

**A. I. N °** - 206888.0001/07-0  
**AUTUADO** - ATACADÃO RECONCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 21.08.09

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0220-05/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTADAS. DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Refeitos os cálculos quando da realização de diligência, reduzindo o valor débito. Infração parcialmente subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO N° 7.799/00. Apenas as operações com mercadorias relacionadas especificados no Anexo Único do Dec. N° 7.799/2000 estão, a partir de 27/12/2002, amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo prevista no art. 1º do citado Decreto. Documento acostado aos autos comprova que a matéria não estava sob consulta. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos quando da realização de diligência, reduzindo o valor débito. Infração parcialmente subsistente. 5. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. 6. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Rejeitas preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 298.043,26, referente:

1- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 7.013,31, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

2- Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, com imposto devido no valor de R\$71.264,63.

3- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 109.707,13, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

4- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 75.677,27, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidade da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88.

5- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 25.636,39, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

6- Deixou de recolher os acréscimos moratórios, no valor de R\$ 8.744,53, referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo.

O autuado apresentou defesa, fls. 780 a 802, impugnando o lançamento tributário discorrendo sobre Princípio da Verdade Material, Princípio da Inquisitorialidade observando que as autoridades sempre atentar-se para ir em busca de novas provas ou conferir as argumentações expostas pelo sujeito passivo, determinado, a pedido do autuado, ou de ofício, a realização de perícias ou diligências para esclarecimento dos fatos.

Preliminarmente, questiona vícios insanáveis que implicam na nulidade da infração, em especial a de número 03, posto que fez consulta a DITRI no dia 07/01/04, no intuito de obter da própria SEFAZ-BA, o verdadeiro significado, repercussão e efeitos do Decreto 7799 de 2000, em especial se está correta a manutenção do regime instituído no Decreto citado para todas as mercadorias em se considerando que esta sendo atendido plenamente o art. 5º do mesmo Decreto. Mas, a consulta não foi respondida até o presente momento da impugnação.

Salienta que a consulta foi formulada em 07/01/04 e que a fiscalização só foi levada a efeito no 2º semestre de 2005. Frisa que o art. 62, III, do RPAF/99 expressa que ‘nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consultante a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta’.

Ressalta que, com base no quanto exposto no art. 63 do RPAF/99, o consultante, ora autuado, ainda terá o prazo de 20 (vinte) dias, contados da resposta dada à consulta, para recolher o ICMS, se neste sentido for a orientação da SEFAZ/DITRI e sem multa ou acréscimos moratórios.

Quanto a infração 02, diz que nos períodos regulares de apuração do imposto, apurou os estornos dos créditos que podem ser comprovados na planilha auxiliar de apuração anexas pela defesa, sobretudo a prática da atividade operacional da autuada consiste em revenda por atacado para contribuintes e não contribuintes. Quando a venda que fora destinada a não contribuintes do ICMS, o autuado não reduzia a base de cálculo do ICMS, ou seja, nestas operações destacava alíquota de 17% sendo a sua carga tributária final, todavia anteriormente o autuado já procedia ao estorno do crédito do ICMS nas operações de compras. Diz que os contribuintes foram orientados pela SEFAZ para realizarem a redução dos créditos proporcional nas sucessivas saídas, ou seja, o estorno do crédito deverá ser efetuado na proporção em que o contribuinte destinem suas mercadorias para contribuintes (com redução da base de cálculo) e para não contribuintes (sem a redução da base de cálculo). Com base nesta orientação a autuada procedeu regularmente nos períodos de apurações o estorno do crédito, não acatado pela fiscalização.

Detalha que no mês de janeiro de 2005, a nota fiscal de número 286421, emitida pela J.MACEDO S/A, o autuado se apropriou no livro de Entradas, p.11, o crédito de ICMS no valor de R\$2.442,10, enquanto o autuante, em seu relatório de fiscalização, apontou crédito ICMS no valor total de R\$3.294,67, conforme apontado no relatório do fisco. Tal procedimento fiscalizatório originou nenhuma cobrança de indevida pelo fisco de R\$852,57, pois o estorno correto é de R\$504,04. No

mês de março de 2005, a nota fiscal de número 198426, o autuado se apropriou no Livro de Entradas, p.54, o crédito de ICMS no valor de R\$1.425,30, enquanto o autuante, em seu relatório de fiscalização, apontou crédito ICMS no valor total de R\$1.592,64, conforme apontado no relatório do fisco, que acarretou o valor a maior do estorno de crédito, por consequência causando prejuízo financeiro ao autuado. No mês de abril de 2005, notas fiscais nº 209922 e nº 50887, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de maio de 2005, notas fiscais nº 38487 e nº51184, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de junho de 2005 notas fiscais nº 10855, nº 220989, nº 51772, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de julho 2005, notas fiscais nº 19235, nº 52334, e nº 92844, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de agosto 2005, notas fiscais nº 52819, nº116164, nº 237012 e nº 375042, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de setembro 2005, nota fiscal nº 53531, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de outubro 2005, notas fiscais nº 1965, nº 43995, nº 44282, nº 44854 , nº 54140, nº 54571, nº 247949 e nº 311437, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de novembro 2005, notas fiscais nº 1845, nº 45457, nº 46194, e nº 55132, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de dezembro 2005, notas fiscais nº 37274, nº37348, nº 47292 e nº 56012, com erro na apuração do estorno pelo fisco

Acrescenta que no mês de março 2005, em relação a apuração do ICMS, é de se considerar que a autuada registrava as notas de entrada em seu livro, com o creditamento do imposto pelo valor bruto, ou seja, o ICMS destacado no documento fiscal, e em posterior fazia o estorno que prevê o art. 6º do Decreto 7799/2000 em planilhas auxiliares, todavia, afirma, que é comum ocorrer dentro do mesmo período de entrada, devolução total ou parcial das mesmas mercadorias cujo estorno do ICMS já tinha feito. Logo, nas saídas destas mercadorias em devolução ao fornecedor, por força da legislação que ampara a operação interestadual de desfazimento do negócio, a autuada emitia NF de saída sem redução da base de cálculo. Sobretudo a autuada ao fazer o estorno do crédito das notas de entradas cuja existia devolução parcial, já considerava o valor líquido para proceder o estorno do crédito, ou seja, valor de compra deduzido a parte da mercadoria que foi devolvida, assim como o autuado não lançava em sua planilha a mercadoria devolvida totalmente, todavia o fisco não observou tal fato e procedeu em sua planilha de apuração estorno do crédito de mercadorias com devolução o que prejudicou sua apuração. Para ilustrar essa afirmação apresenta planilhas de estorno de débitos, NF de devoluções ao fornecedor referente ao mês de março 2005, abril 2005, maio 2005, junho 2005, julho 2005, agosto 2005, setembro 2005, outubro 2005, novembro 2005, dezembro 2005.

Quanto ao mérito da infração 03, discorre sobre a ilegalidade da restrição de determinados produtos, para efeito de aplicação do benefício fiscal concedido pelo Decreto nº7.799/00, transcrevendo o art. 1º que diz deixar claro quando estabelece o direito ao benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saídas de estabelecimento enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do anexo único, que integra o citado decreto, sendo este o caso do sujeito passivo.

Ainda sobre a infração 03, requer realização de diligência / perícia fiscal, a fim de trazer aos autos a comprovação de tudo quanta afirma a consulta (e de seu teor) feita pelo autuado, no caso de os membros desta JJF terem alguma dúvida a respeito, de acordo com o preceito do art. 145 do RPAF/99.

Quanto a infração 04 diz que no mês de abril de 2004 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$23.991,64 referente a substituição tributária . Acontece que o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$24.413,33, que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa, bem como o extrato de pagamento de tributo emitido pela SEFAZ-BA. No mês de junho de 2004 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$18.868,54 referente a substituição tributária. Acontece que o fisco não considerou os pagamentos nos valores de R\$20.848,50 e R\$1.455,36, referentes NFS 147040 e 147041 que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa. Ainda pode verificar que existem os DAES de antecipação tributária quitados a favor da autuada que somente a figura de um revisor poderá

comprovar. No mês de setembro de 2004 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$11.709,78 referente a substituição tributária . Acontece que o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$11.714,86, referente NF 195183 que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa. No mês de fevereiro de 2005 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$ 743,26, referente a substituição tributária. Acontece que o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$904,93, referente NF 385981, que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa. No mês de maio de 2005 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$12.463,87 referente a substituição tributária . Acontece que o fisco através do seu relatório o valor recolhido arrecadado neste mês foi de R\$98.648,70, que está errado, somando DAE's pagos da substituição tributária dá um total de R\$ 116.872,94, que demonstra através de planilhas, fl. 801. Diz que é de se observar nos documentos fiscais de entrada a retenção pelo fornecedor ou recolhimento anexo que resultará um saldo credor para a autuada de R\$5.760,37.

Em reconhecimento parcial de infração, diz fazer a quitação, no prazo de 20 dias, através do processo nº 192452/2007, datado de 07/11/2007 e nº 192082/2007, datado de 07/11/2007.

Ao final, requer que seja reconhecida a nulidade ou improcedente do Auto de Infração e requer o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências fiscais requeridas.

Na informação fiscal, fls. 853 a 858, o autuante salienta que do cotejo da peça de defesa constatou que o autuado somente se defendeu em relação às infrações 02, 03 e 04.

No tocante a infração 02 salienta que está intimamente ligada a infração 03, sendo uma decorrente da outra, pois os créditos reclamados através desta infração diz respeito ao excesso de valores lançados a título de crédito fiscal pelo contribuinte relativamente aquelas mercadorias não alcançadas pelo benefício instituído em favor dos atacadistas através do Decreto 7799/2000, de modo que, como a “consulta” está aqui sendo descaracterizada, não surtindo os direitos esperados pelo contribuinte, esta infração há também de ser considerado procedente pelas razões colocadas relativamente à infração 03.

Em relação a infração 03 ressalta que a consulta em questão foi protocolada junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pela ASDAB – Associação dos Distribuidores Atacadista da Bahia é ineficaz na forma da alínea “c” do inciso II do § 1º do artigo 61 do RPAF em vigor, o qual estabelece que a consulta será ineficaz, quando o ato ou fato estiverem disciplinados em ato normativo publicado antes da sua apresentação ou estiverem definidos expressamente em disposição literal de lei. Frisa que o assunto da consulta já constava do Decreto 7799/2000, portanto, antes da formulação da consulta, daí sua ineficácia, não surtindo qualquer efeito, daí a procedência da atuação. Acrescenta que a consulta anexada aos autos é ineficaz, também, pelo fato de a mesma já ter sido anteriormente respondida à mesma entidade consulente, mediante Parecer nº 169/2004, em resposta a consulta anteriormente formulada versando sobre o mesmo tema.

Quanto a infração 04 não acatou o DAE relativo ao mês de abril de 2004, no valor de R\$ 24.413,33, argumentando que a infração é relativa a falta de recolhimento da Antecipação Tributária, sobre as mercadorias relacionadas no artigo 353 do RICMS, aprovada pelo Decreto nº6284/97, constante do anexo 88 do mesmo RICMS, tendo com código de receita 1145, enquanto o DAE acostado pelo contribuinte refere-se ao código de receita 2175 relativa a antecipação parcial, além do valor não corresponde ao valor da infração é de R\$ 23.991,64. Em relação aos demais meses, acolheu o argumento defensivo e opinou pela exclusão dos valores: junho/2004 - R\$18.868,54; setembro/2004 R\$11.709,78; fevereiro/2005 R\$743,76 e maio/2005 R\$12.463,87, conforme abaixo:

DATA OCORR	VALOR NO AI	COMPROVADO	ICSM DEVIDO
30/4/2004	23.991,64		23.991,64
30/6/2004	18.868,54	18.868,54	0,00
30/11/2004	11.709,78	11.709,78	0,00

28/2/2005	743,76	743,76	0,00
31/5/2005	12.463,87	12.463,87	0,00
30/11/2005	7.899,68		7.899,68
<b>TOTAL</b>	<b>75.677,27</b>	<b>43.785,95</b>	<b>31.891,32</b>

Ao finalizar, elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 856 a 858.

Às folhas 866 a 873 foram acostados Nota Fiscal Avulsa nº 758492 relativa ao Certificado de Crédito no valor de R\$ 120.000,00 para pagamento de parte do Auto de Infração em lide; cópia do pedido do Parecer Final deferindo a transferência do crédito acumulado; 5ª via da Nota Fiscal nº 3159; Relatório do Pagamento e Detalhamento do Pagamento.

Às folhas 877 a 885 foram acostados o Certificado de Crédito nº 157553 no valor de R\$ 31.032,92 para pagamento de parte do Auto de Infração em lide; 3ª via da Nota Fiscal nº 33569; Relatório do Pagamento e Detalhamento do Pagamento.

Às folhas 889 e 890 o autuado apresentou requerimento discriminando os valores reconhecidos e pagos com os certificados de créditos, no valor histórico de R\$ 105.253,93, acréscimo monetários de R\$ 35.792,48 e multa no valor de R\$9.986,52, totalizando R\$ 151.032,92.

À folha 892 consta extrato de pagamento no valor total de R\$ 10.072,64.

Em sua 2ª manifestação defensiva, após receber cópia da informação fiscal, o autuado às folhas 896 a 922, diz que o autuante não conseguiu derrubar sua afirmativa de que a matéria em lide estava sob “CONSULTA”, antes mesmo do início da fiscalização, pois durante o período de 2004 o fisco ainda não tinha dado a resposta da consulta, fato que pode ser comprovado, através da intimação da resposta a referida consulta na data 17/05/2006 quando a ASDAB recebeu resposta da consulta.

Diz que o autuante limitou-se, relativamente à questão da consulta, a duas alegações: 1) Que o autuado já teria tomado ciência acerca da resposta dada à consulta; e 2) Que a consulta seria ineficaz, por do art. 61, §1º, II, “c” e “d”, do RPAF/99, visto que a matéria consultada estaria disciplinada em ato normativo e já versaria sobre questão já resolvida por decisão administrativa ou judicial, em que o autuado teria figurado como parte ou interessado. Não obstante essas duas alegações, destaca o fato do autuante ter reconhecido expressamente que a infração 03, tem a ver diretamente com o teor da consulta, tem a ver não só com a infração 03, pois o autuante se manifesta que *‘fica patente aos olhos de qualquer pessoa que só a infração 03 tem relação direta com o teor da consulta. Só e somente dela poderia se argüir nulidade’*.

Reitera a preliminar de nulidade na infração 03, pela ilegalidade do procedimento fiscal levada a efeito pelo autuante, face à existência de consulta, transcrevendo, mais uma vez, o art.62, III, do RPAF/99.

Quanto a Infração 02, diz que o autuante, na informação fiscal, não se pronunciou sobre planilha de estorno de crédito proporcional, nas quais contém as informações das notas fiscais de devoluções de compras, e nem mesmos sobre equívocos apontados pelo livro de Registro de Entradas e relatório do fisco pelo creditamento do ICMS neles contidos. Simplesmente afirmar que esta infração está intimamente ligada a infração 03 não.

Argumenta que, se o autuante não concordava parcialmente com os cálculos apresentados pelo autuado, poderia apresentar os seus cálculos para embasar sua decisão, e se por ventura não concordar com os estornos da autuada em sua totalidade, estará contra o Parecer GECOT nº 2171/00, que reconhece o direito a estornar parcialmente os créditos das entradas quanto a saída subsequente do contribuinte não seja passivo de aplicação do tratamento tributário da redução da base de cálculo previsto pelo Decreto 7799/00.

Observa que tal procedimento transcrito no art.1º do Decreto 7799/00, foi literalmente cumprido pela autuada, portanto se deu saída sem a redução da base de cálculo do ICMS, logo, é direito estornar o crédito da entrada proporcionalmente.

Reitera que o autuante não considerou, ou mesmo não se manifestou sobre as devidas correções quanto aos valores divergentes encontrados em sua planilha de estorno de crédito com valores efetivamente creditado nos livros fiscais de entradas, assim como desprezou para o abatimento desta infração e parte da mercadoria que foi devolvida.

Reitera o detalhamento apresentado na 1ª peça defensiva, ressaltando que no mês de janeiro de 2005, a nota fiscal de número 286421, emitida pela J.MACEDO S/A, o autuado se apropriou no Livro de Entradas, p. 11, o crédito de ICMS no valor de R\$2.442,10, enquanto o autuante, em seu relatório de fiscalização, apontou crédito ICMS no valor total de R\$3.294,67, conforme apontado no relatório do fisco. Tal procedimento fiscalizatório originou nenhuma cobrança de indevida pelo fisco de R\$852,57, pois o estorno correto é de R\$504,04. No mês de março de 2005, a nota fiscal de número 198426, o autuado se apropriou no Livro de Entradas, p.54, o crédito de ICMS no valor de R\$1.425,30, enquanto o autuante, em seu relatório de fiscalização, apontou crédito ICMS no valor total de R\$1.592,64, conforme apontado no relatório do fisco, que acarretou o valor a maior do estorno de crédito, por consequência causando prejuízo financeiro ao autuado. No mês de abril de 2005, notas fiscais nº 209922 e nº 50887, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de maio de 2005, notas fiscais nº 38487 e nº51184, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de junho de 2005 notas fiscais nº10855, nº220989, nº 51772, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de julho 2005, notas fiscais nº 19235 nº52334, e nº 92844, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de agosto 2005, notas fiscais nº 52819, nº116164, nº 237012e nº 375042, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de setembro 2005, nota fiscal nº 53531, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de outubro 2005, notas fiscais nº 1965, nº43995, nº 44282, nº 44854, nº54140, nº54571, nº247949 e nº311437, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de novembro 2005, notas fiscais nº 1845, nº45457, nº 46194, e nº 55132, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de dezembro 2005, notas fiscais nº 37274, nº37348, nº 47292 e nº 56012, com erro na apuração do estorno pelo fisco. No mês de março 2005, em relação a apuração do ICMS é de se considerar que a autuada registrava as notas de entrada em seu livro, com o creditamento do imposto pelo valor bruto, ou seja, o ICMS destacado no documento fiscal, e em posterior fazia o estorno que prevê o art.6º do Decreto 7799/2000 em planilhas auxiliares, todavia, afirma, é comum ocorrer dentro do mesmo período de entrada, devolução total ou parcial das mesmas mercadorias cujo estorno do ICMS já tinha feito. Logo, nas saídas destas mercadorias em devolução ao fornecedor, por força da legislação que ampara a operação interestadual de desfazimento do negócio, a autuada emitia NF de saída sem redução da base de cálculo. Sobretudo a autuada ao fazer o estorno do crédito das notas de entradas cuja existia devolução parcial, já considerava o valor líquido para proceder ao estorno do crédito, ou seja, valor de compra deduzido a parte da mercadoria que foi devolvida, assim como o autuado não lançava em sua planilha a mercadoria devolvida totalmente, todavia o fisco não observou tal fato e procedeu em sua planilha de apuração estorno do crédito de mercadorias com devolução o que prejudicou sua apuração. Para ilustrar essa afirmação apresenta planilhas de estorno de débitos, NF de devoluções ao fornecedor referente ao mês de março 2005, abril 2005, maio 2005, junho 2005, julho 2005, agosto 2005, setembro 2005, outubro 2005, novembro 2005, dezembro 2005.

Quanto ao mérito da infração 03, discorre sobre a ilegalidade da restrição de determinados produtos, para efeito de aplicação do benefício fiscal concedido pelo decreto nº7.799/00, transcrevendo o art.1º que diz deixar claro quando estabelece o direito ao benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saídas de estabelecimento enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do anexo único, que integra o citado decreto, sendo este o caso do sujeito passivo.

Declarou-se impedido de se defender mais especificamente quanto ao mérito da acusação, visto que o autuante não chegou a dizer, no Auto de Infração, por que motivo, exatamente, teria entendido que determinados produtos, objeto da autuação, não poderiam ser objeto do benefício instituído pelo Decreto 7799/00, mas na informação fiscal, oportunidade em que tardiamente, o

autuante poderia esclarecer este ponto, este omitiu-se a respeito, não contestando o fato alegado pelo sujeito passivo, no sentido de que o autuante não explicou no Auto de Infração, por que motivos exatamente teriam entendido que determinados produtos, objeto da autuação, não poderiam ser objeto do benefício instituído pelo Decreto 7799/00.

Diz que para que sejam respeitadas as regras inerentes ao processo, o que culminará com a decretação da nulidade das infrações, por cerceamento ao contraditório visto que as explicações acerca do teor das acusações fiscais deveriam estar claras desde o início do PAF, ou seja, no corpo do próprio Auto de Infração, o que não ocorreu no presente caso, pelos equívocos cometidos pelo autuante, que considera grave (falta de explicação, no próprio Auto de Infração acerca do teor das acusações fiscais) não abrindo possibilidade de correção, ensejando nulidade absoluta do Auto de Infração pela sua natureza substancial, citando o art.18,§ 1º, do RPAF/99.

Reitera a necessidade do atendimento da realização de diligência /perícia fiscal, a fim de trazer aos autos a comprovação de tudo quanta afirma a consulta (e de seu teor) feita pelo autuado, no caso de os membros desta JJF terem alguma dúvida a respeito, de acordo com o preceito do art.145 do RPAF/99.

Argumenta da ilegalidade na restrição de certos produtos relativamente a benefício fiscal (redução da base de cálculo) concedido pelo Decreto 7799/00, apresentando Acórdãos CJF nº 0461-12/05, prolatada pela 2ª CJF, referente ao AI nº 298575.1000/04-0, onde questão idêntica é tratada na infração 03 do presente Auto de Infração. Apresenta decisão da 4ª JJF que mantém familiaridade com o caso em tela. Aprecia de igual modo, Recurso de Ofício, a 2ª CJF, por decisão unânime acerca da infração 1 do AI nº 298575 . 1000/04-0. Faz menção, também a Acórdãos CJF nº 0304-11/06, prolatada pela 1ª CJF, referente ao AI nº 281078.0003/05-4, onde questão idêntica é tratada na infração 03 do presente Auto de Infração, ora em análise, foi objeto de julgamento, sendo aquela a Infração 02, descrita em Acórdão JJF nº 0141-02-06 da 2ª JJF. Desta forma, conclui que o Conselho de Fazenda já tem entendimento pacificado no sentido de ser indefinida a exigência fiscal, ora em questão, pelo que deve ser julgada improcedente a infração 03.

Quanto a Infração 04 diz que no mês de abril de 2004 o fisco aponta em sua planilha que falta recolher o valor de R\$23.991,64 referente a substituição tributária . Acontece que o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$24.413,33, que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa, bem como o extrato de pagamento de tributo emitido pela SEFAZ-BA.

Inicialmente diz que a empresa recolheu ICMS de substituição tributária sobre o código de antecipação parcial, tão logo percebido pela mesma. A empresa solicitou a SEFAZ-BA, a retificação de DAE, para o seu devido código que é de antecipação tributária produtos anexo 88 RICMS, pelo qual, foi deferido este pedido pela SEFAZ-BA, conforme pode ser verificado no extrato de pagamento emitido pela mesma onde consta 3 lançamentos do dia 26/05/04.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e requer o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio da diligência fiscal requerida.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, constatei que o autuante imputou ao autuado 06 (seis) infrações, sendo que o contribuinte reconheceu e pagou integralmente às 1, 5 e 6, mediante documentos acostados às folhas 865 a 873, Nota Fiscal Avulsa nº 758492 relativa ao Certificado de Crédito no valor de R\$ 120.000,00; às folhas 877 a 885 Certificado de Crédito nº 157553 no valor de R\$ 31.032,92 e à folha 892 extrato de pagamento no valor de R\$ 10.072,64. Ocorre que, após receber cópia da informação fiscal e do novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, o autuado em nova manifestação defensiva, fls. 896 a 1041, apresentou diversas planilhas e cópias de livros e documentos fiscais para sustentar suas alegações de improcedência das parcelas remanescentes, das infrações 02, 03 e 04 do Auto de Infração em lide. Como a referida manifestação defensiva não tinha sido encaminhada para que o autuante analisasse e prestasse nova informação fiscal, a 2ª JJF converteu o PAF em diligência a INFAZ DE ORIGEM,

para que o Auditor Fiscal autuante, produzisse nova informação fiscal acerca das razões do impugnante e dos documentos acostados às folhas 896 a 1041.

Em atendimento a diligência, folhas 1057 a 1069, o autuante aduz que do cotejo da peça de defesa apresentado pelo contribuinte, cujo inteiro teor encontra-se a seguir transcrito, percebe-se que o contribuinte apresentou defesa relativamente às infrações: 02, 03 e 04, de modo que não apresentou qualquer argumentação quanto às infrações 01, 05 e 06, as tem como corretas, nos termos do artigo 123, § 1º, do RPAF, aprovado pelo Decreto 7629/99.

Prosseguindo, passou a analisar a manifestação defensiva acostada às folhas 780 a 803 e 896 a 1052 do PAF.

Em relação a infração 02, frisa que o contribuinte ao discutir o mérito da autuação, páginas 901 a 911, aponta argumentos parcialmente procedentes, fazendo juntar os anexos de números 01 a 21, todos eles analisados criteriosamente e acatados, tendo resultado nas seguintes alterações dos valores originais do auto de infração, em relação ao exercício de 2005, anexo 01 ao anexo 11 da peça defensiva:

NF 286421 - ANEXO 01	JAN/05
VALOR COBRADO	3.294,67
VALOR CREDITADO	2.442,10
COBRADO A MAIOR	852,57
NF 198426 - ANEXO 02	MAR-05
VALOR COBRADO	1.592,64
VALOR CREDITADO	1.425,30
COBRADO A MAIOR	167,34
NF 209922 – ANEXO 03	ABR/05
VALOR COBRADO	249,12
VALOR CREDITADO	222,71
COBRADO A MAIOR	26,41
NF 50887 – ANEXO 03	ABR/05
VALOR COBRADO	981,03
VALOR CREDITADO	938,65
COBRADO A MAIOR	42,38
TOTAL DE ABRIL	68,79
NF 38487 – ANEXO 04	MAI/05
VALOR COBRADO	1.814,75
VALOR CREDITADO	1.067,50
COBRADO A MAIOR	747,25
NF 51184 - ANEXO 04	MAI/05
VALOR COBRADO	1.175,28
VALOR CREDITADO	1.132,74
COBRADO A MAIOR	42,54
TOTAL DE MAIO	789,79
NF 10855- ANEXO 05	JUN/05
VALOR COBRADO	370,60
VALOR CREDITADO	316,82



COBRADO A MAIOR	53,78
NF 220989- ANEXO 05	JUN/05
VALOR COBRADO	1.494,72
VALOR CREDITADO	1.336,26
COBRADO A MAIOR	158,46
NF 51772- ANEXO 05	JUN/05
VALOR COBRADO	981,03
VALOR CREDITADO	938,65
COBRADO A MAIOR	42,38
TOTAL DE JUNHO	254,62
NF 19235- ANEXO 06	JUL/05
VALOR COBRADO	3.071,52
VALOR CREDITADO	3.067,92
COBRADO A MAIOR	3,60
NF 52334- ANEXO 06	JUL/05
VALOR COBRADO	1.162,31
VALOR CREDITADO	1.116,20
COBRADO A MAIOR	46,11
TOTAL DE JULHO	49,71
NF 52819- ANEXO 07	AGO/05
VALOR COBRADO	1.465,29
VALOR CREDITADO	1.404,55
COBRADO A MAIOR	60,74
NF 116164- ANEXO 07	AGO/05
VALOR COBRADO	1.155,83
VALOR CREDITADO	679,86
COBRADO A MAIOR	475,97
NF 237012- ANEXO 07	AGO/05
VALOR COBRADO	1.714,86
VALOR CREDITADO	1.660,40
COBRADO A MAIOR	54,46
NF 375042- ANEXO 07	AGO/05
VALOR COBRADO	414,48
VALOR CREDITADO	315,04
COBRADO A MAIOR	99,44
TOTAL DE AGOSTO	690,61
NF 53531- ANEXO 08	SET/05
VALOR COBRADO	1.460,74
VALOR CREDITADO	1.400,00
COBRADO A MAIOR	60,74

TOTAL DE SETEMBRO	60,74
NF 1965- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	979,71
VALOR CREDITADO	757,18
COBRADO A MAIOR	222,53
NF 43995- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	3.315,57
VALOR CREDITADO	1.988,31
COBRADO A MAIOR	1.327,26
NF 44282- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	2.322,89
VALOR CREDITADO	1.364,15
COBRADO A MAIOR	958,74
NF 44854- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	551,68
VALOR CREDITADO	334,09
COBRADO A MAIOR	217,59
NF 54140- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	1.511,33
VALOR CREDITADO	1.450,58
COBRADO A MAIOR	60,75
NF 54571- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	1.421,68
VALOR CREDITADO	1.365,95
COBRADO A MAIOR	55,73
NF 247949- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	1.906,97
VALOR CREDITADO	1.851,26
COBRADO A MAIOR	55,71
NF 311437- ANEXO 09	OUT/05
VALOR COBRADO	1.521,91
VALOR CREDITADO	300,09
COBRADO A MAIOR	1.221,82
TOTAL DE OUTUBRO	4.120,13
NF 1845- ANEXO 10	NOV/05
VALOR COBRADO	765,00
VALOR CREDITADO	540,01
COBRADO A MAIOR	224,99
NF 45457- ANEXO 10	NOV/05
VALOR COBRADO	4.459,07
VALOR CREDITADO	2.823,98
COBRADO A MAIOR	1.635,09

NF 46194- ANEXO 10	NOV/05
VALOR COBRADO	204,34
VALOR CREDITADO	142,52
COBRADO A MAIOR	61,82
NF 55132- ANEXO 10	NOV/05
VALOR COBRADO	1.698,47
VALOR CREDITADO	1.595,42
COBRADO A MAIOR	103,05
TOTAL DE NOVEMBRO	2.024,95
NF 37274- ANEXO 11	DEZ/05
VALOR COBRADO	2.869,20
VALOR CREDITADO	2.582,28
COBRADO A MAIOR	286,92
NF 37348- ANEXO 11	DEZ/05
VALOR COBRADO	3.094,80
VALOR CREDITADO	2.785,32
COBRADO A MAIOR	309,48
NF 47292- ANEXO 11	DEZ/05
VALOR COBRADO	6.016,82
VALOR CREDITADO	3.601,37
COBRADO A MAIOR	2.415,45
NF 56012- ANEXO 11	DEZ/05
VALOR COBRADO	2.018,70
VALOR CREDITADO	1.884,19
COBRADO A MAIOR	134,51
TOTAL DE DEZEMBRO	3.146,36
TOTAL DO EXERCÍCIO	12.225,61

Já com relação aos anexos de números 12 a 21, informa que foram acatadas as alegações da defesa que resultaram nas seguintes reduções de valores da infração 02:

Março: R\$ 870,99-anexo 12; abril: R\$ 4,39 anexo 13; maio: R\$ 206,19-anexo 14; junho: R\$ 11,86 – anexo 15; julho: R\$1.684,36 – anexo 16; agosto: R\$ 105,75 – anexo 17; setembro: R\$ 6,75 – anexo 18; outubro: R\$ 15,42 – anexo 19; novembro: R\$ 522,23-anexo 20 e dezembro: R\$33,46 – anexo 21.

Assim, após acatar as alegações do contribuinte e deduzir da infração 02, os valores constantes dos anexos 01 a 21, esta passou a ter a seguinte configuração:

JAN/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 1.356,61
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 852,57
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 0,00
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 504,04
MAR/05	

VALOR ORIGINAL	R\$ 1.010,63
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 167,34
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 870,99
NOVO VALOR APÓS DEFESA	-R\$ 27,70
ABR/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 4.208,06
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 68,79
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 4,39
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 4.134,88
MAI/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 4.498,80
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 789,79
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 206,19
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 3.502,82
JUN/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 6.993,99
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 254,62
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 11,86
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 6.727,51
JUL/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 2.631,12
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 49,71
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 1.684,36
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 897,05
AGO/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 7.430,83
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 690,61
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 105,75
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 6.634,47
SET/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 3.204,01
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 60,74
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 6,75
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 3.136,52
OUT/05	

VALOR ORIGINAL	R\$ 8.066,29
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 4.120,13
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 15,42
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 3.930,74
NOV/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 8.941,03
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 2.024,95
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 522,23
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 6.393,85
DEZ/05	
VALOR ORIGINAL	R\$ 14.249,66
DEDUÇÃO ANEXO 01	R\$ 3.146,36
DEDUÇÃO ANEXO 02	R\$ 33,46
NOVO VALOR APÓS DEFESA	R\$ 11.069,84

Em relação à infração 03, salienta que o contribuinte em sua peça defensiva propõe preliminar de nulidade, ao argumento de que “o autuante, embora tenha tentado com esforço, não lograram êxito em derrubar a afirmativa do contribuinte, no sentido de que estava a empresa sob consulta (referente ao DECRETO Nº 7799/00), antes mesmo de iniciada a ação fiscal (os próprios autos comprovam isto!). Importante que seja observado que o auto de infração exige imposto relativo a supostos fatos geradores ocorridos desde JANEIRO/04”. Afirma ainda o contribuinte que “desta forma aplica-se ao caso retratado nestes autos, no tocante à infração 03, a determinação do art. 62, III do RPAF/99: Art. 62. A consulta eficaz produz os seguintes efeitos, exclusivamente em relação à matéria consultada: III – nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta”.

No tocante a Consulta da ASDAB, esclarece que após alguns comentários acerca das alterações introduzidas no Dec. 7799/00, que instituiu o benefício da redução da base de cálculo para atacadista da Bahia, a entidade consulente formula a seguinte consulta:

*‘Neste sentido, CONSIDERANDO:*

- o que dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 106, em especial no inciso II, letra “b”;*
- que a classificação fiscal CNAE – de atividade apenas identifica a atividade principal do estabelecimento empresarial e é ela que serve de identificação junto aos órgãos fazendários em todos os níveis;*
- que o fato de ter seu enquadramento fiscal não lhe impede de praticar outras atividades correlatas, como é o caso específico do comércio atacadista/distribuidor que servido de intermediário entre fabricantes e varejistas vê-se obrigado a trabalhar com outros artigos que não os exclusivos da classificação fiscal;*
- que o benefício fiscal instituído na Lei 7799/00 foi direcionado à atividade econômica e não a produtos comercializados e o Estado da Bahia, enquanto ente representativo de seus cidadãos, também se beneficiou com esta instituição*

*CONSULTA:*

*Está correta a manutenção do regime instituído no Decreto 7799/2000 para todas as mercadorias em se considerando que está sendo atendido plenamente o Artigo 5º do mesmo Decreto?*

*Salvador, 07 de janeiro de 2004'*

Destaca que a consulta foi respondida em 06/04/2004, através do Parecer Nº 169/2004, de 09/01/2004, pela parecerista CRISTIANE DE SENA COVA, com o seguinte teor:

*“Ementa: ICMS. Apenas as operações com mercadorias relacionadas aos CNAE's especificados no Anexo Único do Dec. Nº 7.799/2000 estão, a partir de 27/12/2002, amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo prevista no art. 1º do citado Decreto.*

*...  
Isto posto, considerando a alteração introduzida pelo Dec. nº 8.969/2004, temos dois tratamentos distintos a serem dispensados aos estabelecimentos atacadistas beneficiários do Dec. nº 7.799/2000, a depender da época de celebração do Termo de Acordo, ou seja:*

- 1) Para os contribuintes que firmaram Acordo até 26/12/2002, (antes da vigência do Dec. nº 8.409/2002, que restringiu a aplicação da redução de base de cálculo apenas para os produtos listados no Anexo Único do Dec. nº 7.799/2000), ficam convalidadas as operações de venda de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, efetuadas com redução de base de cálculo no período compreendido entre 27/12/2002 a 31/01/2004.*
- 2) Para os contribuintes que firmaram Acordo após 26/12/2002, já na vigência da restrição prevista no Dec. 8.409/2002, o benefício da redução de base de cálculo para as operações com os produtos de higiene, limpeza e conservação doméstica apenas alcançará as operações efetuadas a partir de 01/02/2004, data em que entrou em vigência o Dec. nº 8.969/2004.*

***Ressalte-se, por fim, que a partir de 01/02/2004 as operações realizadas pelos estabelecimentos atacadistas com produtos de higiene, limpeza e conservação doméstica terão tratamento idêntico, independentemente da data da assinatura do Termo de Acordo pelo contribuinte beneficiário.(GRIFAMOS).***

*É o entendimento.*

*De acordo. À Senhora Diretora de Tributação, para deliberação.*

*Gerente da GECOT.*

*Ratifico o entendimento expresso no parecer GECOT nº 169/2004, exarado no Processo nº 03002/2004-2. À INFAZ/IGATEMI, para as providências cabíveis, fazendo, inclusive, entrega de cópia do parecer retromencionado.*

*Diretora de Tributação.*

***Ratifico o parecer exarado neste processo:***

*Inspetor/Coordenador 06/04/2004 16:36:00 – RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS;*

*Gerente 06/04/2004 16:36:00 RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS*

*Diretor 06/04/2004 17:29:00 ELY DANTAS DE SOUZA CRUZ.”.*

Assevera que, como se vê, a ressalva final posta no Parecer 169/2004, é suficiente para derrubar todos os argumentos da impugnante, seja de ordem preliminar ou quanto ao mérito trazidos aos autos pelo contribuinte. Primeiro não existia consulta pendente de resposta, já que o parecer referido é de abril de 2004 e a fiscalização só veio a ser concluída em 28/09/2007 (fl. 1), enquanto que a ASDAB tomou ciência do teor da sua consulta em 01/06/2005, conforme documento extraído do sistema CPT da SEFAZ, folha 1073 dos autos; Segundo: as restrições quanto à aplicação do benefício de redução de base de cálculo, que resultaram no auto de infração que ora se discute, foram efetuadas com observância da data de 01/02/2004, ocasião, a partir da qual, independentemente da data da formalização do Termo de Acordo, entrou em vigor as restrições

contra as quais se debate a empresa impugnante, de modo que a nossa posição é no sentido de manter a infração tal como presente no auto de infração.

No tocante a infração 04, em relação ao mês de abril/2004, destaca que, na informação fiscal inicial, sua posição foi no sentido de manter a autuação no valor de R\$ 23.991,64, com vencimento estipulado para 25/05/2004, pois entendia que o valor constante do DAE no valor original de R\$ 24.413,33, referia-se a pagamentos relativos a antecipações parciais, cujo código de receita correspondente é 2175. Agora, com uma análise mais acurada dos documentos e à vista do que se percebe na folha 16 do presente PAF, verificou caber razão ao contribuinte também em relação a esta infração, pois de fato, na relação de DAEs do ano de 2004, consta realmente, tal valor, primeiramente com o código de receita 2175, sendo que em seguida, este mesmo valor aparece, agora com sinal de menos (estorno) e novamente aparece com o código 1145, agora com sinal positivo, fazendo-nos convencer que o dito pagamento referiu-se a pagamento de ICMS por antecipação tributária, das mercadorias relacionadas no anexo 89 do RICMS, aprovado pelo DEC. 6284/97, de modo que a infração 04, há de ser parcialmente excluída do Auto de Infração, prevalecendo apenas em relação ao valor de R\$ 7.899,68, com vencimento para 25/12/2005, haja vista que esse valor foi acatado pelo contribuinte, conforme pode ser constatado na folha 899 deste PAF.

Apresentamos a seguir, o novo demonstrativo de débito após as exclusões acatadas por ele como decorrência da peça de defesa ora discutida, reduzindo o valor do Auto de Infração para R\$214.606,36.

Data ocorr	Data vencto	Base de cálculo	Aliq%	Multa%	Valor histórico	Valor em real
30/06/2004	09/07/2004	1.917,41	17,00	60,00	325,96	325,96
31/07/2004	09/08/2004	2.152,94	17,00	60,00	366,00	366,00
31/08/2004	09/09/2004	424,76	17,00	60,00	72,21	72,21
30/09/2004	09/10/2004	450,70	17,00	60,00	76,62	76,62
31/10/2004	09/11/2004	9.358,82	17,00	60,00	1.591,00	1.591,00
30/11/2004	09/12/2004	745,23	17,00	60,00	126,69	126,69
31/12/2004	09/01/2005	295,82	17,00	60,00	50,29	50,29
31/01/2005	09/02/2005	83,52	17,00	60,00	14,20	14,20
31/03/2005	09/04/2005	1.248,88	17,00	60,00	212,31	212,31
31/05/2005	09/06/2005	2.365,82	17,00	60,00	402,19	402,19
30/06/2005	09/07/2005	1.838,76	17,00	60,00	312,59	312,59
31/07/2005	09/08/2005	2.668,47	17,00	60,00	453,64	453,64
31/08/2005	09/09/2005	1.506,88	17,00	60,00	256,17	256,17
30/09/2005	09/10/2005	2.649,64	17,00	60,00	450,44	450,44
31/10/2005	09/11/2005	183,23	17,00	60,00	31,15	31,15
30/11/2005	09/12/2005	733,52	17,00	60,00	124,70	124,70
31/12/2005	09/01/2006	4.981,82	17,00	60,00	846,91	846,91
31/01/2004	09/02/2004	1.764,29	17,00	60,00	299,93	299,93
31/03/2004	09/04/2004	75,52	17,00	60,00	12,84	12,84
30/04/2004	09/05/2004	1.634,94	17,00	60,00	277,94	277,94
31/05/2004	09/06/2004	4.173,70	17,00	60,00	709,53	709,53
31/01/2004	09/02/2004	22.919,41	17,00	60,00	3.896,30	3.896,30
28/02/2004	09/03/2004	20.855,29	17,00	60,00	3.545,40	3.545,40
31/05/2004	09/06/2004	3.303,17	17,00	60,00	561,54	561,54
30/06/2004	09/07/2004	1.526,41	17,00	60,00	259,49	259,49
31/07/2004	09/08/2004	2.416,88	17,00	60,00	410,87	410,87
31/01/2005	09/02/2005	2.964,94	17,00	60,00	504,04	504,04
30/04/2005	09/05/2005	24.322,82	17,00	60,00	4.134,88	4.134,88
31/05/2005	09/06/2005	20.604,82	17,00	60,00	3.502,82	3502,82
30/06/2005	09/07/2005	39.573,59	17,00	60,00	6.727,51	6.727,51

31/07/2005	09/08/2005	5.276,76	17,00	60,00	897,05	897,05
31/08/2005	09/09/2005	39.026,29	17,00	60,00	6.634,47	6634,47
30/09/2005	09/10/2005	18.450,12	17,00	60,00	3.136,52	3.136,52
31/10/2005	09/11/2005	23.122,00	17,00	60,00	3.930,74	3.930,74
30/11/2005	09/12/2005	37.610,88	17,00	60,00	6.393,85	6.393,85
31/12/2005	09/01/2006	65.116,71	17,00	60,00	11.069,84	11.069,84
31/01/2004	09/02/2004	214.881,70	17,00	60,00	36.529,89	36.529,89
28/02/2004	09/03/2004	49.523,58	17,00	60,00	8.419,01	8.419,01
31/03/2004	09/04/2004	73.494,11	17,00	60,00	12.494,00	12.494,00
30/04/2004	09/05/2004	5.735,00	17,00	60,00	974,95	974,95
31/05/2004	09/06/2004	75.665,29	17,00	60,00	12.863,10	12.863,10
30/06/2004	09/07/2004	99.304,47	17,00	60,00	16.881,75	16.881,75
31/07/2004	09/08/2004	109.447,17	17,00	60,00	18.606,02	18.606,02
31/08/2004	09/09/2004	1.363,23	17,00	60,00	231,75	231,75
30/09/2004	09/10/2004	2.232,52	17,00	60,00	379,53	379,53
31/10/2004	09/11/2004	567,64	17,00	60,00	96,50	96,50
30/11/2004	09/12/2004	1.337,47	17,00	60,00	227,37	227,37
31/12/2004	09/01/2005	1.354,88	17,00	60,00	230,33	230,33
31/01/2005	09/02/2005	1.862,82	17,00	60,00	316,68	316,68
28/02/2005	09/03/2005	2.004,52	17,00	60,00	340,77	340,77
31/03/2005	09/04/2005	988,41	17,00	60,00	168,03	168,03
30/04/2005	09/05/2005	938,00	17,00	60,00	159,46	159,46
31/05/2005	09/06/2005	1.282,41	17,00	60,00	218,01	218,01
30/06/2005	09/07/2005	642,82	17,00	60,00	109,28	109,28
31/07/2005	09/08/2005	760,52	17,00	60,00	129,29	129,29
31/08/2005	09/09/2005	1.024,23	17,00	60,00	174,12	174,12
30/09/2005	09/10/2005	925,23	17,00	60,00	157,29	157,29
30/11/2005	25/12/2005	46.468,70	17,00	60,00	7.899,68	7.899,68
30/04/2004	09/05/2004	141.785,23	17,00	60,00	24.103,49	24.103,49
31/05/2004	09/06/2004	6.507,47	17,00	60,00	1.106,27	1.106,27
30/06/2004	09/07/2004	519,47	17,00	60,00	88,31	88,31
30/11/2004	09/12/2004	1.990,11	17,00	60,00	338,32	338,32
31/10/2005	09/11/2005	3.480,94	17,00	60,00	591,76	591,76
31/03/2004	09/04/2004	1.207,88	17,00	60,00	205,34	205,34
30/04/2004	09/05/2004	4.302,64	17,00	60,00	731,45	731,45
30/06/2004	09/07/2004	3.237,00	17,00	60,00	550,29	550,29
31/07/2004	09/08/2004	2.223,23	17,00	60,00	377,95	377,95
31/08/2004	09/09/2004	2.940,41	17,00	60,00	499,87	499,87
31/12/2004	09/01/2005	436,41	17,00	60,00	74,19	74,19
28/02/2005	09/03/2005	2.264,88	17,00	60,00	385,03	385,03
31/03/2005	09/04/2005	3.645,29	17,00	60,00	619,70	619,70
30/04/2005	09/05/2005	441,17	17,00	60,00	75,00	75,00
31/05/2005	09/06/2005	4.937,52	17,00	60,00	839,38	839,38
31/08/2005	09/09/2005	15.112,05	17,00	60,00	2.569,05	2.569,05
30/09/2005	09/10/2005	7.208,94	17,00	60,00	1.225,52	1.225,52

**214.606,36**

**Total do débito (valor histórico):**

Após receber cópia do resultado da diligência, fls. 1081 à 1.094, em nova manifestação defensiva o autuado reitera sua alegação de que o autuante não conseguiu derrubar sua afirmativa de que a matéria em lide estava sob “CONSULTA”, antes mesmo do início da fiscalização, pois durante o período de 2004 o fisco ainda não tinha dado a resposta da consulta, fato que pode ser comprovado, através da intimação da resposta a referida consulta na data 17/05/2006 quando a



ASDAB recebeu resposta da consulta e não a data que consta no espelho de Pesquisa de Processos, na página 1073 deste processo.

Diz que o autuante limitou-se, relativamente à questão da consulta, a duas alegações, a saber: 1) Que o autuado já teria tomado ciência acerca da resposta dada à consulta e 2) Que a consulta seria ineficaz, por do art. 61, §1º, II, “c” e “d”, do RPAF/99, visto que a matéria consultada estaria disciplinada em ato normativo e já versaria sobre questão já resolvida por decisão administrativa ou judicial, em que o autuado teria figurado como parte ou interessado.

Observa que o Auto de Infração exige imposto relativo a supostos fatos geradores ocorridos desde JANEIRO/04. Desta forma aplica-se ao caso retratado nestes autos, no tocante a infração 03, a determinação do art. 62, III do RPAF/99, o qual transcreveu, além de citar doutrina sobre o tema. Entende que, com base no disposto no RPAF/99 e na melhor Doutrina, fica claro que não poderia ter sido lavrado Auto de Infração relacionado à questão sob consulta, vale dizer, à matéria tratada no DECRETO Nº 7.799/00.

Destaca que na infração 03 tem-se como matéria central, exatamente, o quanto disposto no DECRETO Nº 7.799/00 (basta se observar a própria redação das acusações fiscais, onde pode ser constada, inclusive, citação expressa de tal Decreto).

Reitera que a matéria ora em questão estava formalmente sob consulta, a qual, inclusive, nos termos previstos na legislação, pelo que deve prevalecer o disposto no art. 62, III, do RPAF/99. Assim, não poderiam ter sido lançadas, no presente Auto de Infração, as acusações ora defendidas, pelo que as mesmas devem ser julgadas nulas.

No mérito, aduz ilegalidade da restrição de determinados produtos, para efeito da aplicação do benefício fiscal concedido pelo decreto nº 7.799/00, transcrevendo seu artigo 1º, para embasar seu argumento de que é claro o suficiente, quando estabelece o direito ao benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único, que integra o citado Decreto, não havendo razão para não se considerar amparado pelo benefício, este ou aquele produto, já que, em todos os casos, as saídas dos mesmos é feito por contribuinte perfeitamente enquadrado na hipótese contida no caput do art. 1º do Decreto n.º 7.799/00, vale dizer, o autuado.

Salienta que na impugnação inicial declarou-se impedido de se defender mais especificamente quanto ao mérito da acusação, visto que o autuante não chegou a dizer, no Auto de Infração, por que motivo, exatamente, teria entendido que determinados produtos, objeto da autuação, não poderiam ser objeto do benefício instituído pelo Decreto nº 7.799/00. Na Informação Fiscal, oportunidade em que, ainda que tardiamente, o autuante poderia, finalmente, esclarecer este ponto, ele, simplesmente, omitiu-se a respeito. Não contestou, portanto, o fato alegado pelo sujeito passivo, no sentido de que o autuante não explicou, no Auto de Infração, por quais motivos teria entendido que determinados produtos, objeto da autuação, não poderiam ser objeto do benefício instituído pelo Decreto nº 7.799/00. Na Informação Fiscal, é que o autuante, ainda que de forma acanhada, tentaram explicar o teor das acusações fiscais, vale dizer, da infração 03. Destaca o teor do art. 18, §1º, do RPAF/99, para embasar sua alegação de que o mesmo não abre a possibilidade de correção de equívoco da natureza do cometido pelo autuante (falta de explicação, no próprio Auto de Infração, acerca do teor das acusações fiscais).

Ressalta que, para poder se defender amplamente das acusações colocadas no Auto de Infração, precisaria ter em mãos não somente a cópia de alguns documentos e algumas folhas constantes do Auto, mas sim cópia de todo o PAF. Posto isso, e entendendo que o Auto de Infração possui omissão e incorreção de natureza grave (e não apenas “eventual”), e a exigência não observada pelo autuante não é meramente formal, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigência de natureza substancial, pede-se pela decretação da nulidade do auto de infração, no tocante às infrações ora analisadas (infração 03).

Reitera o argumento de ilegalidade na restrição de certos produtos, relativamente a benefício fiscal (redução da base de cálculo) concedido pelo decreto n.º 7.799/00. Ressaltando que, no entendimento do autuante, o sujeito passivo teria feito uso de redução de base de cálculo relativamente a determinados produtos que, em face de modificações na redução original do Decreto n.º 7.799/00, não mais poderiam ser objeto deste benefício fiscal. Daí porque, os prepostos fiscais afirmaram que o contribuinte “aplicou indevidamente a redução da base de cálculo (...)”. Ocorre, porém, que, como advento do Decreto Estadual n.º 8.969, de 12 de fevereiro de 2004, passou a valer a regra pré-existente antes das alterações que retiraram determinadas mercadorias do rol dos produtos beneficiados. Em outras palavras, passaram a valer as regras que vigoravam quando da assinatura, pelo autuado, do seu Termo de Acordo perante à SEFAZ-BA.

*“O Decreto Estadual n.º 8.969/04, no seu art. 7º estabelece o seguinte:*

***Art. 7º Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto n.º 7.799/00, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se as regras vigentes na legislação á data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 31 de janeiro de 2004.*** (grifos não originais)”

Entende que, desta forma, não há como considerar validar a infração 03, por força do que expressamente está colocado pela própria legislação estadual aplicável á matéria.

Frisa que este órgão julgador já pacificou entendimento acerca da questão, no sentido de ser indevida a exigência tributária, por força do art. 7º do Decreto n.º 8.969/04, acima transcrito. A título de exemplo, e por ser uma decisão recente, o autuado trás á luz o ACORDÃO CJF Nº 0461-12/05, prolatado pela 2ª CJF, referente ao AI Nº 298575.1000/04-0, onde questão idêntica á tratada na infração 03 do presente Auto de Infração, ora em análise, foi objeto de julgamento.

Assevera que, no PAF logo acima citado, á infração em análise foi a de número 1, que foi assim descrita no Relatório da 1ª instância (ACORDÃO JJF Nº 0259-04/05, da 4ª JJF):

*‘Falta de recolhimento do imposto, em razão do contribuinte ter utilizado a redução da sua base de cálculo. Referente às mercadorias não relacionadas nos códigos de atividade, constantes o anexo único do Decreto n.º 7.799 (...)’.*

Relativamente a esta infração, a 4ª JJF, na decisão a quo, se pronunciou desta forma;

***‘No caso, entendo razão assistir ao impugnante. O decreto n.º 7.799/00 foi posteriormente, por diversas vezes modificado. Entretanto a sua redação original incluía a atividade econômica como código 5191-8/00 – comércio atacadista de mercadorias em geral. Nesta ocasião, não havia restrição a produtos, bastando que as saídas internas de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos, sob o código de atividade econômica constante do anexo único que integra o referido Decreto. Esta redação (original) teve efeitos até 26/12/02, quando, através do Decreto n.º 8.409/02, o benefício de redução da base de cálculo de 41,176% passou a ser condicionado á lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do citado anexo, mesmo que o contribuinte estivesse enquadrado no código 5191-8/01. Porém, mais uma vez, este decreto sofreu nova modificação. Com a alteração dada pelo Decreto n.º 8.969/04 (art. 7º), de 12/02/2004, não importando se por pedido ou não da ASDAB – Associação dos Distribuidores e Atacadistas do Estado da Bahia, o legislador baiano convalidou as referidas operações dos itens 1 a 17 do anexo único do Decreto n.º 7.799/00 (original), quando estabeleceu que se aplicam as regras vigentes na legislação á data da assinatura dos respectivos termos de acordo até 31 de janeiro de 2004.***

*(...)*

*... Este item da autuação não pode ser mantido... (grifos não originais)’*

Passa para apreciação do Recurso de Ofício, a 2ª CFJ, por decisão unânime, assim se pronunciou acerca da infração 1 do AI N.º 298575.1000/04-0:

*‘O Recurso de Ofício devolve a esta Câmara o exame dos itens 1, 3 e 9. **Nenhum reparo a fazer na Decisão originária.** No item 1, o benefício fiscal da redução da base de cálculo previsto no Decreto n.º 7.799/00, aplica-se aos produtos comercializados pelo autuado, em restrições, considerando que as disposições do Decreto Estadual n.º 8.969/04, em seu art. 7º (...).(grifos não originais)’*

O autuado trás á luz o ACORDÃO CJF N° 0304-11/06, prolatado pela 1ª CJF, referente ao AI N° 281078.0003/05-4, onde questão idêntica á tratada na infração 03 do presente Auto de Infração, ora em análise, foi objeto de julgamento.

Ao final, requer a nulidade ou a improcedência e a realização de diligência..

Em nova informação fiscal, fls. 1.100 à 1.106, o autuante frisa que efetuada a diligência, esta se encontra anexada ao PAF conforme pode ser verificado através das folhas 1057 a 1073, momento em que todas as alegações do contribuinte foram analisadas com a devida atenção, fazendo-se uma demonstração para cada um dos documentos fiscais citados pelo contribuinte, demonstrativo este que pode ser verificado cotejando-se as folhas de números 1059 1064, sendo novamente elaborado outro demonstrativo de débito, representado pelas folhas 1068 a 1069. Após as idas e vindas, através da diligência, este preposto fiscal acatou as razões defensivas postas pelo contribuinte em relação às infrações 02 e 04, restando em litígio o contido em relação à infração 03.

Destaca que, novamente é dada ciência ao contribuinte do resultado da diligência, mas o sujeito passivo tributário autuado continua irredutível em sua posição de não aceitar a imputação que lhe é imposta, em relação à referida infração, arguindo pela sua nulidade, ao fundamento, primeiro de que é tema submetido ao instituto da “Consulta Tributária”, portanto, estaria protegido contra ações do fisco.

Ressalta que desde a primeira informação fiscal, ao tecer suas considerações a respeito da litigada infração, o preposto fiscal já se posicionava pelo não acatamento dos argumentos defensivos sugeridos pelo contribuinte, já que a malfadada consulta a que tanto se apegava o contribuinte autuado, já recebera resposta em desfavor do contribuinte, conforme pode ser constatado cotejando-se a folha 855 do presente PAF, cujo inteiro teor, segue transcrito abaixo:

*“Da infração 03*

*Vale ressaltar que a consulta em questão foi protocolado junto à Secretaria da Fazenda do estado da Bahia pela ASDAB - Associação dos Distribuidores atacadistas da Bahia.*

*Ao analisarmos, contudo, o disposto no artigo 61 do RPAF, constatamos que a consulta referida foi INEFICAZ, uma vez que a matéria consultada já se encontrava disciplinada por ato normativo publicado antes, nos termos contido no artigo citado, senão vejamos:*

*“Art. 61. Não produzirá efeito a consulta que for declarada viciada de ilegitimidade de parte, inepta ou ineficaz.*

*§ 1º A consulta considera-se:*

*(...)*

*II – ineficaz, quando:*

*(...)*

*c) o ato ou fato estiverem disciplinados em ato normativo publicado antes da sua apresentação ou estiverem definidos expressamente em disposição literal de lei.”*

*De fato, o assunto da consulta já constava do Decreto 7799/2000, portanto, antes da formulação da consulta, daí a sua ineficácia, não surtindo qualquer efeito, daí*

*a procedência da autuação nos termos constantes do já referido auto de infração, em relação à infração 03.*

*Ademais, a consulta anexada aos autos é ineficaz, também, pelo fato de a mesma já ter sido anteriormente respondida à mesma entidade consulente, através do parecer 169/2004, em resposta a consulta anteriormente formulada versando sobre o mesmo tema”.*

Destaca que, naquela ocasião, embora tivéssemos afirmado que o processo de consulta já recebera parecer contrário aos interesses do contribuinte, não juntamos ao processo, provas materiais das nossas alegações. Ocorre, todavia, que na informação referente à diligência efetuada, anexamos ao presente processo, a resposta ofertada ao contribuinte, folhas 1070/1073, impressa a partir de consulta no Sistema de Controle de Pareceres Tributários, Parecer número 169/2004, elaborado em abril de 2004. Como o contribuinte está sempre a alegar que o tema da autuação estaria protegido contra ações fiscais, por encontrar submetido ao instituto da consulta tributária, fez juntar ainda ao processo, cópia impressa a partir do CPT, do mesmo Sistema de Controle de Pareceres Tributários da SEFAZ, dando conta de que foi dada ciência ao contribuinte em relação o processo de consulta número 00300220042, em data de 01/06/2005, constatável ao se cotejar a folha 1073 do presente Processo Administrativo Fiscal.

Lembra que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal estabelece que o contribuinte ao ser notificado de que uma consulta tributária sua não logrou o êxito desejado, terá 20 (vinte) dias para fazer a denúncia espontânea dos débitos que por ventura sejam apurados em relação ao tema submetido ao instituto da consulta. Conforme ficou sobejamente comprovado, o tema da autuação consignado na infração 03 do presente auto de infração, ficou desprotegido de ações da fiscalização, 20 (vinte) dias contados a partir de 01/06/2005, ou seja, a partir de 22/06/2005, desde que esta data tenha sido dia útil, com o regular funcionamento do órgão fazendário, já se encontrava passível de sofrer ação fiscal.

Reitera que a ação fiscal que resultou na lavratura do presente auto de infração teve início em 2006, portanto, em data bastante afastada do momento em que o tema consultado, perdeu o status de “*imune à ação fiscalizadora*”, fica sobejamente demonstrado, de forma cristalina, que os argumentos do contribuinte, utilizados no sentido de pugnar pela nulidade da infração tão arduamente perseguida, não merece amparo, não devendo ser acatada, haja vista de tratar-se de recurso meramente protelatório, contrário a vários princípios que regem o processo, dentre eles o princípio da boa fé, da economia processual e da celeridade, balizadores da boa técnica processual.

Quanto aos outros pedidos de nulidades, como os contidos na folha 1088, entende que também não devem ser acatados, pois desprovidos de fundamentação lógica material, haja vista que a infração está devidamente narrada no auto de infração. Tanto isto é verdade, que foi a partir das informações contidas no auto de infração, e acompanhadas das planilhas elaboradas, onde se encontram relacionadas todos os documentos fiscais que integram a referida infração, informações extraídas de arquivos magnéticos e livros fiscais cuja responsabilidade pela escrituração são de responsabilidade exclusiva do contribuinte. Ademais, em momento algum ao longo de todas as ocasiões em que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar, jamais alegou ou insinuou que seus registros magnéticos ou livros fiscais contivessem erros de escrituração de qualquer tipo.

Quanto ao mérito da autuação, diz que não cabe razão ao contribuinte autuado, pois toda a fiscalização foi efetuada na estrita observância do DECRETO 7799/2000, em consonância com a resposta dada à consulta tributária efetuada através do processo 00300220042, que resultou no Parecer 169/2004, cuja cópia já citada acima, encontra-se anexada ao presente PAF, presente às folhas 1070/1072, e toda a legislação do ICMS pertinente ao tema autuado.

Ao finalizar, destaca que o tema da autuação da infração 03, única agora pendente de discussão, já que as demais, ou foram acatadas pelo contribuinte, ou tiveram os argumentos da defesa acatados por este preposto fiscal, ficou cristalinamente comprovado, não encontrar-se protegido pelo instituto da consulta tributária, mantemos a referida autuação, de modo que o auto de infração permanece inalterado, sendo o seu valor, aquele presente no demonstrativo de débito contido nas folhas 1068 e 1069 do presente PAF.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que a autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto e acréscimos moratórios decorrente de 06 (seis) infrações.

As infrações 01, 05 e 06 foram reconhecidas pelo autuado, sendo o valor reclamado pago integralmente conforme extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária acostado às folhas 1046 a 1052 dos autos. Portanto, não existe lide em relação as mesmas, estando perfeitamente caracterizadas, razão pela qual entendo que devem ser mantidas no Auto de Infração em tela.

Assim, no presente caso, a lide persiste em relação as infração 02, 03 e 04.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o sujeito passivo exerceu seu direito de defesa na plenitude, tendo inclusive, em sua peça defensiva apontados diversos erros nos cálculos do autuante, acostando cópias de DAE's os quais foram acolhidos pelo autuante, em relação às infrações 02 e 04. Ademais, o contribuinte reconheceu as infrações 01, 05 e 06 integralmente e parcialmente a infração 04, além de não mais questionar os valores revisados relativos a infração 02. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação nulidade.

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de realização do estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Em sua defesa o autuante apontou diversos equívocos, os quais foram acolhidos pela autuante em sua 1ª informação fiscal, baseado nos documentos acostados nas peças defensivas, tendo o autuado recebido cópia do demonstrativo e silenciado quando ao novo valor apresentado, com o qual concordo, estando parcialmente caracterizada a infração, no valor de R\$ 55.605,32, conforme abaixo:

DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA %	ICMS DEVIDO
31/1/2004	9/2/2004	22.919,41	17	60	3.896,30
28/2/2004	9/3/2004	20.855,29	17	60	3.545,40
31/5/2004	9/6/2004	3.303,17	17	60	561,54
30/6/2004	9/7/2004	1.526,41	17	60	259,49
31/7/2004	9/8/2004	2.416,88	17	60	410,87
31/1/2005	9/2/2005	2.964,94	17	60	504,04
30/4/2005	9/5/2005	24.322,82	17	60	4.134,88
31/5/2005	9/6/2005	20.604,82	17	60	3.502,82
30/6/2005	9/7/2005	39.573,59	17	60	6.727,51
31/7/2005	9/8/2005	5.276,76	17	60	897,05
31/8/2005	9/9/2005	39.026,29	17	60	6.634,47
30/9/2005	9/10/2005	18.450,12	17	60	3.136,52
31/10/2005	9/11/2005	23.122,00	17	60	3.930,74
30/11/2005	9/12/2005	37.610,88	17	60	6.393,85
31/12/2005	9/1/2006	65.116,71	17	60	11.069,84
<b>TOTAL INFRAÇÃO 02</b>					<b>55.605,32</b>

Na infração 03 é imputado ao autuado o recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a matéria estava sob consulta realizada pela ASDAB e diz não concordar da restrição imposta pelo Decreto nº 7.799/00, pela Alteração introduzida pelo Decreto nº 8.969/2004.

Alegação do sujeito passivo de que existiria um consulta sem resposta sobre a matéria não se sustenta frente a prova acostado aos autos, pois o Parecer nº 169/2004 data de abril de 2004, enquanto que a ASDAB tomou ciência do teor da sua consulta em 01/06/2005, conforme documento extraído do sistema CPT da SEFAZ, folha 1.073 dos autos, enquanto que o Auto de Infração somente foi lavrado em 28/09/2007. Assim, mesmo que o autuado estivesse amparado pela consulta, fato de não foi comprovado em sua peça defensiva, esta não deixou de produzir os efeitos das consulta deste junho de 2005.

Em relação aos efeitos do Decreto nº 8.969/2004, que alterou o Decreto nº 7.799/2000, devemos observar a resposta constante do Processo de Consulta, consignado no Parecer nº 169/2004, de 09/01/2004, emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA.

Consta do referido parecer que, em razão da *alteração introduzida pelo Dec. nº 8.969/2004, temos dois tratamentos distintos a serem dispensados aos estabelecimentos atacadistas beneficiários do Dec. nº 7.799/2000, a depender da época de celebração do Termo de Acordo, ou seja:*

Na primeira, para os contribuintes que firmaram Acordo até 26/12/2002, (antes da vigência do Dec. nº 8.409/2002, que restringiu a aplicação da redução de base de cálculo apenas para os produtos listados no Anexo Único do Dec. nº 7.799/2000), ficam convalidadas as operações de venda de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, efetuadas com redução de base de cálculo no período compreendido entre 27/12/2002 a 31/01/2004.

Na segunda, Para os contribuintes que firmaram Acordo após 26/12/2002, já na vigência da restrição prevista no Dec. 8.409/2002, o benefício da redução de base de cálculo para as operações com os produtos de higiene, limpeza e conservação doméstica apenas alcançará as operações efetuadas a partir de 01/02/2004, data em que entrou em vigência o Dec. nº 8.969/2004.

Foi ressaltado, ainda, no referido parecer, que a partir de 01/02/2004 as operações realizadas pelos estabelecimentos atacadistas com produtos de higiene, limpeza e conservação doméstica terão tratamento idêntico, independentemente da data da assinatura do Termo de Acordo pelo contribuinte beneficiário.

Logo, entendo que todas as operações objeto da autuação constantes na infração 03, ocorridas a partir de 01/02/2004 são procedentes, por estarem amparadas no Dec. nº 8.969/2004, que alterou o Decreto nº 7.799/2000, conforme Parecer DITRI Nº 169/2004.

Entretanto, apesar do auditor autuante ter assevera que somente foi objeto de autuação os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004, observei que foi incluído na infração o R\$ 36.529,89 com data de ocorrência de 31/01/2004, o qual deve ser excluído da infração 03.

Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$73.177,24 , conforme abaixo:

DATA OCORR	DATA VENCTO	BASE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA %	ICMS DEVIDO
28/2/2004	9/3/2004	49.523,58	17	60	8.419,01
31/3/2004	9/4/2004	73.494,11	17	60	12.494,00
30/4/2004	9/5/2004	5.735,00	17	60	974,95
31/5/2004	9/6/2004	75.665,29	17	60	12.863,10
30/6/2004	9/7/2004	99.304,47	17	60	16.881,75
31/7/2004	9/8/2004	109.447,17	17	60	18.606,02
31/8/2004	9/9/2004	1.363,23	17	60	231,75
30/9/2004	9/10/2004	2.232,52	17	60	379,53

31/10/2004	9/11/2004	567,64	17	60	96,50
30/11/2004	9/12/2004	1.337,47	17	60	227,37
31/12/2004	9/1/2005	1.354,88	17	60	230,33
31/1/2005	9/2/2005	1.862,82	17	60	316,68
28/2/2005	9/3/2005	2.004,52	17	60	340,77
31/3/2005	9/4/2005	988,41	17	60	168,03
30/4/2005	9/5/2005	938	17	60	159,46
31/5/2005	9/6/2005	1.282,41	17	60	218,01
30/6/2005	9/7/2005	642,82	17	60	109,28
31/7/2005	9/8/2005	760,52	17	60	129,29
31/8/2005	9/9/2005	1.024,23	17	60	174,12
30/9/2005	9/10/2005	925,23	17	60	157,29
TOTAL DA INFRAÇÃO 03					73.177,24

Na infração 04 é imputado ao autuando a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

O artigo. 371, do RICMS/97, determina que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação.

Em sua defesa o autuado apontou diversos equívocos no levantamento fiscal, por não ter considerados vários recolhimentos e existência de erros na soma dos mesmos, tais como:

- abril de 2004 - não considerou o pagamento no valor de R\$24.413,33, que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa, bem como o extrato de pagamento de tributo emitido pela SEFAZ-BA;
- junho de 2004 - o fisco não considerou os pagamentos nos valores de R\$20.848,50 e R\$1.455,36, referentes NFS 147040 e 147041 que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa, ainda pode verificar que existem DAES de antecipação tributária quitados a favor da autuada que somente a figura de um revisor poderá comprovar;
- novembro de 2004 - o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$11.714,86, referente NF 195183 que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa;
- fevereiro de 2005 - o fisco não considerou o pagamento no valor de R\$904,93, referente NF 385981, que pode ser comprovado através da guia de recolhimento que anexa;
- maio de 2005 - o fisco através do seu relatório o valor recolhido arrecadado neste mês foi de R\$98.648,70, que está errado, somando DAE's pagos da substituição tributária dá um total de R\$ 116.872,94, que demonstra através de planilhas, fl. 801. Diz que é de se observar nos documentos fiscais de entrada a retenção pelo fornecedor ou recolhimento anexo que resultará um saldo credor para a autuada de R\$5.760,37.

Em sua 1ª informação fiscal, fls. 853 a 858, o fiscal autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, excluindo da infração os débitos relativos aos meses de junho de 2004, novembro de 2004, fevereiro de 2005 e maio de 2005.

O PAF foi convertido em diligência, tendo o autuante às folhas 1.057 a 1.069 acatado opinado pela exclusão da parcela relativa ao mês de abril de 2004, estacando que com uma análise mais acurada dos documentos e à vista do que se percebe na folha 16 do presente PAF, verificou caber razão ao contribuinte também em relação a esta infração, pois de fato, na relação de DAES do ano de 2004, consta realmente, tal valor, primeiramente com o código de receita 2175, sendo que em

seguida, este mesmo valor aparece, agora com sinal de menos (estorno) e novamente aparece com o código 1145, agora com sinal positivo, fazendo-nos convencer que o dito pagamento referiu-se a pagamento de ICMS por antecipação tributária, das mercadorias relacionadas no anexo 89 do RICMS, aprovado pelo DEC. 6284/97, de modo que a infração 04, há de ser parcialmente excluída do Auto de Infração, prevalecendo apenas em relação ao valor de R\$ 7.899,68, com vencimento para 25/12/2005, haja vista que esse valor foi acatado pelo contribuinte, conforme pode ser constatado na folha 899 deste PAF.

Logo, acolho integralmente o resultado da diligência, uma que o sujeito passivo comprovou que já havia recolhido os valores reclamados relativos aos meses de abril/2004, junho/2004, novembro/2004, fevereiro/2005 e maio de 2005, fato que foi constatado pelo autuante, na informação fiscal inicial e na diligência determinado por essa junta.

Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 7.899,68, relativa ao mês de novembro de 2005, devendo ser excluídas as demais parcelas da infração 04.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$178.076,47, conforme abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDÊNCIA	7.013,31
2	PROCEDÊNCIA EM PARTE	55.177,24
3	PROCEDÊNCIA EM PARTE	73.177,24
4	PROCEDÊNCIA EM PARTE	7.899,68
5	PROCEDÊNCIA	25.636,39
6	PROCEDÊNCIA	8.744,53
TOTAL		178.076,47

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0001/07-0**, lavrado contra **ATACADÃO RECONCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 169.331,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “a”, “d” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além dos acréscimos moratórios no valor de **R\$ 8.744,53**, previsto no art. 42, VIII, da citada Lei, devendo ser homologado os valores efetivamente 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 RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA