

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0017/02-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0242-02/04
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 26/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0236-12/09

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO VALOR DEVIDO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Mediante diligência, ficou comprovado que, em cada exercício fiscalizado, a produção apurada nos levantamentos ultrapassava a capacidade máxima de produção da empresa fiscalizada. Não há nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o montante do valor devido. Infração nula, ao teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. 2. NULIDADE DE PROCEIMENTO. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO MONTNANTE DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Não há nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o montante do valor devido. Infração nula, ao teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO COM ALÍQUOTA REDUZIDA DESTINADA A CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO PARA O BENEFÍCIO. Acusação fiscal comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 3. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou o Auto de Infração em epígrafe procedente em parte, e de Recurso de Ofício interposto, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do PAF/99, em razão de o referido julgamento ter desonerado o sujeito passivo em valor superior ao previsto na legislação tributária estadual.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$2.984.584,79, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$2.535.040,81, relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, durante os exercícios de 1997 a 2001.
2. Deixou de efetuar a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto, no valor de R\$245.772,45, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$203.651,53, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de venda com alíquota reduzida destinadas a contribuintes não habilitados ao benefício.
4. Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, tendo sido aplicada a multa de R\$120,00. Não foram controlados os produtos secundários, as matérias-primas e os produtos fabricados. O contribuinte se limitou a registrar a farinha de trigo consumida e o griz de milho empregado na fabricação de salgadinhos.

O autuado apresentou defesa (fls. 2120 a 2158) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento sob a alegação de que houve arbitramento da base de cálculo.

No mérito, referindo-se à infração 1, o autuado alegou que as embalagens variavam segundo o lote de fabricação. Listou equívocos que entendia presentes nos demonstrativos elaborados pelos autuantes. Frisou que o fisco utilizou o Controle de Produção e Estoque para apurar a produção de biscoito, porém não considerou as devoluções consignadas nesses controles.

Quanto à infração 2, negou que tivesse omitido operações de saídas e afirmou que essa irregularidade estava relacionada à infração anterior.

No que tange à infração 3, afirmou que eram os contribuintes com inscrição cadastral cancelada ou irregular que deveriam ser autuados. Mencionou que, em relação aos exercícios de 1997 e 1998, todas as vendas para microempresas estavam sujeitas ao regime da substituição tributária.

Quanto à infração 4, negou a existência de irregularidade na escrituração de seus livros fiscais.

Na informação fiscal, fls. 4860 a 4888, os autuantes reconheceram o cometimento de parte dos equívocos indicadas na defesa e refizeram a apuração do imposto devido nas infrações 1 e 2. Mantiveram inalterados os demais itens do lançamento. Em virtude das correções efetuadas, o valor total do Auto de Infração foi reduzido de R\$ 2.984.584,79 para R\$ 2.387.663,49.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado reiterou os termos da defesa inicial.

O processo foi convertido em diligência para revisão e elaboração de novos demonstrativos. A diligência foi atendida, conforme o PARECER ASTEC Nº 0065/03 (fls. 4983 a 4987), tendo sido apurados os mesmos valores indicados na informação fiscal.

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuado contestou os valores apurados e solicitou a realização de perícia técnica, ao passo que os autuantes acolheram o resultado da diligência efetuada.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade e indeferiu a solicitação de perícia técnica. No mérito as infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes em parte, nos valores de, respectivamente, R\$ 2.149.433,55 e R\$ 34.458,41, conforme apurado na informação fiscal e na diligência da ASTEC. Por seu turno, as infrações 3 e 4 foram julgadas procedentes.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 5047 a 5090 – vol. XXI), alegando que o Acórdão JF Nº 0242-02/04 merece ser reformado, conforme relatado a seguir.

Após reiterar os termos da defesa inicial, o recorrente passa a abordar a infração 1 quanto aos exercícios de 1997 a 2000, que tratam de levantamentos realizados com base no consumo de embalagens. Sustenta que apresentou ao fisco toda a documentação fiscal solicitada, inclusive as Fichas de Registro de Controle da Produção e dos Estoques, as quais foram indevidamente desclassificadas. Alega que os autuantes, ao desclassificarem essas Fichas, adotaram uma presunção não autorizada. Destaca que na determinação da quantidade de embalagem utilizada foi considerado apenas o peso do material, desprezando os demais fatores envolvidos. Menciona que foram desprezados os dados da própria empresa fiscalizada e, no entanto, foram utilizados

índices de perdas de empresa que trabalhava com índices distintos. Para demonstrar que não omitiu operações de saídas de mercadorias, o recorrente apresenta planilhas (fls. 5064 a 5066), com os índices de aproveitamento dos demais insumos utilizados na fabricação de biscoitos. Frisa que os índices de aproveitamento utilizados nessas planilhas estão em consonância com os previstos para o setor, conforme o Parecer Técnico exarado pelo doutor Cláudio Roberto Palhares e o Laudo Técnico nº 042/02 do Instituto Tecnológico de Alimentos.

Ainda em relação à infração 1, porém no que tange ao levantamento referente ao exercício de 2001, realizado com base no consumo de gordura vegetal, o recorrente afirma que os autuantes ignoraram as Fichas de Controle da Produção e dos Estoques, deixando, assim, de verificar que os índices adotados divergiam dos obtidos pela empresa fiscalizada. Destaca que os índices utilizados pelos autuantes diferem inclusive dos índices da empresa tida como paradigma (a Gameleira Produtos Alimentícios) e, como exemplo, diz que o índice de consumo de gordura da Gameleira é 0,0800/kg, ao passo que os autuantes aplicaram o índice de 0,0289/kg. Diz que nos levantamentos devem ser utilizados os índices apurados nos seus registros de controle da produção e dos estoques, no valor médio de 0,03221/kg. Assinala que empregando esse índice de 0,03221/kg não restará qualquer omissão de operação de saída.

Quanto à infração 2, o recorrente diz que não há como prosperar a autuação, pois é uma consequência da infração 1, a qual decorreu de equívocos da fiscalização, conforme diz ter demonstrado acima.

Em relação à infração 3, o recorrente suscita a nulidade desse item do lançamento, alegando que o seu direito de defesa foi cerceado, tendo em vista que os autuantes não discriminaram analiticamente todo o histórico cadastral de cada empresa. Diz que deveria ter sido informado se os PAIDFs emitidos para os contribuintes em questão faziam referência à situação cadastral deles.

No mérito, diz que a exigência fiscal não procede, pois a alíquota foi aplicada corretamente, porém admite que pode ter ocorrido mudança no enquadramento das empresas no decorrer do exercício, sendo que essa mudança não lhe fora informada. Afirma que o seu procedimento não trouxe prejuízo ao fisco, uma vez que as empresas destinatárias não utilizaram o crédito fiscal com o valor do imposto calculado com a alíquota “cheia”. Frisa que só a partir de 29/12/00, com o advento da Alteração nº 21, os contribuintes passaram a ser responsáveis pela verificação, via Internet, da regularidade fiscal dos demais contribuintes com os quais promoviam operações comerciais. Sustenta que, se alguma irregularidade foi cometida, só caberia a aplicação de multa pela falta de consulta junto à repartição fazendária, haja vista que o cartão de inscrição cadastral só era atualizado anualmente e a SEFAZ jamais publicou no DOE edital de desenquadramento da condição de microempresa.

O recorrente solicita que seja efetuada perícia técnica para apurar a verdade material dos fatos. Apresenta quesitos a serem respondidos, faz alusão ao Parecer ASTEC nº 0300/03 e indica seu assistente técnico.

Ao finalizar, protesta pela juntada posterior de documentos e pede que o Auto de Infração venha a ser julgado improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 5097 e 5098, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as alegações recursais pertinentes às infrações 1 e 2 não merecem prosperar, pois os levantamentos foram realizados com elementos fornecidos pela empresa ou, em razão da fragilidade da escrituração do recorrente, tomados de empresas similares. Quanto à infração 3, afirma que os autuantes acostaram aos autos os documentos que comprovam a situação cadastral dos contribuintes relacionados nesse item da autuação. Afirma que, provado que esses contribuintes não gozavam de redução da alíquota, exige-se o imposto correspondente. Ao finalizar, a ilustre procuradora opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Em 08/11/04, o recorrente acosta ao processo a petição de fls. 5106 a 5109, onde reitera a necessidade da realização de perícia técnica. Solicita que seja anexada aos autos cópia do

Acórdão CJF 0016/99, fls. 5110 e 5111, deste CONSEF, que julgou improcedente Auto de Infração referente levantamento de produção baseado no consumo de material de embalagem. Requer que sejam anexados aos autos os demonstrativos de fls. 5112 e 5113, 5119 e 5120, 5126 e 5127 e 5132 e 5133, denominados “Movimentação e Consumo de Reembalagem”, referentes aos exercícios de 2000, 1999, 1998 e 1997, respectivamente. Pede que o Auto seja julgado nulo ou improcedente.

Incluído o processo em pauta de julgamento, o Conselheiro José Carlos Rodeiro pediu vista dos autos. Na sessão de julgamento subsequente, o processo foi convertido em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito analisasse os novos documentos apresentados pelo recorrente.

Em 16/12/04, o advogado do recorrente, doutor Fernando Marques, protocolou a petição de fls. 5144 a 5146, onde requer que sejam encaminhados ao fiscal diligente os quesitos a serem respondidos na diligência solicitada.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer de fls. 5151 a 5154. Afirmou o diligenciador que o seu trabalho se prendeu mais a uma análise qualitativa, pois entendia que os aspectos numéricos impugnados pelo recorrente já tinham sido acatados na informação fiscal. Após discorrer acerca da metodologia empregada na realização de levantamentos quantitativos, o diligenciador afirmou que o fato de o levantamento ter sido realizado com base nas embalagens não inviabilizava o roteiro de auditoria empregado, pois havia uma correlação entre a quantidade que era produzida e as embalagens utilizadas. Disse que, no seu entendimento, os autuantes acertadamente se basearam na espessura nominal dos filmes de sacos plásticos, fornecida pelo fabricante. Afirmou que os documentos referentes à reembalagem não tinham o condão de descaracterizar o levantamento feito pelos autuantes. Ressaltou que esses documentos mereciam uma crítica mais apurada, pois eram documentos não oficiais e sem traços de autenticação.

Ao se pronunciar nos autos, o recorrente suscitou a nulidade da diligência realizada, alegando que o diligenciador se limitou a emitir juízo de valor sobre a ação fiscal. Solicitou que fosse determinado o efetivo cumprimento da diligência por outro auditor fiscal.

No mérito, disse que, mesmo considerando uma jornada máxima, sem interrupção, não se alcançariam os valores de produção encontrados pelo autuante e, como prova, demonstrou de forma numérica essa impossibilidade técnica. Assegurou que as Fichas de Controle da Produção e dos Estoques eram oficiais e foram escrituradas como controle alternativo ao livro Registro de Controle da Produção e dos Estoques, conforme facultava o artigo 364 do Regulamento do IPI. Aduziu que a PGE/PROFIS, manifestando-se sobre situação similar, com base no consumo médio de açúcar, já tinha se pronunciado pela improcedência desse tipo de autuação. Acostou ao processo cópia do Relatório Técnico do IPT/SP e de declaração da capacidade de produção dos equipamentos. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, ao exarar o Parecer de fls. 5203 e 5204, disse que a diligência solicitada não fora atendida conforme se pretendia. Sugeriu que o relator elaborasse os quesitos a serem respondidos e, assim, determinasse a realização de nova diligência.

Submetido à pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência para que fossem atendidas as solicitações de fls. 5210 e 5211. Em Parecer às fls. 5217 a 5234, o auditor fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência atendeu às solicitações de fls. 5210 e 5211, conforme relatado a seguir.

Solicitação: Que fosse intimado o recorrente para indicar um representante para acompanhar o atendimento da diligência.

Atendimento: Foi indicado como assistente técnico o senhor Deusdeth Gomes Chaves, posteriormente substituído pelo senhor Fernando A. M. Cafezeiro.

Solicitação: Verificasse se os documentos de fls. 5112/5137 eram capazes de modificar os valores exigidos na autuação e, caso positivo, que fosse elaborado novo demonstrativo para as infrações.

Atendimento: Foi informado que os documentos de fls. 5112 a 5137 tratavam da produção de biscoitos, tomando por base o consumo de embalagem. Segundo o diligenciador, utilizando essa metodologia, os valores devidos nos exercícios de 1997, 1998, 1999 e 2000 passavam para, respectivamente, R\$ 283.740,08, R\$ 453.215,12, R\$ 893.418,10 e R\$ 287.469,42.

Solicitação: Verificar se os números utilizados pelos autuantes, relativamente aos pesos das embalagens, refletiam a realidade da empresa fiscalizada.

Atendimento: Foi informado que não havia como se dar uma resposta precisa a esse item da diligência. Salientou o diligenciador que os itens seguintes esclareceriam a questão.

Solicitação: Verificar se as embalagens citadas pelo recorrente à fl. 5168 eram da mesma espécie e dimensões da considerada pelos autuantes.

Atendimento: Foi informado que as embalagens coletadas em Paratinga eram da mesma espécie das de Jequié, porém as dimensões eram diferentes.

Solicitação: Verificar se, efetivamente, as omissões de saídas apuradas pelos autuantes ultrapassavam a capacidade produtiva do recorrente, em cada período fiscalizado, conforme alegado às fls. 5168 a 5171.

Atendimento: Foi informado que, considerando a capacidade nominal informada pelo fabricante do equipamento utilizado pelo recorrente, a quantidade de omissão de saída apurada pelo fisco é superior à capacidade máxima dos equipamentos. Também foi informado que, considerando a capacidade nominal dos equipamentos e descontadas as horas não trabalhadas, remanesciam omissões de saídas de biscoito e que o ICMS devido nos exercícios de 1997, 1998, 1999 e 2000 passavam para, respectivamente, R\$202.207,70, R\$250.094,51, R\$312.577,12 e R\$345.017,67.

Em seguida, a diligenciador passou a responder os quesitos de fls. 5230 a 5233.

Em 17 de fevereiro de 2006, o recorrente acostou ao processo (fls. 5253 a 5258) cópia de Decisão judicial que determinou o cancelamento do Auto de Infração nº 210365.0026/01-4, lavrado contra o recorrente, com idêntica fundamentação.

O senhor Fernando A. M. Cafezeiro, assistente técnico do recorrente, se pronunciou nos autos, fls. 5464 a 5476, afirmando que os documentos acostados às fls. 5112 a 5137 são capazes de modificar os valores exigidos na autuação. Salientou que a simples substituição do material de embalagem pelo material de embalagem acarretava expressiva divergência entre os levantamentos, o que disse evidenciar a insegurança jurídica da auditoria fiscal realizada. Sustentou que, relativamente aos exercícios de 1997 a 2000, a diferença apurada, considerando a compensação das omissões de saídas com as de entradas, totalizava R\$36.260,43.

Disse que os números utilizados pelos autuantes, relativamente aos pesos das embalagens, não refletiam a realidade da empresa. Explicou que as embalagens citadas no item 14 da fl. 5168 eram da mesma espécie, porém de tamanhos diversos, decorrentes de padronizações e especificações do produto para o atendimento do mercado, o que disse atestar a impossibilidade da realização do levantamento com base no consumo de embalagem.

Discordou do valor apurado pelo diligenciador ao refazer o levantamento com base no consumo de material de embalagem, pois entendia que não foram contabilizadas as horas destinadas à manutenção dos equipamentos, bem como não foram consideradas as perdas ocorridas no processo. Disse que, efetuadas essas correções, o levantamento realizado pelo diligenciador apresentava um valor total a recolher de R\$64.048,69.

Prosseguindo, o ilustre assistente técnico passa a responder os quesitos de fls. 5230 a 5233.

Ao exarar o Parecer de fls. 5485 e 5486, a ilustre representante da PGE/PROFIS discorreu sobre o Parecer emitido pelo preposto da IFEP e, ao final, opinou pelo não provimento do Recurso.

O recorrente se pronunciou nos autos (fls. 5488 e 5489), salientando que no último Parecer da PGE/PROFIS não foi abordado o resultado da última diligência. Solicitou que o processo fosse remetido à PGE/PROFIS, para análise do resultado da última diligência.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS, foi sugerida a realização de nova diligência, para que o auditor fiscal que cumpriu a diligência de fls. 5217 a 5234 esclarecesse se os números indicados na TABELA III (fls. 5226 e 5227) já contemplavam ou não as horas de parada/manutenção admitidas, assim como os percentuais de perdas acatados.

O recorrente acostou ao processo cópia de Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, referente a processo de natureza idêntica à presente lide (fls. 5534 a 5545).

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência ao autuante, para que fossem esclarecidas as dúvidas indicadas pela representante da PGE/PROFIS, bem como para que os autuantes fossem notificados acerca do resultado da última diligência.

Em Parecer às fls. 5555 a 5568, foi informado que as horas de manutenção já tinham sido consideradas, e que essas horas estavam contidas nas horas não trabalhadas. Quanto às perdas, foi afirmado que não foram computadas, pois não estavam comprovadas.

Os autuantes foram notificados acerca do resultado das duas últimas diligências realizadas, porém não se pronunciaram.

Notificado acerca do resultado da última diligência, o recorrente voltou a se pronunciar nos autos, fls. 5570 a 5574. Após um breve histórico do processo, o recorrente disse que o resultado da última diligência estava equivocado, pois o diligenciador considerou que a manutenção dos equipamentos só ocorria aos domingos, quando os equipamentos estavam parados. Afirmou que, em relação às “perdas”, não cabia ao diligenciador emitir juízo de valor, como o fez.

Às fls. 5580 a 5587, o senhor Fernando A. M. Cafezeiro, assistente técnico do recorrente, se pronunciou nos autos impugnando o resultado da última diligência. Apresentou novas planilhas referentes aos exercícios de 1997 a 2000, nas quais apurou, após a retificação das horas trabalhadas, um valor devido de R\$ 64.048,69.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS, foi sugerida a remessa dos autos ao diligenciador, para que ele se pronunciasse sobre os números apresentados pelo recorrente.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF que a diligência solicitada era desnecessária.

Ao exarar o Parecer conclusivo de fls. 5594 e 5595, a representante da PGE/PROFIS afirma que, no seu entendimento, o Auto de Infração é nulo, pois os critérios utilizados no levantamento fiscal se mostraram inadequados, já que o Parecer técnico afirmou que a produção encontrada estaria além da capacidade produtiva da empresa. Opinou pela nulidade da autuação.

O Parecer de fls. 5594 e 5595 foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado. Nessa oportunidade, foi informado que, em Ação Anulatória movida pelo recorrente em Auto de Infração similar, foi proferida sentença pela nulidade da autuação, ao entendimento de que o procedimento adotado pelos autuantes caracterizava um arbitramento indevido da base de cálculo do imposto.

Na sessão de julgamento, o ilustre patrono do recorrente desistiu do seu Recurso Voluntário quanto à infração 4.

O recorrente, por meio de seu patrono, fez alusão ao PAIDF feito pelo contribuinte Helenilson Moreira Marques, Inscrição Estadual nº 043.839.319. Alegou o recorrente que, apesar de os autuantes considerarem esse contribuinte como normal, a Secretaria da Fazenda autorizou a emissão de nota fiscal na condição de microempresa.

A ilustre procuradora do Estado presente à sessão de julgamento do dia 20 de maio de 2009, doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, acatando sugestão do Conselheiro Márcio Medeiros

Bastos, opinou pela realização de diligência para quantificar as situações listadas na infração 3, nos casos em que o cliente era microempresa e, dentro de um mesmo exercício passou à condição de normal.

Por maioria, decidiu a 2ª CJF acolher o opinativo da representante da PGE/PROFIS e, em consequência, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

1. Que, partindo do demonstrativo de fls. 1624 a 1711, sejam quantificados os valores das vendas promovidas pelo recorrente com destino a contribuintes portadores das inscrições estaduais enumerados no demonstrativo de fl. 5605. Nesse último demonstrativo foram relacionadas as empresas que mudaram a condição cadastral durante o decorrer do exercício.
2. Que, em relação aos contribuintes com inscrição estadual cancelada, sejam anexadas ao processo as informações referentes aos editais que deram publicidade do ato do cancelamento.
3. Que, relativamente à inscrição estadual nº 043.839.319, pertencente ao contribuinte Helenilson Moreira Marques, sejam quantificadas as operações de vendas destinadas a esse contribuinte e constantes nos demonstrativos de fls. 1624 a 1711, exceto quanto ao exercício de 2001.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC nº 086/2009, acostado às fls. 5607 a 5609.

Em atendimento aos itens 1 e 3 da diligência, foram elaborados demonstrativos, nos quais foram apurados os totais de R\$7.607,75 (item 1) e R\$28.951,26 (item 3). Quanto ao item 2, foram acostados aos autos os extratos do INC (Informações dos Contribuintes) de fls. 5614 a 5890.

Os autuantes e o recorrente foram notificados acerca do resultado da diligência. Os primeiros não se pronunciaram. O recorrente, por seu turno, se pronunciou alegando que deveriam ser deduzidos da autuação os valores consignados nas planilhas de fls. 5900 a 5910, considerando que as operações relacionadas nessas planilhas foram feitas de forma regular.

Em Parecer às fls. 5916 e 5917, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, ratifica os termos do Parecer anterior que opinou pela nulidade das infrações 1 e 2 e a procedência da infração 4, como reconhecida pelo recorrente.

Quanto à infração 3, a ilustre procuradora destaca a qualidade da diligência realizada pela ASTEC e, em seguida, afirma que os valores referentes aos itens 1 e 3 do pedido de diligência devem ser excluídos da autuação, pois representam situações regulares, onde a redução efetivada pelo contribuinte era prevista em lei, logo, indevida a diferença cobrada.

Prosseguindo em seu Parecer, a ilustre procuradora diz que também é valioso o trabalho efetuado pelo recorrente ao elaborar as planilhas de fls. 5900 a 5910, em que relacionou as vendas efetuadas para empresas cujas inscrições estaduais estavam regulares na época, e a referida inaptidão só ocorreu após a emissão da nota fiscal objeto da autuação. Entende a procuradora que em relação a esses valores constantes nessas planilhas não é devido o ICMS cobrado, pois a redução aplicada foi decorrente de benefício válido. Diz ter verificado que essas planilhas foram elaboradas com a comparação entre as fichas cadastrais dos destinatários e as notas fiscais emitidas pelo recorrente e arroladas na autuação.

Opina pelo acolhimento do resultado da diligência realizada pela ASTEC e das exclusões solicitadas pelo recorrente, de forma que a infração 3 venha a ser julgada procedente em parte.

VOTO (Vencido quanto à Infração 3)

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 1 e 2, não há reparo a fazer na Decisão de primeira instância, pois a parte sucumbente da Fazenda Pública Estadual decorreu de retificações de equívocos presentes nos levantamentos fiscais e que foram reconhecidos pelos próprios autuantes quando prestaram a informação fiscal.

Ressalto que a diligência realizada pela ASTEC do CONSEF (Parecer ASTEC nº 065/2003 – fls. 4983 a 4987 – vol. XXI) comprovou o acerto das retificações efetuadas pelos autuantes na informação fiscal, uma vez que após a revisão foram apurados os mesmos valores.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Adentrando no Recurso Voluntário, passo a examinar a Decisão recorrida relativamente à infração 1. Nessa infração, o recorrente foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, relativamente aos exercícios de 1997 a 2001.

Quanto aos exercícios de 1997 a 2000, os levantamentos foram feitos com base no consumo de embalagem. Dentre outros argumentos trazidos em fase recursal, o recorrente alegou que os números apurados pelos autuantes são irreais, pois a quantidade de biscoito produzida apurada pelos autuantes em cada exercício ultrapassava a capacidade máxima de produção do recorrente.

Considerando o forte poder persuasível desse argumento recursal, o processo foi convertido em diligência para que auditor fiscal estranho ao feito, com sólidos conhecimentos de auditoria fiscal aplicada em estabelecimentos industriais, verificasse se era possível o recorrente, com as máquinas existentes no seu estabelecimento, produzir as quantidades apuradas pelos autuantes.

O auditor fiscal designado para cumprir a diligência informou, à fl. 5224 dos autos, que *“Considerando a capacidade nominal informada pelo fabricante do equipamento utilizado (v. fl. 5190), a quantidade de omissão de saídas apuradas pelo fisco é superior a capacidade máxima (v. TABELA V)”*.

Os autuantes foram notificados acerca do resultado dessa diligência (fl. 5568) e, no entanto, não se pronunciaram. Interpreto esse silêncio dos autuantes como sendo um acolhimento tácito da correção do trabalho feito pelo diligenciador.

Com base no resultado dessa diligência, considero que os levantamentos quantitativos referentes aos exercícios de 1997 a 2000 apuraram quantidades que não refletiam a verdade dos fatos, uma vez que as quantidades produzidas de biscoitos (após as retificações efetuadas na informação fiscal) ultrapassavam a capacidade produtiva máxima do estabelecimento fiscalizado.

Apesar de o exercício de 2001 não ter sido abarcado pela diligência citada acima, constato que também em relação a esse exercício há insegurança na determinação da infração e do montante devido. Em 2001, a produção total de biscoito apurada pelos autuantes, após a correção efetuada na informação fiscal foi de 9.349.574 kg (fl. 4921). Essa produção apurada pelos autuante não merece fê, pois ultrapassava a capacidade máxima de produção do recorrente nos exercícios de 2000 (8.566.800 kg) 1999 (8.615.800 kg), 1998 (8.644.400 kg) e 1997 (7.336.800 kg).

Pelo acima exposto, a infração 1 é nula, pois não há nos autos elementos que permitam se determinar com segurança a infração e os valores devidos, ao teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Tendo em vista que o julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pelo recorrente quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundamentar a sua Decisão, deixo de apreciar as demais alegações recursais.

Ressalto que não há como se acolher o valor de R\$ 64.048,69, indicado pelo assistente técnico do recorrente, relativamente aos exercícios de 1997 a 2000, pois esse valor foi apurado com base em critério diferente do originalmente considerado pelos autuantes.

Uma vez que a infração 1 é nula, também é nula a infração 2, já que a segunda é uma consequência direta da primeira.

Deverá a autoridade competente verificar a possibilidade e, sendo o caso, providenciar o refazimento da ação fiscal relativamente às infrações 1 e 2, a salvo de falhas.

Quanto à infração 3, a qual trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, o recorrente alega, preliminarmente, que foi cerceado o seu direito de defesa,

uma vez que os autuantes não discriminaram analiticamente todo o histórico cadastral de cada empresa indicada na autuação. Também alega que os autuantes não informaram se os PAIDFs (pedidos de autorização para impressão de documentos fiscais) emitidos para os contribuintes arrolados na autuação faziam, ou não, referência à situação cadastral de cada um deles.

Não acolho essa preliminar, pois o demonstrativo de fls. 1713 a 1717, elaborado pelos autuantes, detalha a situação cadastral dos clientes, apontando cada alteração ocorrida. O recorrente recebeu cópia desse demonstrativo, tanto que na defesa ele indicou equívocos que, no seu entendimento, estavam presentes na infração em tela. Além desse demonstrativo, os autuantes acostaram aos autos, fls. 1718 a 2085, extratos emitidos pelos sistemas de controles da SEFAZ, relativamente a cada um dos contribuintes listados na autuação. Quanto aos PAIDFs, não vejo razão para acostar ao processo tais documentos, uma vez que eles não eram capazes de substituir a apresentação do Cartão de Inscrição, do Documento de Identificação Eletrônica ou a consulta ao cadastro de contribuintes do ICMS mantido pela SEFAZ.

No mérito, o recorrente alega que utilizou corretamente a alíquota de 7%, e que não havia como saber qual a efetiva situação cadastral dos adquirentes das mercadorias, já que não era informado das mudanças ocorridas no cadastro de contribuintes do ICMS.

O disposto no artigo 142, inciso I, do RICMS-BA, até o advento da Alteração nº 27, introduzida pelo Decreto nº 8040, de 28/09/01, obrigava os contribuintes do ICMS a *exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do Cartão de Inscrição ou, em sua falta, do Documento de Informação Cadastral (DIC), sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não-recolhimento do imposto, total ou parcialmente*. Não há, portanto, como o recorrente alegar que não sabia qual a real situação cadastral dos adquirentes das mercadorias, bem como afirmar que caberia apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. Ademais, considerando o período abrangido pela autuação, o previsto nesse dispositivo também põe por terra o argumento recursal referente à Alteração nº 21 do RICMS-BA.

As exclusões de contribuintes do cadastro em decorrência de cancelamento, de baixa e de processo de baixa tinham os respectivos editais publicados no Diário Oficial do Estado, nos termos do artigo 166 c/c § 1º do art. 171 e art. 172, tudo do RICMS-BA. As indicações desses editais podem ser vistas nos extratos acostados pelos autuantes às fls. 1718 a 2085. Ademais, nos termos do art. 167, inc. I, do RICMS-BA, uma das condições para o processamento do pedido de baixa de inscrição cadastral era a devolução à repartição fazendária do Cartão de Inscrição ou do Documento de Identificação Eletrônica (conforme a legislação vigente à época). Desse modo, não havia como o recorrente alegar que não conhecia a real situação desses contribuintes.

Em relação às inscrições inexistentes e anuladas e aos contribuintes não inscritos, o argumento recursal não se sustenta, haja vista que nesses casos os contribuintes não possuíam Cartão de Inscrição ou Documento de Identificação Eletrônico e, portanto, o recorrente sabia a situação cadastral em que se encontravam os contribuintes com quem negociava.

Quanto aos contribuintes substitutos e aos normais, também não há como acolher o argumento recursal, pois, se havia dúvida sobre a efetiva situação cadastral dos adquirentes, o recorrente deveria ter procurado se cercar das devidas cautelas, verificando a situação cadastral desses contribuintes, inclusive pesquisando junto à repartição fazendária de seu domicílio fiscal. Ao realizar operações utilizando a alíquota de 7% com contribuinte que não atendia à condição exigida pela legislação, o recorrente assumiu o risco desse seu procedimento. Caso esses adquirentes tenham induzido o recorrente a acreditar que eram microempresas sem que efetivamente fossem, caberá o recorrente, contra eles, tomar a medida que julgar cabível para se ressarcir do prejuízo decorrente dessa autuação.

O recorrente alega que o seu procedimento não causou prejuízo ao Estado, pois os destinatários não utilizaram o crédito fiscal correspondente à alíquota “cheia”. Entendo que essa alegação recursal não tem pertinência, pois o benefício da redução da alíquota é específica para os

contribuintes citados na alínea “c” do inciso I do artigo 51 do RICMS-BA, independentemente de ter ocorrido ou não aproveitamento de crédito fiscal. Não há dúvida que, nas operações listadas na infração 3, a utilização da alíquota de 7% em vez de 17% causou prejuízo ao Estado, uma vez que esse procedimento irregular ensejou a redução do imposto a recolher.

Argumenta o recorrente que a situação cadastral de alguns de seus clientes era modificada sem que ele tivesse ciência desse fato, uma vez que os cartões de inscrição cadastral só eram trocados pelas repartições fazendárias no início de cada exercício. Também sustenta que seu cliente Helenilson Moreira Marques estava enquadrado como microempresa e, como prova, apresentou na sessão de julgamento um extrato de uma AIDF (autorização para impressão de documento fiscal), em que o referido contribuinte tinha obtido a autorização para impressão de notas fiscais de microempresas.

Por maioria, vencido o relator, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse quantificado o ICMS lançado no período compreendido entre a alteração cadastral dos clientes e a entrega dos novos cartões de inscrição. Também foi solicitado que fosse informado qual o montante do imposto cobrado em relação ao cliente Helenilson Moreira Marques.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC nº 086/2009, acostado às fls. 5607 a 5609.

Com o devido respeito ao posicionamento dos ilustres Conselheiros que defenderam a tese do encaminhamento do processo à ASTEC/CONSEF, considero que a diligência se mostrava desnecessária pelos seguintes motivos:

1. Para que o recorrente pudesse utilizar a alíquota de 7%, cabia a ele a obrigação de verificar a situação cadastral dos seus clientes. Se o recorrente tinha dúvida quanto à efetiva situação cadastral dos seus clientes, conforme já foi dito neste voto, ele deveria ter se cercado das devidas cautelas, inclusive efetuando verificação junto à repartição fazendária de seu domicílio fiscal. Ao efetuar operações utilizando a alíquota de 7% com contribuintes que não atendiam à condição prevista na legislação, o recorrente assumiu o risco por esse seu procedimento.
2. A AIDF apresentada pelo patrono na sessão de julgamento, em nome de Helenilson Moreira Marques não comprova que o referido contribuinte estivesse no período abrangido pela autuação inscrito como microempresa. Não se pode olvidar que essa AIDF data de 23/05/96, antes, portanto, ao período abarcado pela infração em tela. Ademais, essa autorização não possui o condão de modificar a situação cadastral em que o contribuinte estava inscrito – “Normal” – e nem o cancelamento de inscrição que ocorreu posteriormente.

As planilhas de fls. 5900 a 5910, apresentadas pelo recorrente ao se pronunciar sobre o resultado da última diligência, não merecem acolhimento, pois, na sua elaboração, foi considerada apenas a última condição dos contribuintes, desprezando-se, assim, as alterações que ocorreram durante a vida da empresa. Nesse ponto, ressalto que os autuantes, ao elaborarem as planilhas de fls. 1713 a 1717, examinaram o histórico dos contribuintes e acostaram ao processo os correspondentes extratos emitidos pelos sistemas de controles da SEFAZ (fls. 1718 a 2085).

Pelo comentado acima, considero que a infração 3 está devidamente caracterizada, haja vista que, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, a utilização da alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c”, do RICMS-BA, só era aplicável quando os destinatários estivessem inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS na condição de microempresa. Saliento que em relação aos contribuintes com inscrição cancelada, suspensa, baixada ou em processo de baixa e anuladas ou inexistentes, também não há como se aplicar o benefício, pois, nesses casos, os contribuintes são considerados como não inscritos e, portanto, não amparados pela alíquota de 7%. Não há, portanto, reparo a fazer na Decisão de primeira instância relativamente à infração 3.

Quanto à infração 4, o patrono do recorrente, na sustentação oral, expressamente, renunciou aos argumentos contidos na defesa e que tinham sido reiterados no início do Recurso Voluntário.

Saliento, contudo, que a infração está devidamente caracterizada e que não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, decretando-se a nulidade das infrações 1 e 2 e mantendo inalterados os demais itens da Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 3)

Restringe-se nossa divergência em relação ao voto do sr. relator tão-somente quanto à infração nº 3, no âmbito das questões de mérito. Vislumbramos nesse processo razões para acolher, em parte, os argumentos defensivos e manter sob o amparo do benefício previsto no art. 16, inc. I, letra “c”, da Lei nº 7.014/96, as operações de saídas de produtos destinados aos adquirentes inscritos no cadastro de contribuintes do regime simplificado de apuração do ICMS, que à época da ocorrência dos fatos geradores se encontravam na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulantes, a seguir indicados: 05.071.313; 35.720.184; 91.554.479; 39.756.758; 41.093.805; 41.807.947; 47.828.812; 47.828.812; 43.839.319; 99.914.471; 49.466.272; 44.908.401; 49.548.307; 99.714.284; 31.005.812; 36.944.374; 47.106.499; 94.379.607; 98.667.298.

Isto por que, anteriormente à alteração promovida no RICMS/97, pelo Decreto nº 8.040/01, (art. 142, inc. I), tinha o remetente, ora autuado, a obrigação de exigir do destinatário o cartão de inscrição visando certificar a condição cadastral do destinatário sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorresse o não-recolhimento do imposto, total ou parcialmente. A redação do dispositivo, após 2001, passou a exigir a apresentação do documento de identificação eletrônica, possibilitando que essa pesquisa fosse feita através da Internet (rede mundial de computadores).

Ocorre que em relação aos contribuintes acima listados as alterações cadastrais levadas a efeito antes de 2001, que os excluía da possibilidade de usufruir do benefício fiscal, passaram para domínio público, pela via editalícia, após a realização das operações mercantis, conforme se encontra estampado no parecer da ASTEC, apensado às fls. 5610 a 5618. O recorrente, por sua vez, em sua manifestação após o pronunciamento da ASTEC, indicou outras inscrições estaduais cujas alterações se verificaram nas mesmas circunstâncias apontadas na diligência fiscal.

Diante dessas evidências probatórias trazidas aos autos, a Procuradoria Estadual, em pronunciamento às fls. 5916/5917, da lavra da Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, propôs a revisão do lançamento de ofício para que a Câmara de Julgamento considerasse válida a adoção do benefício da alíquota reduzida relativamente às operações que se deram nas condições descritas na revisão fiscal.

Acolho o entendimento externado pela representação da PGE/PROFIS, por se encontrar a mesma assentada em dois princípios basilares do processo administrativo fiscal. Refiro-se ao princípio da verdade material e ao princípio da publicidade dos atos da administração pública. A busca da verdade material foi elemento motivador para que o colegiado desta Câmara de Julgamento Fiscal, ainda que por deliberação não unânime, determinasse juntada ao processo das provas documentais atinentes aos editais (docs. de fls. 5.614 a 5.890), visando elucidar a situação cadastral de todos os destinatários das mercadorias à época da ocorrência dos correspondentes fatos geradores. Por sua vez, o princípio da publicidade dos atos da administração tributária foi o elemento norteador para decidir o mérito da presente exigência fiscal. Remanesceu na atuação exclusivamente as parcelas de ICMS vinculadas às operações com contribuintes cuja alteração cadastral que os excluía da possibilidade de adquirir as mercadorias sob o amparo do benefício da alíquota reduzida, visto que fora dada publicidade dos atos modificativos através dos respectivos editais.

Diante do acima exposto, divergimos do Sr. relator e adotamos na solução estampada no parecer da Procuradoria da Fazenda Estadual, pela procedência parcial da infração 3, cujo demonstrativo de débito, após as devidas exclusões, passa a ter a configuração abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO									
Seq	Infr	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíq (%)	Valor do Histórico	Multa	Valores Excluídos	Valor Remanescente do Débito
7	3	31/01/1997	09/02/1997	31.470,64	17	5.350,01	60	1.569,02	3.780,99
8	3	28/02/1997	09/03/1997	23.735,64	17	4.035,06	60	1.939,54	2.095,52
9	3	31/03/1997	09/04/1997	28.428,70	17	4.832,88	60	2.514,37	2.318,51
10	3	30/04/1997	09/05/1997	36.387,64	17	6.185,90	60	2.196,32	3.989,58
11	3	31/05/1997	09/06/1997	40.793,64	17	6.934,92	60	3.908,06	3.026,86
12	3	30/06/1997	09/07/1997	31.466,29	17	5.349,27	60	2.032,78	3.316,49
13	3	31/07/1997	09/08/1997	36.865,76	17	6.267,18	60	3.060,41	3.206,77
14	3	31/08/1997	09/09/1997	32.851,47	17	5.584,75	60	1.170,52	4.414,23
15	3	30/09/1997	09/10/1997	48.586,35	17	8.259,68	60	4.686,79	3.572,89
16	3	31/10/1997	09/11/1997	35.149,41	17	5.975,40	60	3.761,46	2.213,94
17	3	30/11/1997	09/12/1997	23.174,35	17	3.939,64	60	546,53	3.393,11
18	3	31/12/1997	09/01/1998	22.574,11	17	3.837,60	60	1.395,91	2.441,69
19	3	31/01/1998	09/02/1998	30.426,94	17	5.172,58	60	1.746,70	3.425,88
20	3	28/02/1998	09/03/1998	13.792,82	17	2.344,78	60	764,68	1.580,10
21	3	31/03/1998	09/04/1998	49.718,29	17	8.452,11	60	2.687,99	5.764,12
22	3	30/04/1998	09/05/1998	36.984,05	17	6.287,29	60	610,07	5.677,22
23	3	31/05/1998	09/06/1998	45.538,17	17	7.741,49	60	1.191,30	6.550,19
24	3	30/06/1998	09/07/1998	45.211,64	17	7.685,98	60	2.372,49	5.313,49
25	3	31/07/1998	09/08/1998	42.374,88	17	7.203,73	60	317,45	6.886,28
26	3	31/08/1998	09/09/1998	49.612,17	17	8.434,07	60	797,19	7.636,88
27	3	30/09/1998	09/10/1998	33.204,41	17	5.644,75	60	358,61	5.286,14
28	3	31/10/1998	09/11/1998	29.810,82	17	5.067,84	60	1.000,79	4.067,05
29	3	30/11/1998	09/12/1998	26.278,05	17	4.467,27	60	637,87	3.829,40
30	3	31/12/1998	09/01/1999	25.379,94	17	4.314,59	60	192,04	4.122,55
31	3	31/01/1999	09/02/1999	48.180,23	17	8.190,64	60	817,35	7.373,29
32	3	28/02/1999	09/03/1999	28.152,94	17	4.786,00	60	564,41	4.221,59
33	3	31/03/1999	09/04/1999	29.796,29	17	5.065,37	60	815,87	4.249,50
34	3	30/04/1999	09/05/1999	33.210,47	17	5.645,78	60	916,55	4.729,23
35	3	31/05/1999	09/06/1999	34.682,70	17	5.896,06	60	737,94	5.158,12
36	3	30/06/1999	09/07/1999	28.199,11	17	4.793,85	60	830,52	3.963,33
37	3	31/07/1999	09/08/1999	28.269,41	17	4.805,80	60	0,00	4.805,80
38	3	31/08/1999	09/09/1999	10.845,47	17	1.843,73	60	0,00	1.843,73
39	3	30/09/1999	09/10/1999	15.455,94	17	2.627,51	60	0,00	2.627,51
40	3	31/10/1999	09/11/1999	14.805,17	17	2.516,88	60	0,00	2.516,88
41	3	30/11/1999	09/12/1999	15.161,05	17	2.577,38	60	73,17	2.504,21
42	3	31/12/1999	09/01/2000	9.730,05	17	1.654,11	60	0,00	1.654,11
43	3	31/01/2000	09/02/2000	3.892,76	17	661,77	60	0,00	661,77
44	3	29/02/2000	09/03/2000	1.881,70	17	319,89	60	0,00	319,89
45	3	31/03/2000	09/04/2000	1.878,00	17	319,26	60	0,00	319,26
46	3	30/04/2000	09/05/2000	4.285,58	17	728,55	60	0,00	728,55
47	3	31/05/2000	09/06/2000	8.272,76	17	1.406,37	60	0,00	1.406,37
48	3	30/06/2000	09/07/2000	2.174,17	17	369,61	60	0,00	369,61
49	3	31/07/2000	09/08/2000	3.261,58	17	554,47	60	0,00	554,47
50	3	31/08/2000	09/09/2000	5.943,23	17	1.010,35	60	0,00	1.010,35
51	3	30/09/2000	09/10/2000	10.349,64	17	1.759,44	60	0,00	1.759,44
52	3	31/10/2000	09/11/2000	8.126,41	17	1.381,49	60	0,00	1.381,49
53	3	30/11/2000	09/12/2000	7.155,35	17	1.216,41	60	0,00	1.216,41
54	3	31/12/2000	09/01/2001	4.349,76	17	739,46	60	0,00	739,46
55	3	31/01/2001	09/02/2001	9.275,47	17	1.576,83	60	0,00	1.576,83
56	3	28/02/2001	09/03/2001	10.798,52	17	1.835,75	60	0,00	1.835,75
TOTAL				1.197.949,94		203.651,53		46.214,70	157.436,83

No entanto, em relação aos demais itens do Auto de Infração acompanhamos o entendimento externado pelo sr. relator, para dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 3)

Com a máxima *venia*, divirjo do entendimento do ilustre relator pelas razões que se seguem, quanto à infração 3.

A infração em julgamento decorreu da venda de mercadorias a contribuintes com a inscrição cancelada na Fazenda Estadual. Não é a primeira vez que me deparei neste Conselho de Fazenda com situação semelhante, ocasionando sempre a minha manifestação divergente, por entender que o Fisco não conseguiu, ainda, implantar norma apropriada e suficiente para prover o contribuinte da condição de evitar a ocorrência dessa situação, e, em consequência o cometimento da infração. A prova material da dificuldade constata-se pelas diversas

modificações introduzidas na legislação específica, todas elas sem êxito, por não atender integralmente possibilidade do controle ou da identificação, pelo contribuinte, de compradores em situação irregular no cadastro do Fisco. Assim é que, em algum momento foi implantado cartão de registro da empresa, que deveria ser apresentado na oportunidade da aquisição da mercadoria. Tal expediente foi desprezado, pois oportunizava até a falsificação de cartões, razão porque caiu em desuso. Em seguida foi adotado o sistema de consulta prévia, o que, por óbvio, indica, na prática, a sua inviabilidade. Finalmente, apelou-se para a solução mais simples para o Fisco, ou seja, a publicação do cancelamento do registro no Diário Oficial, utilizando o princípio legal de que a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei, por seu caráter público. Tal expediente, além de difícil execução, em face da grande diversidade de empresas, às vezes, sem devida estruturação, torna-se impossível o seu comprimento, pois, *in extremis*, existe a hipótese até de o Diário Oficial ainda está sendo editado, e nesse momento a operação mercantil está sendo realizada, inviabilizando, sem nenhuma dúvida, o conhecimento da irregularidade do adquirente da mercadoria, implicando em consequência, no cometimento da infração e consequente lavratura do Auto de Infração.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA desse item da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.0017/02-9, lavrado contra **PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$157.436,83**, sendo R\$154.024,25, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$3.412,58, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$120,00**, prevista no art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à Infração 3

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Tolstoi Seara Nolasco, Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Quanto à Infração 3)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à Infração 3)

FAUZE MIDLEJ – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS