10.096,84 para R\$9.133,25, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA VENCTO.	IMPOSTO DEVIDO
31/01/2000	09/02/2000	125,59
29/02/2000	09/03/2000	1.235,70
31/03/2000	09/04/2000	1.569,08
31/05/2000	09/06/2000	1.807,94
30/06/2000	09/07/2000	1.479,56
31/10/2000	09/11/2000	2.354,67
30/11/2000	09/12/2000	560,71
TOTAL	-	9.133,25

No que tange à infração 02, o impugnante reconhece a sua procedência nos termos descritos na sua peça defensiva às folhas 4586/4587. Diz que providenciou o pagamento do valor imputado logo após

a ciência da lavratura do lançamento de ofício. Portanto, julgo procedente este item do Auto de Infração por inexistência de controvérsias, devendo ser homologado o valor recolhido.

Com relação à infração 03, apesar da irresignação do autuado nas peças iniciais, houve o reconhecimento da sua procedência, conforme declaração do sujeito passivo à folha 4637. Por conseguinte, em razão de ausência de questionamentos, julgo procedente este item da autuação.

No que concerne à infração 04, o autuado diz que o sistema CFAMT é alimentado por um fiscal e sendo assim é plenamente possível a ocorrência de falhas de digitação de dados referentes às notas fiscais que acompanham as mercadorias. Exemplifica, citando a nota fiscal de nº 153.133, que não corresponde a documento emitido pela Frangosul S/A, ou mesmo para esta, destinando-se a empresa diversa. Assevera que parte das notas fiscais correspondem à devolução de mercadorias comercializadas às Empresas de Pequeno Porte, inscritas no SIMBAHIA, que não podem destacar o crédito do ICMS, e que, portanto, havendo devolução de mercadoria que foi inicialmente comercializada com o destaque do imposto, devolvida sem destaque, o contribuinte emitiu nova Nota Fiscal, sendo esta de entrada de mercadoria em seu estabelecimento, a fim de poder utilizar-se do imposto que foi destacado na operação posteriormente desfeita, de acordo com o que preceitua o art. 653 do RICMS-BA. A autuante por sua vez aduz que os documentos fiscais comprovadamente não destinados ao autuado já tinham sido excluídos da autuação e que da mesma forma, foram excluídos os documentos vinculados às notas fiscais de entrada, de emissão do defendente, em substituição àquelas emitidas pelas empresas SIMBAHIA, quando das devoluções de vendas, para efeito de fazer jus aos créditos fiscais, quando comprovado o vínculo entre as mesmas, e reconhecendo os equívocos cometidos no levantamento original elaborou novo demonstrativo às folhas 4544/4546, reduzindo o valor do débito para R\$46.187,64. O autuado na última manifestação à folha 4637, reconheceu o valor de R\$4.898,64, informando que providenciou o pagamento deste montante com os benefícios da anistia prevista na Lei 10.328/06. Entretanto, resta devido o imposto relativo à diferença não recolhida e que não foi contestada pelo impugnante. Ademais o autuado não demonstrou que as notas fiscais coletadas no CFAMT e acostadas aos autos pela autuante, foram registradas nos livros próprios, e, por isso, julgo parcialmente procedente a imputação fiscal relativa a este item. Verifico, entretanto, que a autuante equivocou-se no valor total devido para esta infração, conforme soma dos demonstrativos às folhas 4.544/4.546, sendo devido o montante de R\$48.989,61, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA VENCTO.	MULTA DEVIDA
31/01/2000	09/02/2000	37.861,44
31/03/2000	09/04/2000	2.373,00
30/04/2000	09/05/2000	84,00
30/05/2000	09/06/2000	295,89
30/06/2000	09/07/2000	2.954,82
30/09/2000	09/10/2000	190,59
30/10/2000	09/11/2000	27,90
30/11/2000	09/12/2000	322,56
31/12/2000	09/01/2001	2.077,43
31/01/2001	09/02/2001	248,16
28/02/2001	09/03/2001	868,22
31/03/2001	09/04/2001	244,09
30/06/2001	09/07/2001	30,50
30/09/2001	09/10/2001	86,00
31/12/2001	09/01/2002	1.325,01
TOTAL	-	48.989,61

Quanto à infração 05, constato que o autuante apurou o imposto com base em levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias relativos aos exercícios de 2000, 2003 e 2004 (fls. 123/137). Posteriormente retificou o lançamento elaborado, encontrando novos valores que foram demonstrados à folha 4.537 dos autos, sugerindo ao CONSEF a anulação das infrações relativas aos exercícios de 2003 e 2004, em razão dos valores apurados após a análise das alegações defensivas, serem superiores ao montante exigido no lançamento de ofício original. Da análise das peças processuais e após as diversas diligências realizadas, constato que com relação ao levantamento realizado no exercício de 2000, o autuado apenas alega que a metodologia aplicada foi diferente da adotada para o levantamento realizado para os exercícios de 2003 e 2004, salientando que a autuante considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000 e não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004. A autuante reconhece o seu equívoco e corrige o estoque inicial (fls. 4551/4552), para os referidos exercícios, resultando em valores superiores aos originalmente apurados. Observo, ainda, que a autuante em razão dos equívocos cometidos sugeriu a este CONSEF a anulação das infrações relativas aos exercícios de 2003 e 2004 para que sejam retificados, e a manutenção da exigência fiscal correspondente ao exercício de 2000, tendo em vista a ocorrência do instituto da decadência. Verifico que efetivamente a infração ora discutida não foi devidamente esclarecida, em que pese a solicitação de diligência fiscal feita por esta JJF, tanto à autuante quanto à ASTEC, resultando em insegurança para caracterização da infração. Por conseguinte entendo que deve ser anulado o presente item do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, IV, alínea “a” do RPAF-BA, e represento à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções. Quanto à alegação de decadência relativa ao exercício de 2000, entendo que não se aplica, uma vez que o artigo 173, II do CTN, dispõe que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, extingue-se após 05 anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente notificado. Por conseguinte, julgo nula a infração relativa a este item.

Quanto à infração 06, entendo que as margens de valor agregado estão de acordo com as disposições legais previstas no artigo 355, I e Anexo 88, do RICMS-BA, o qual transcrevo:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

Os produtos comestíveis resultantes do abate de aves em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque, foram submetidos ao regime da substituição tributária a partir de 01/01/2001 pelo Decreto n 7886/00. A MVA vigente à época determinava a aplicação do percentual de 40% nas aquisições oriundas de estabelecimento industrial, que perdurou até 30/06/2001. A partir desta data ficou determinado a aplicação do percentual de 5% nas operações internas, conforme Anexo 88, item 32 do RICMS-BA. Já os produtos resultantes do abate de suínos em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, também foram submetidos ao regime da substituição tributária a partir de 01/01/2001 pelo Decreto n 7886/00. A MVA vigente à época determinava a aplicação do percentual de 60% nas aquisições oriundas de estabelecimento industrial, que perdurou até 30/06/2001. A partir desta data foi

fixada a aplicação do percentual de 10% nas operações internas, conforme Anexo 88, item 10 do RICMS-BA. Verifico que a autuante retificou o lançamento original, acostando aos autos nova planilha (fls. 4539/4541). Por conseguinte, acato a nova planilha elaborada pela autuante e julgo parcialmente procedente este item da autuação, sendo reduzido o débito original de R\$604.870,60, para R\$481.129,72., conforme demonstrativo abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA VENCTO.	IMPOSTO DEVIDO
31/01/2001	09/02/2001	46.076,34
28/02/2001	09/03/2001	123.772,03
31/03/2001	09/04/2001	130.279,33
30/04/2001	09/05/2001	61.921,81
31/05/2001	09/06/2001	77.440,07
30/06/2001	09/07/2001	39.661,00
31/07/2001	09/08/2001	1.320,86
30/09/2001	09/10/2001	68,19
30/11/2001	09/12/2001	46,63
31/01/2002	09/02/2002	23,18
28/02/2002	09/03/2002	86,08
31/03/2002	09/04/2002	65,68
30/06/2002	09/07/2002	47,31
31/07/2002	09/08/2002	108,31
31/12/2002	09/01/2003	41,38
31/01/2004	09/02/2004	39,33
28/02/2004	09/03/2004	46,41
31/03/2004	09/04/2004	85,78
TOTAL	-	481.129,72

Quanto à infração 07, o autuado diz que o valor de R\$5.295,60, refere-se estorno de débito correspondente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi recolhido quando da lavratura do Auto de Infração nº 206.887.007602-7, quando foi exigido o tributo a título de antecipação tributária por se tratar de mercadorias elencadas na Portaria 270/93. A autuante, por sua vez não contesta as alegações defensivas, afirmando que o documento fiscal exigido pelo artigo 113 e 201 do RICMS-BA, para a efetivação do estorno do débito, não foi emitido pelo defendente. Consultando o sistema SIGAT da SEFAZ, verifiquei que houve o pagamento do Auto de Infração nº 206.887.007602-7 no valor de R\$5.295,60. Ante o exposto entendo que não houve prejuízo para o Erário Estadual, tendo em vista que o imposto relativo a esta infração foi recolhido pelo autuado anteriormente, e considero insubsistente a exigência fiscal para este item.

Quanto à infração 08, observo que a autuante exigiu o imposto em razão de o impugnante ter se utilizado de benefícios cumulados previstos nos artigos 1º e 2º do Decreto 7.799/00, com o tratamento diferenciado praticado por estabelecimentos industriais quando da comercialização destinadas às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes previsto no artigo 51, I, “c” do RICMS-BA, o qual transcrevo:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca;

b) revogada

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

O autuado, na qualidade de atacadista, filial de indústria equipara-se à estabelecimento industrial por força do artigo 51, § 1º, incisos I e II do RICMS-BA, abaixo transcrito:

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Entendo que a operação praticada pelo autuado está amparada por disposição legal contida no artigo 4º, parágrafo único do RICMS-BA, por ser um benefício que reduz a sua carga tributária. Entretanto, a aplicação de qualquer benefício do Decreto 7799/00 para as operações destinadas à microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes não poderiam ser cumuladas e não restou comprovado nos autos que tal procedimento foi utilizado pelo sujeito passivo.

Examinando a questão, verifico que o autuado não utilizou o artigo o 2º do Decreto 7799/00, cumulado com o artigo 3º de o citado diploma regulamentar, como entendeu a autuante.

Ademais, a autuante não comprovou nos autos a sua afirmação de que a alíquota de 7% também foi utilizada para operações destinadas a empresas sujeitas ao regime normal de apuração, em que pese a solicitação desta JJF, para elucidação da questão. Ademais a utilização do crédito presumido de 16,667% do valor incidente sobre operações interestaduais está amparada nas disposições contidas no artigo 2º do Decreto 7799/00, ou seja, poderá ser utilizado na hipótese de operações interestaduais praticadas pelo autuado, e a autuante não comprovou que o crédito presumido foi utilizado para as operações destinadas à microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes cumulativamente. Verifico ainda, que a acusação fiscal não está devidamente caracterizada, gerando dúvida e insegurança para determinação da infração. Por conseguinte julgo nulo o presente item da autuação, e represento à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções, devendo o autuante observar se as operações destinadas aos contribuintes inscritos como SIMBAHIA foram beneficiados com a redução da alíquota em 7%, assim como se a utilização do crédito presumido em 16,667%, encontra-se amparado com as notas fiscais de saídas para outras unidades da Federação.

Quanto à infração 09, apesar da irresignação do autuado nas peças iniciais, houve o reconhecimento da sua procedência, conforme declaração do sujeito passivo à folha 4637. Por conseguinte, em razão de ausência de questionamentos, julgo procedente este item da autuação.

Com relação à arguição de que a cobrança tem natureza de confisco e ofende princípio constitucional consagrado no artigo 150 IV da Constituição Federal, deixamos de analisar, tendo em

vista que não é da competência deste CONSEF, examinar questões ligadas à constitucionalidade das Leis estaduais nos termos do artigo 167, I, do RPAF.

Portanto julgo procedente parcialmente o Auto de Infração em lide conforme demonstrativo abaixo:

<i>INFRAÇÃO N.º</i>	<i>CONCLUSÃO</i>	<i>IMPOSTO</i>	<i>MULTA</i>
01	PROCEDENTE EM PARTE	9.133,25	-
02	PROCEDENTE	198,77	-
03	PROCEDENTE	30.672,23	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	-	48.989,61
05	NULA	-	-
06	PROCEDENTE EM PARTE	481.129,72	-
07	IMPROCEDENTE	-	-
08	NULA	-	-
09	PROCEDENTE	1.965,52	-
TOTAL		523.099,49	48.989,61

Consta à folha 4.691 do presente PAF, extrato do sistema SIGAT, com pagamento do valor de R\$49.750,66.

Concluo, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **141596.0001/05-0**, lavrado contra **FRANGOSUL S/A AGROAVICOLA INDUSTRIAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$523.099,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$48.989,61** prevista no artigo 42, inciso IX, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA