

A. I. Nº - 108880.0402/08-0
AUTUADO - FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19. 07. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0185-01/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS NA ESCRITA FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Comprovado o ilícito fiscal. Infração subsistente em parte, após adequação à forma de apuração prevista em Regime Especial. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Referente à omissão de saídas apurada no item anterior. Infração mantida. 4. ESTORNO DE DÉBITO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito ao estorno de débito em desacordo com a legislação do ICMS, enquanto a matéria fática é referente a erro na aplicação da alíquota. A autuação foi feita de modo equivocado, não sendo possível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 1.039.178,49, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.171,55, acrescido da multa de 60%. Consta que a empresa utilizou crédito integral de ICMS na aquisição de energia elétrica quando o correto seria utilizar o percentual consumido no processo industrial. Acrescenta-se que a empresa não apresentou laudo técnico a respeito da apropriação do consumo de energia elétrica na Produção e Administração, porém, no livro Razão foi detectado o lançamento na conta 00186-0 – Custos Gerais de Produção – Força o equivalente a 80%, enquanto na conta 00822-1 – Despesas Administrativas – Força os restantes 20%;
2. Omissão de saídas de mercadorias e serviços decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros próprios, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 484.392,13, acrescido da multa de 70%. Consta que a empresa deixou de lançar no livro Registro de Saídas de Mercadorias diversas notas fiscais emitidas para a empresa EBAL e, conseqüentemente, no livro Registro de Anuração do ICMS;
3. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo, em decorrência das operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuir

nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 406.371,30, acrescido da multa de 150%. Consta que houve falta de recolhimento do ICMS relativo a saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios, caracterizada na infração 02, cujas notas fiscais estão anexadas ao presente. Acrescenta-se que tudo conforme demonstrativo de notas fiscais não escrituradas destinadas à EBAL, cópias de livros e documentos fiscais (Anexo 03);

4. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de março, agosto a dezembro de 2004, fevereiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 138.243,51, acrescido da multa de 60%. Consta que a empresa é beneficiária de Regime Especial para apuração do ICMS de acordo com o disposto no inciso II – alínea “c” do Parecer GECOT 2965/2001 que diz: *“Como débito de imposto a requerente aplicará a carga tributária de 7% sobre o valor total mensal das saídas internas de massas e biscoitos, e a alíquota de 12% sobre o valor total mensal das saídas interestaduais.”* Acrescenta-se que a empresa utiliza o critério de lançamento no livro Registro de Saídas com as alíquotas normais de cada operação sendo posteriormente estornados estes valores no livro RAICMS conforme determina o parecer acima citado. Consta ainda que diversas saídas interestaduais ocorreram erroneamente com a alíquota de 7% e registradas no livro Registro de Saídas com esta divergência, sendo esta uma das razões do lançamento a mais.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação (fls. 942 a 962), esclarecendo que, relativamente à infração 01, aproveitou o benefício da redução da multa para pagamento do crédito tributário no prazo de 10 dias contados da ciência da autuação, tendo sido integralmente requerido o parcelamento e concedida a moratória, com a quitação da 1ª prestação a título de sinal e princípio de pagamento, conforme se poderá comprovar no banco de dados do sistema de cobrança da própria Secretaria da Fazenda.

Referindo-se às infrações 02 e 04, diz que também se valeu da mesma prerrogativa para realizar o parcelamento de parte do débito. Acrescenta quanto à infração 02, que reconheceu como devido e realizou o parcelamento do valor de R\$ 282.560,43, correspondente a incidência da alíquota de 7% sobre as notas fiscais não escrituradas destinadas a EBAL. Com relação à infração 04, esclarece que apenas reconhece como devida as parcelas do mês de março/2004 no valor de R\$ 227,25 e no mês de fevereiro/2005 o valor de R\$ 1.081,24.

No respeitante aos valores exigidos na infração 03 e ao restante das infrações 02 e 04, manifesta o entendimento de que foram cometidos erros de interpretação dos fatos e nos levantamentos fiscais, especialmente quantos as alíquotas aplicadas.

Prosseguindo, sustenta que o Auto de Infração é nulo, em decorrência de ofensa aos princípios da primazia da realidade e da tipicidade cerrada, conforme as razões que apresenta.

Argúi a nulidade do lançamento referente à infração 04, sob o argumento de que a acusação fiscal de “estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto”, não está em conformidade com a descrição dos fatos ditos irregulares para efeito de tributação segundo a norma apontada com infringida. Afirma que da leitura do enquadramento legal da infração, no caso, art. 112 e 113 do RICMS/BA, verifica-se que estes tratam exclusivamente das hipóteses em que o débito fiscal poderá ser estornado ou anulado, inexistindo no seu livro Registro de Apuração do ICMS qualquer estorno que pudesse sustentar a infração a tais dispositivos.

Invoca e reproduz o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, bem como o Acórdão JJF N. 0252-04/05, para requerer a nulidade da infração

Diz que nesta hipótese não há de se aplicar o art. 19 do RPAF, haja vis

e inadequação na indicação do dispositivo legal supostamente infringido, a descrição fática em nada ajuda na elucidação da tipificação da infração que a autuante reputa como ocorrida.

Requer seja declarada a nulidade da infração 04.

Atacando o mérito da autuação, pede que seja realizada revisão do lançamento, pelas razões que passa a expor.

Reportando-se à infração 02, assevera que a autuante se equivocou no tocante a aplicação da alíquota de 12% para apuração do imposto normal, resultando em excesso de cobrança, tendo em vista que tem assegurada a alíquota de 7% para apuração do imposto devido pelas saídas internas de massas alimentícias e biscoitos, conforme a alínea “c” do inciso II do Regime Especial-Parecer GECOT 2965/2001, o qual transcreve.

Salienta que, além do Parecer GECOT 2965/2001, também o RICMS/BA fixa em 7% a alíquota aplicável sobre as saídas de macarrão (gênero no qual se inclui massas em geral, como o talharim e massas para lasanha) o qual comercializa. Cita e reproduz a alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS, para fundamentar o ser argumento.

Diz que, por consequência, o valor efetivamente devido em razão da infração 02 é obtido mediante a aplicação da alíquota de 7% sobre a base de cálculo apurada e reputada como devida, conforme demonstrativo que apresenta. Acrescenta que o anexo 2 do Auto de Infração, no tocante a apuração do ICMS Normal, está em desacordo com a norma aplicável as saídas internas de massas alimentícias e biscoitos, representando excesso de exigência de imposto no valor de R\$ 201.831,70, significando dizer que o total da infração 02 seria de R\$ 282.560,43 ao invés de R\$ 484.392,13. Ressalta que o valor de R\$ 282.560,43 foi reconhecido e parcelado.

Requer que seja reconhecida a improcedência parcial da infração 02, de sorte a fazer incidir sobre a base de cálculo apurada a alíquota de 7%, perfazendo a quantia de R\$ 282.560,43, como valor total devido a este título, o qual já foi objeto de parcelamento.

Rechaçando a infração 03, consigna que esta decorre da infração 02, sendo apurada a repercussão da omissão de saídas no tocante ao ICMS POR SUBSTITUIÇÃO, como disse autuante: *“relativos às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”*. Tanto que o levantamento fiscal é o mesmo do Anexo III da infração 04.

Frisa que se a autuante informou que se trata de operações internas, incorreu em erro o levantamento fiscal com aplicação da alíquota de 17%, uma vez que para o ICMS SUBSTITUÍDO RETIDO NA FONTE, a carga tributária está referenciada a alíquota diferenciada aplicada sobre o valor total mensal das saídas internas de massas e biscoitos, ao teor da alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS, bem como da alínea “c” do inciso II, do regime especial PARECER GECOT Nº 2965/2001, como tratado anteriormente, além de norma específica contida no próprio RICMS (art. 96, XXV, art. 506-E e seu parágrafo primeiro, inciso II) e art. 8º do Decreto nº 10.066/06.

Registra que a norma aplicável ao caso prescreve regras de reapuração e de recolhimento, não importando o valor do destaque de imposto contido na nota fiscal.

Afirma que está majorada toda a apuração do imposto relativo à infração 03, não podendo ser aceito o excesso de cobrança em frontal desobediência ao REGIME ESPECIAL e legislação vinculada, do qual não poderia a autuante se afastar.

Evoca o Decreto n. 11.124, o qual alterou a redação do inciso XXV do art. 96 do RICMS, concedendo o crédito presumido do ICMS no percentual de 9,72%, ao estabelecimento industrial que não pertença a empresa que possua filial ou matriz enquadrada no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVIC hipótese deve ser enquadrado.

Manifesta o entendimento de que o citado decreto possui caráter inter

disposto no art. 506-E e se § 1º, inciso II do RICMS, e art. 8º do Decreto nº 10.066/06, e que objetiva equalizar o desequilíbrio entre contribuintes do mesmo ramo de atividade provocada pelo Decreto 8.205/02, razão pela qual lhe permite utilizar crédito equivalente a 9,72% na apuração do ICMS substituído devido, de sorte a diminuir o valor cobrado, conforme “Demonstrativo de Reconciliação do Apuração do ICMS” referente à infração 03.

Pede que seja realizada revisão do levantamento fiscal com a aplicação da alíquota diferenciada, assim como, a redução da multa por ação fiscal para 70%. Solicita ainda que a quitação de eventual saldo a pagar de “ICMS POR SUBSTITUIÇÃO” possa ocorrer mediante a compensação com os saldos credores acumulados, consoante o inciso XXV do art. 96 e art. 506-E e seu § 1º, inciso II do RICMS/BA, combinado com o art. 8º do Decreto nº 10.066/06.

Continuando, alega que a multa de 150% indicada na infração 04 é confiscatória, em razão de suplantar em muito o valor do imposto, manifestando o entendimento de que a multa aplicável seria de 70%, pela falta de lançamento da nota fiscal nos livros fiscais, e sua conformação com a tipicidade do art. 42, inciso III da Lei n.7.014/96, cujo teor reproduz.

Aduz que a redução da multa se justifica em razão de o imposto embora destacado na nota fiscal, não representar o efetivamente devido e que deverá ser recolhido, pois o Parecer GECOT nº 10.066, 10.156 e 11.124, permitem a reapuração do ICMS por substituição tributária referente às operações subseqüentes e o direito de compensação com os saldos credores do ICMS Normal.

Alega que o ICMS por substituição tributária possui a mesma natureza do ICMS Normal, pois, embora graficamente registrados em contas diversas no livro de Registro de Apuração do ICMS, em verdade os respectivos saldos apurados ao final de cada mês se consolidam para efeito de balanço de encerramento do período de apuração, e, portanto, individualmente podem ser enquadradas como da mesma espécie.

Reitera que a multa cabível na infração 03 deverá guardar a mesma proporcionalidade da infração 02 (70%), em face do vínculo do saldo do ICMS Normal da apuração do ICMS efetivamente devido por Substituição Tributária nas operações subseqüentes.

Rechaçando a infração 04, sustenta a sua improcedência em decorrência do equívoco incorrido quanto à alíquota aplicável, por se tratar de operação interestadual destinada ao consumidor final.

Registra que, apesar de a infração ter sido objeto de argüição de preliminar de nulidade, cumpre-lhe tecer algumas razões pelas quais, ainda que a questão referente a nulidade seja superada, demonstrarão a sua improcedência parcial.

Transcreve a descrição dos fatos desta infração, para afirmar que contrariamente ao entendimento da autuante, a alíquota aplicável nas operações interestaduais de circulação de mercadorias, massas e biscoitos, no caso em tela é 7%.

Afirma que tal alíquota é definida em razão dos destinatários dessas saídas que, com exceção das quantias já reconhecidas como devidas e parceladas como dito no tópico 1, são órgãos públicos da administração direta dos Estados de Sergipe, Alagoas, e Paraíba (Secretaria da Educação, Desportos e Lazer), os quais são consumidores finais das mercadorias.

Acrescenta que, desta forma, incide a regra de que na hipótese de a operação destinar bens a consumidor final, portanto, que não é contribuinte de ICMS, localizado em outro Estado da Federação deve ser adotada a alíquota interna, em conformidade com o inciso VII do § 2º art. 155 da Constituição Federal, o qual transcreve.

Reitera que em razão de expressa previsão constitucional a alíquota a ser utilizada no caso em concreto deve ser a interna de 7%, em razão da essencialidade das mercadorias, a disposição contida na alínea “a”, do inciso I, do art. 51 do RICMS (Regime Especial para biscoitos e massas alimentícias) e suas altera

tratado.

Invoca o princípio da hermenêutica jurídica da especialidade, para argumentar que, uma vez que há norma com previsão expressa e específica da alíquota de 7% a ser aplicada nas operações internas que realiza, não pode a autuante fazer prevalecer a alíquota de 12%, genericamente prevista no inciso II do art. 50 do RICMS, para operações interestaduais de saídas de bens destinadas a contribuintes do imposto, o que não corresponde a realidade fática deste processo.

Assevera que, uma vez que a carga tributária para as operações internas que realiza é de 7% e em razão da previsão constitucional pela qual deve ser aplicada a mesma alíquota efetiva nas operações em que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outro Estado e não seja contribuinte de ICMS, outra não pode ser a conclusão senão pela aplicação desta alíquota, de 7%, sobre as saídas, como regularmente realizou. Acrescenta que, a incidência desta alíquota está destacada em cada uma das notas fiscais emitidas, conforme resta comprovado pela própria descrição fática da infração apresentada pela autuante ao afirmar que “diversas saídas interestaduais saíram erroneamente com a alíquota de 7%”.

Sustenta que, não foi efetuado o estorno de 5% afirmado pela autuante e objeto do Auto de Infração, tendo sido destacada a carga de 7% sobre as saídas para consumidor final com a finalidade da operação de débito do imposto e recolhimento, conforme pode ser observado nas notas fiscais.

Destaca que o procedimento adotado não causou qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, uma vez que ficou mantida a carga tributária de 7% correspondente as operações internas, o que configura exação indevida, devendo ser a realização de lançamento envolvendo as comprovadas saídas interestaduais para consumidores finais.

Conclui requerendo a improcedência parcial da infração 04 para declarar a inexigibilidade da exação ali imposta com incidência da alíquota de 12%, com exceção dos valores de R\$ 227,25 e R\$ 1.081,24, referentes, respectivamente, aos meses de março/2004 e fevereiro/2005, os quais se referem ao montante de saídas destinadas a contribuintes de ICMS, razão pela qual a aplicação da alíquota de 12%, cujo parcelamento já foi realizado.

Finaliza a sua peça defensiva, requerendo a nulidade da infração 04 ou, a sua improcedência parcial. Requer ainda a improcedência parcial da infração 02, e a realização de revisão fiscal da infração 03, com a re-apuração do imposto devido obedecendo ao percentual de rebate autorizado pelo RICMS/BA, assim como, que a quitação de eventual saldo a pagar de ICMS por substituição se dê mediante a compensação com os saldos credores acumulados de ICMS normal, conforme o inciso XXV do art. 96 e art. 506-E, §1º do RICMS/BA e do art. 8º do Decreto n. 10.066/06. Pede ainda a redução da multa da infração 03 para o percentual de 70%, calculada sobre o saldo remanescente, conforme demonstrativo de débito apresentado.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 971 a 990, na qual contesta as alegações defensivas, esclarecendo inicialmente que o autuado tem como atividade a fabricação de massas e biscoitos, sendo beneficiária de Regime Especial para apuração e recolhimento do imposto efetivamente devido por antecipação tributária nas entradas de farinha de trigo, massas alimentícias e biscoitos, conforme disposto no Parecer GECOT 2965/2001, cujo teor reproduz.

Registra que o impugnante reconhece totalmente o cometimento da infração 01, e parcialmente as infrações 02 e 04, aproveitando o benefício da redução da multa para pagamento do crédito tributário no prazo de 10 dias contados da ciência da autuação, requerendo parcelamento.

Esclarece que na infração 02 foi reconhecido como devido o valor de R\$ 282.560,43 correspondente à incidência da alíquota de 7% sobre notas fiscais não escrituradas destinadas a EBAL, enquanto na infração 04, apenas uma pequena parcela foi reconhecida como realizadas a contribuintes, sendo que as demais foram destinadas a reconhecer a imposição.

Frisa que o autuado entra em contradição ao reconhecer parte do débito desta infração, porém, argúi a sua nulidade. Acrescenta que a alegação defensiva de ter recorrido a planilha e esta não conter informações necessárias ao entendimento da exigência fiscal, mais uma vez acentua a contradição do contribuinte, pois este pode analisar e entender o que estava sendo exigido tanto que reconheceu parte do débito desta infração. Invoca e transcreve os arts. 18 e 19 do RPAF/99 que tratam de nulidade.

Prosseguindo, diz que acata as alegações defensivas referentes à infração 02, para aplicação da alíquota de 7% em vez de 12%, pois, em conformidade com o disposto no inciso II – alínea “c” do Parecer GECOT 2965/2001. Contudo, discorda com relação ao valor devido que é de R\$ 283.218,33 em vez de R\$ 282.560,43 reconhecido pelo autuado. Apresenta novo demonstrativo de débito desta infração calculado à alíquota de 7%. Observa que à infração 02 caracteriza-se como crime contra a ordem tributária, conforme disposto no art. 1º - inciso II da Lei 8.137/90.

No que concerne à infração 03, sustenta que não houve erro no levantamento fiscal com aplicação da alíquota de 17%, pois, o dispositivo que trata da apuração do imposto devido nas operações subsequentes – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA é o constante no inciso III do Parecer GECOT 2965/2001, ou seja, o critério utilizado no levantamento da infração que é: aplicação da alíquota interna (17%), deduzido do valor equivalente a 12% do valor da operação própria. Acrescenta que o impugnante solicita que seja feita a reapuração do imposto através da conta corrente fiscal, abatendo-se dos saldos credores existentes à época o valor do imposto devido por SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, porém, como pode ser verificado nos livros Registros de Apuração do ICMS 2004 e 2005 estes valores acumulados já foram absorvidos pelas operações escrituradas ao longo do período fiscalizado, conforme cópias dos livros anexadas às fls. 848 a 899.

Continuando, afirma que o Decreto 11.124 que alterou a redação do inciso XXV do art. 96 do RICMS estabelecendo o crédito presumido do ICMS de 9,72% ao estabelecimento industrial que não pertença a empresa que possua filial ou matriz enquadrada no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, só tem validade a partir de 01/07/2008, conforme disposto nos arts. 96 e 506-E § 1º, inciso II do RICMS/BA, conforme reproduz.

Quanto ao argumento do impugnante de ser a multa de 150% exorbitante cabendo a aplicação da multa de 70%, ressalta que o imposto devido nesta infração refere-se a imposto retido e não escriturado, conseqüentemente não recolhido, o que caracteriza crime contra a ordem tributária, conforme disposto no art. 2º, inciso II da Lei 8.137/90, cujo teor transcreve.

Relativamente à infração 04, registra que a arguição pela improcedência parcial está baseada no fato de ter o autuado realizado operações de vendas ao consumidor final em outra unidade da Federação à alíquota de 7%, por ser esta a prevista para as operações internas conforme disposto no inciso II, alínea “c” do Regime Especial concedido através do Parecer GECOT 2965/2001 e haver previsão na Constituição Federal no art. 155, inc. VII, alínea “b”, contudo, a alíquota interna prevista de acordo com o RICMS é de 17% e o Parecer que concede o regime especial prevê 7% sobre as saídas internas e 12% sobre as saídas interestaduais, não determinando se para contribuintes ou consumidores finais.

Assevera que a disposição do art. 51, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA que trata de alíquota especial para operações internas de diversos produtos, entre eles o macarrão, não se aplica aos biscoitos e que no caso do autuado a alíquota de 7% nas operações internas para biscoitos encontra amparo no Parecer GECOT 2965/2001.

Sustenta que o procedimento utilizado pela empresa para escrituração do livro RAICMS, bem como emissão dos documentos fiscais não é o previsto no Parecer GECOT 2965/2001, pois este prevê:

- como débito de imposto a requerente aplicará a carga tributária de saídas internas de massas e biscoitos, e a alíquota de 12% sobre o interestaduais;

- o documento fiscal referente às operações internas não conterá o destaque do ICMS relativo à operação própria e que referente às operações interestaduais com os produtos derivados da farinha de trigo elencados no subitem 11.4 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA conterá o destaque do ICMS exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subseqüentes, a serem realizadas na unidade federada de destino.

Contudo, o autuado destaca o ICMS nas operações internas destinadas a EBAL e escritura no livro RAICMS o débito do ICMS constante nos documentos fiscais, utilizando o artifício de calcular os valores do imposto devido nas operações internas e interestaduais conforme previsto no Regime Especial à parte, e lançar como “Outros Créditos” a diferença apurada entre os valores destacados nos documentos fiscais e o valor efetivamente devido.

Consigna que pelo critério utilizado pelo autuado há o destaque da alíquota do imposto nas saídas interestaduais para consumidor final de 7% burlando desta forma o previsto no Regime Especial concedido.

Finaliza dizendo que acata as razões defensivas relativas à infração 02 e mantém as infrações 03 e 04, conforme explicitado, alertando com relação a infração 03 que o imposto foi retido e não recolhido, por não terem sido escriturados as notas fiscais, caracterizando apropriação indébita.

Intimado o autuado para ciência sobre a informação fiscal este se manifesta às fls. 1001 a 1010, dizendo que a autuante acolheu as razões apresentadas relativas à infração 02, pois, erroneamente fez incidir a alíquota de 12% (doze por cento) sobre as saídas. Acrescenta que a manifestação se restringe ao valor reputado como devido após a utilização da alíquota de 7% (sete por cento) sobre as saídas e à planilha apresentada em anexo às informações prestadas.

Destaca que a divergência entre a planilha constante nas informações prestadas pela autuante e aquela que elaborou constante no corpo da impugnação apresentada, se restringe ao valor devido no mês de dezembro de 2005.

Sustenta que a diferença supostamente existente seria de R\$ 656,25, uma vez que o valor apurado como devido pela Fiscalização seria de R\$ 13.804,35, enquanto no seu entendimento o valor devido é R\$ 13.148,10.

Diz que o seu cálculo foi realizado pela incidência da alíquota de 7% sobre a base de cálculo constante no próprio Auto de Infração, qual seja, R\$ 187.830,00.

Aduz que o valor apontado pela autuante na informação fiscal, não espelha a base de cálculo de R\$ 187.830,00, que deve ser considerada para fins de exigência do ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias no mês de dezembro de 2005.

Consigna que a sua manifestação nesta infração está adstrita às informações prestadas pela autuante, por não proceder a sua discordância em relação ao valor que entende como devido.

No respeitante à infração 3 diz ser decorrente da infração 2, sendo apurada a repercussão da omissão de saídas no tocante ao ICMS POR SUBSTITUIÇÃO, como disse a autuante: “relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Afirma que, por se tratar de operações internas a Fiscalização incorreu em erro ao aplicar a alíquota de 17%, contrariando o estabelecido na alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS, assim como na alínea “c” do inciso II, do Regime Especial - PARECER GECOT Nº 2965/2001 – razões estas que já foram acolhidas pela autuante ao apreciar a infração 02 - além de norma específica contida no próprio RICMS, no caso, o art. 96, XXV, art. 506-E e seu § 1º, inciso II e ;

Assevera que está majorada toda a apuração do tributo relativo à aceito o excesso de cobrança em frontal desobediência ao REGIME ESI

Created with

do qual não poderia a autuante se afastar.

Frisa que a informação fiscal em nada esclarece ou traz elementos que possam elucidar o erro de fato e de interpretação apontados, razão pela qual não pode, nesta manifestação, contrapor-se a majoração ilegalmente perpetrada.

Rechaça o argumento da autuante de que a alteração do inciso XXV do art. 96 do RICMS só teria validade a partir de 01/07/2008, destacando que a alteração promovida possui eminente caráter interpretativo, uma vez que objetiva equalizar o desequilíbrio entre contribuintes do mesmo ramo de atividade econômica provocada pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, alcançando fatos geradores anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o inciso I do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Salienta que, ainda que não seja reconhecido o caráter interpretativo do citado dispositivo constante no RICMS, ainda assim, deve ser feita a reapuração do valor devido, considerando que a legislação anterior a alteração promovida em 01/07/2008, estabelecia um crédito presumido do ICMS de 5% , de sorte a diminuir o valor cobrado.

Observa que a autuante transcreveu a legislação aplicável tendo ciência do direito ao crédito presumido de 5%, porém, mesmo assim, permaneceu silente, sem rever os demonstrativos que elaborou para deles excluir o referido crédito presumido.

Reitera o pedido de revisão do levantamento fiscal com aplicação da alíquota diferenciada, especificada na alínea “c” do inciso II, do Regime Especial PARECER GECOT Nº 2965/2001, o aproveitamento do crédito presumido de 9,72% (ou sucessivamente de 5%), bem ainda, a redução da multa por ação fiscal para 70%, e que a quitação de eventual saldo a pagar de ICMS POR SUBSTITUIÇÃO possa operar-se mediante a compensação com os saldos credores acumulados, consoante o inciso XXV do art. 96 e art. 506-E e seu parágrafo primeiro, inciso II do RICMS, combinado com o art. 8º do Decreto nº 10.066/06.

Com relação à infração 04, reitera o pedido de nulidade, afirmando que em decorrência da insegurança existente sobre a descrição dos fatos, o exercício do amplo contraditório foi prejudicado uma vez que, apesar de ter arrazoadado também a respeito da improcedência do lançamento, não foi lhe foi dado conhecimento inequívoco a respeito da infração cometida.

Registra que, diversamente do que pretende deixar transparecer a autuante, o fato de o ter apresentado alegações referente ao mérito da infração 04, tendo inclusive reconhecido parte do débito, não decorre qualquer contradição com o requerimento preliminar de declaração de nulidade desta infração. Acrescenta que a impugnação ao mérito desta infração decorreu única e exclusivamente do princípio da eventualidade, valendo dizer que, muito embora esteja certo que a infração em comento seja nula, fez-se necessário que tratasse do mérito, sob pena de preclusão do seu direito de impugná-la.

Observa que inexistente qualquer incongruência entre aventar uma preliminar de nulidade e adentrar ao seu mérito, sendo que, o reconhecimento da procedência de parte do valor autuado, representa parte ínfima, equivalendo a menos de 1% do valor exigido.

No mérito, discorda do entendimento da autuante de que o parecer que concede o regime especial estabelece a alíquota de 7% sobre as saídas internas e 12% sobre todas as saídas interestaduais, sem determinar se para contribuintes ou consumidores finais.

Diz que tal assertiva foi realizada em face do argumento constante na impugnação, no sentido de que a alíquota aplicável nas operações interestaduais de circulação de mercadorias, massas e biscoitos, quando destinadas a consumidor final deve ser de 7%, confc § 2º do art. 155 da Constituição Federal, cujo teor reproduz.

Sustenta que, uma vez que a carga tributária para as operações internas é de 7% e em razão da previsão constitucional pela qual deve ser aplicada a mesma alíquota efetiva nas operações em que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outro Estado e não seja contribuinte de ICMS, outra não pode ser a conclusão senão pela aplicação desta alíquota sobre as saídas, como regularmente realizou, conforme destacado em cada uma das notas fiscais emitidas.

Reitera o quanto aduzido na impugnação inicial, no sentido de declarar a improcedência parcial do lançamento efetuado por meio da infração 04, com exceção da parcela reconhecida como devida e já parcelada.

Conclui reiterando todos os termos da defesa inicial, reservando-se ainda ao direito de valer-se, posteriormente, de todos os meios de prova em direito admitidos.

A autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado às fls. 1014 a 1024, esclarecendo quanto à infração 02, que acatou as razões apresentadas pelo impugnante, contudo, a diferença de R\$ 656,25 entre o valor reconhecido pelo autuado e o que calculou é referente ao produto constante da Nota Fiscal n. 64359, no caso, macarrão, cuja alíquota prevista no RICMS/BA, no período, já era de 7% e no cálculo inicial fora utilizada esta alíquota.

Esclarece que o impugnante utilizou como base de cálculo o valor constante no Auto de Infração quando o correto seria utilizar a base de cálculo constante nos documentos fiscais, haja vista que no sistema SEAI o valor lançado é do débito e a respectiva alíquota, sendo o valor da base de cálculo apontado automaticamente. Assim, como o contribuinte utilizou a base de cálculo apurada pelo sistema SEAI não percebeu que nas notas fiscais relacionadas constava a Nota Fiscal n. 64359, calculada pela alíquota de 7% gerando esta distorção.

Relativamente à infração 03, em que o autuado solicita a reapuração do imposto sob a alegação de existência de erro no levantamento por ter sido aplicada a alíquota de 17%, afirma que o dispositivo que trata da apuração do imposto devido nas operações subsequentes – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - é o constante no inciso III do Parecer GECOT 2965/2001, ou seja, o critério utilizado no levantamento da infração que é: aplicação da alíquota interna (17%), deduzido do valor equivalente a 12% do valor da operação própria.

Observa que as infrações 02 e 03 são decorrentes da falta de escrituração de diversas notas fiscais destinadas a EBAL, tendo sido acatada parcialmente a infração 02, portanto, caso admitida a hipótese de reapuração do imposto deveriam ser consideradas as duas infrações e não apenas a infração 03, também reconhecida pelo autuado, havendo discussão apenas sobre o cálculo e a multa aplicada.

Prosseguindo, diz que a solicitação do impugnante de seja realizada reapuração do imposto através da conta corrente fiscal, abatendo-se dos saldos credores existentes à época o valor do imposto devido por “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, conforme pode ser verificado nos livros Registros de Apuração do ICMS de 2004 e 2005 estes valores acumulados já foram absorvidos pelas operações realizadas e escrituradas ao longo do período fiscalizado, de acordo com as cópias dos referidos livros anexadas às fls. 848 a 899.

Salienta que na defesa apresentada o autuado elabora um demonstrativo de provável reapuração do ICMS, porém, utiliza os saldos credores acumulados nas unidades CIA e Barros Reis abatendo os valores do ICMS Substituição por ele apurados, utilizando inclusive o crédito presumido disposto no art. 96, inciso XXV do RICMS, sem levar em consideração que estes valores acumulados foram absorvidos pelas operações normais realizadas e escrituradas ao longo do período fiscalizado, não podendo ser acatado.

Rechaça o entendimento defensivo de que a alteração promovida ao

interpretativo, esclarecendo que o inciso XXV do artigo 96 do RICMS foi acrescentado através da alteração nº 81 de 13/11/2006, Decreto nº 10.156, publicado no D.O., de 14/11/2006, ao Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, portanto, com a entrada em vigor a partir de 14/11/2006, razão pela qual não foi concedido o crédito presumido pretendido, por ser a autuação do período 2004/2005.

Quanto à arguição de nulidade de parte da infração 04 sob a alegação da incongruência entre a realidade fática e o enquadramento legal dado na autuação, afirma que o próprio autuado entra em contradição ao reconhecer parte do débito desta infração. Também quanto aos argumentos apresentados solicitando a nulidade da infração 04, por não conter a planilha informações necessárias ao entendimento da exigência, destaca a contradição do contribuinte, pois o mesmo pode analisar e entender o que estava sendo cobrado tanto que reconheceu parte do débito desta infração. Reproduz os arts. 18 a 19 do RPAF/99.

Continuando, contesta a alegação defensiva de que a carga tributária para as operações internas que realiza é de 7%, e em razão da previsão constitucional pela qual deve ser aplicada a mesma alíquota efetiva nas operações em que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outro Estado e não seja contribuinte de ICMS, afirmando que a alíquota interna prevista de acordo com o RICMS é de 17% e no Parecer 2965/2001 que concede o Regime Especial a previsão é de 7% sobre as saídas internas e 12% sobre as saídas interestaduais, não sendo determinado se para contribuinte ou consumidores finais.

Assevera que a disposição contida no art. 51, inc. I, alínea “a” do RICMS/BA, que trata de alíquota especial para operações internas de diversos produtos, entre eles o macarrão, não se aplica aos biscoitos, sendo que, no caso do autuado a alíquota de 7% nas operações internas para biscoitos encontra amparo no Parecer GECOT 2965/2001.

No respeitante à arguição de nulidade da infração 04, diz que o autuado entendeu o argumento da autuação, bem como detectou que as divergências encontradas foram decorrentes das saídas interestaduais para consumidor final à alíquota de 7%, em vez de 12%, conforme previsto no regime especial concedido.

Reitera o procedimento utilizado pelo autuado para escrituração do livro RAICMS, bem como a emissão dos documentos fiscais, para afirmar que não é previsto no Parecer GECOT 2965/2001, e que pelo critério utilizado este destaca a alíquota do imposto nas saídas interestaduais para consumidor final de 7% burlando desta forma o previsto no Regime Especial concedido.

Observa-se que a empresa autuada interpreta sempre a legislação aplicável às suas operações de acordo com a sua conveniência, ou seja, o que for mais benéfico para ela.

Finaliza mantendo as informações constantes às fls. 971 a 997, observando que, com relação a infração 03 o imposto foi retido e não recolhido, por não terem sido escrituradas as notas fiscais, caracterizando apropriação indébita.

Intimado o contribuinte este se manifesta às fls. 1030 a 1040, invocando o art. 126 do RPAF/BA, o qual reproduz, para sustentar que o presente processo ao invés de ser remetido ao CONSEF para julgamento foi enviado para a autuante para nova manifestação, a qual além de indevida mostrou-se inteiramente desnecessária, haja vista que limitou-se a repetir os argumentos anteriormente aduzidos.

Tece comentário sobre a tramitação do processo e a prestação da informação fiscal, para no final requerer o encaminhamento do processo para o CONSEF, a fim de que seja apreciado pela Junta de Julgamento.

Reportando-se à manifestação da autuante sobre a infração 02, afirma elementos essenciais ao Auto de Infração, de forma que os dados con

ser alterados de forma válida, mediante uma simples informação fiscal, o que reforça a arguição de nulidade do Auto de Infração decorrente da incerteza das informações nele constantes, uma vez que a própria autuante que promoveu a sua lavratura alega que a base de cálculo constantes no mesmo deve ser desconsiderada.

Rechaça a caracterização de crime contra a ordem tributária aduzida pela autuante, afirmando que é totalmente desprovida de suporte fático e jurídico, uma vez que no bojo do presente Processo Administrativo Fiscal não há qualquer indício que pudesse dar lastro à imputação de conduta fraudulenta ou utilização de conduta ardilosa para burlar a fiscalização, mas, sim, o exercício do direito de defesa contra a cobrança de imposto de forma ilegal e excessiva.

Observa que a ausência de má-fé ou da inocorrência de prática de conduta ardilosa para burlar a fiscalização é certificada pela própria autuante, ao passo em que essa afirma que a distorção observada na infração 02 decorreu da utilização de base de cálculo calculada pelo sistema, e “como o contribuinte utilizou a BC calculada pelo sistema não percebeu que as notas fiscais listadas constava a nota acima citada calculada pela alíquota de 7%, gerando distorção”.

Destaca que a divergência entre a planilha constante nas informações prestadas pela autuante e aquela que elaborou se restringe ao valor devido no mês de dezembro de 2005.

Diz que a própria autuante reconhece expressamente que na infração 02 a alíquota aplicável ao invés de 12% é de 7%, e a repercussão no imposto foi por ela calculada a mais, e, tão somente, quer majorar a base de cálculo do mês de dezembro de 2005 por intermédio da informação fiscal combatida.

Reitera que na informação fiscal não se pode modificar a base de cálculo, constante do demonstrativo do débito do Auto de Infração, onde consta o valor de R\$ 187.830,00 para o valor de R\$ 197.205,00, porque significa majoração do aspecto quantitativo do lançamento original repercutindo no aumento da cobrança do ICMS exigido, no mês de dezembro de 2005, que seria de R\$ 13.148,10 ($R\$ 187.830,00 \times 7\%$) para a quantia de R\$ 13.804,35 ($R\$ 197.205,00 \times 7\%$), apresentado à fl. 1025, não se sustentando juridicamente o lançamento de imposto suplementar mediante uma simples informação fiscal, quando a exigência legal impõe a lavratura de outro Auto de Infração.

Referindo-se à manifestação da autuante relativa à infração 03, assevera que esta limitou-se a repetir os argumentos constantes na primeira informação fiscal apresentada e a tratar da alteração promovida no inciso XXV do art. 96 do RICMS.

Aduz que a autuante apenas argumentou que a alteração do inciso XXV do art. 96 do RICMS entrou em vigor em 14/11/2006 e que por isso seria inaplicável, não contestando o caráter eminentemente interpretativo desta alteração. Consigna que a alteração promovida neste inciso objetiva equalizar o desequilíbrio entre contribuintes do mesmo ramo de atividade econômica provocada pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, não inovando em nada no ordenamento jurídico, apenas esclarecendo a respeito da extensão da disposição ali contida, inclusive para atingir fatos consumados.

Sustenta que em decorrência do caráter interpretativo do dispositivo supracitado, o mesmo opera efeitos retroativos, alcançando fatos geradores anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o inciso I do art. 106 do Código Tributário Nacional, sendo totalmente insubsistente o argumento de que pelo fato de ter entrado em vigor em momento posterior à ocorrência do fato gerador tal alteração não produziria efeitos.

Reitera o pedido o pedido de revisão fiscal com aplicação da alíquota diferenciada, especificada na alínea “c” do inciso II, do Regime Especial PARECER GECOT N° 2965/2001, o aproveitamento do crédito presumido de 9,72% (o qual originalmente era de 5%), bem como a aplicação fiscal para 70% em face a justificativa presente na impugnação, saldo a pagar de ICMS POR SUBSTITUIÇÃO possa operar-se mediante

credores acumulados, consoante o inciso XXV do art. 96 e art. 506-E e § 1º, inciso II do RICMS, combinado o art. 8º do Decreto nº 10.066/06.

No que diz respeito aos saldos credores, afirma que eles existem e poderão ser comprovados mediante a diligência requerida com fundamento no direito ao amplo contraditório, sendo suficientes para garantir a compensação constante do demonstrativo inserido na petição de impugnação (fl. 14) em total consonância com a norma estabelecida nos incisos I e II, do § 1º do art. 506-E, do RICMS, aproveitando todos os fatos pretéritos pendentes de apuração ou reapuração, como os exigidos no presente Auto de Infração.

Reportando-se à manifestação da autuante relativa à infração 04, diz que esta repetiu a informação constante na primeira informação fiscal apresentada, no sentido de que teria “entrado” em contradição ao argüir uma preliminar de nulidade decorrente da incongruência entre a realidade fática e o enquadramento legal dado o reconhecimento de parte do débito referente à infração (fl. 1022).

Reitera os argumentos utilizados na primeira manifestação para afastar as alegações da autuante, dizendo que não pode ser prejudicado pelo fato de ter sido diligente e atuado conforme os princípios norteadores do ordenamento jurídico, não havendo qualquer incongruência entre pugnar pelo reconhecimento da nulidade e reconhecer a procedência parcial do débito, o que somente demonstra a sua boa fé, em recolher a diferença de imposto que legalmente poderia ser exigido, embora continue firme no propósito de reconhecimento do vício de forma que macula o lançamento de ofício de nulidade.

Quanto ao mérito da infração 04, diz que a alegação da autuante de que o parecer que concede o regime especial estabelece a alíquota de 7% sobre as saídas internas e 12% sobre as saídas interestaduais, sem determinar se para contribuintes ou consumidores finais, não levou em conta o dispositivo constitucional relativo à matéria.

Assevera que a autuante que fazer prevalecer a tese de que o Parecer ao qual está submetido poderia dispor a respeito da alíquota aplicável nas operações interestaduais em que o adquirente é consumidor final, de forma discrepante com o quanto previsto na Constituição Federal. Diz que motivos óbvios não se faz necessário perquirir a respeito da supremacia hierárquica da Constituição Federal sobre a legislação estadual referente ao ICMS, de forma que aquela deve ser interpretada em consonância com os dispositivos constantes nesta.

Sustenta que a alíquota de 12% prevista no parecer GECOT para as saídas interestaduais, só se aplica na hipótese de o adquirente ser contribuinte de ICMS, apesar de tal determinação não estar contida de forma expressa no supramencionado parecer, sendo esta é a única interpretação válida diante do quanto disposto no inciso VII do § 2º art. 155 da Constituição Federal, o qual reproduz.

Afirma que, considerando ser a carga tributária para as operações internas que realiza de 7%, e em razão da previsão constitucional pela qual deve ser aplicada a mesma alíquota nas operações em que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outro Estado e não seja contribuinte de ICMS, outra não pode ser a conclusão senão pela aplicação desta alíquota sobre as saídas, como regularmente realizou.

Conclui reiterando o quanto aduzido na Impugnação do Auto de Infração no sentido de declarar a nulidade da infração e, de forma subsidiária, a improcedência parcial do lançamento efetuado por meio da infração 04 com exceção da parcela reconhecida como devida e já parcelada, como constante na Impugnação apresentada.

Finaliza reiterando todos os termos da impugnação ao Auto de Infração apresentada, inclusive o pedido de diligência reservando-se ainda ao direito de valer-se, post^o de prova em direito admitidos.

A autuante se pronunciou (fl. 1043), sobre a manifestação do autuado

qualquer fato novo. Mantém os termos das informações prestadas às fls. 971 a 997 e 1014 a 1025.

Na assentada de julgamento do Auto de Infração em lide, o advogado representante do contribuinte no exercício do direito de sustentação oral de suas razões, ao impugnar a infração 04 trouxe aos autos resposta de consulta dada pela Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação – GECOT/DITRI, através o Parecer n. 4585/2009 sobre a aplicação da alíquota nas operações de saídas interestaduais realizadas por contribuinte beneficiário do Regime Especial concedido às empresas do SINDITRIGO.

No referido parecer consta que a alíquota aplicável nas operações interestaduais com massas é de 7% quando destinadas a consumidor final, o que motivou a realização de diligência (fls. 1055), a fim de que a autuante refizesse o levantamento relativo à infração 04, considerando as operações de saídas interestaduais de massas destinadas para consumidor final com a alíquota de 7%, em conformidade com o Parecer GECTO/DITRI n. 4585/2009, acostado às fls. 1051 a 1053, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.

A autuante se pronunciou às fls. 1058/1059, inicialmente tecendo comentário sobre o pedido de diligência formulado por esta 1ª JJF sob o aspecto funcional e regimental, para depois adentrar na análise da solicitação propriamente dita, sustentando que no Parecer n. 4585/2009, resta evidenciado que a alíquota aplicável nas operações de vendas a consumidor final não contribuinte deve ser a prevista para as operações internas, no caso, massas 7% e outras 17%.

Consigna que os produtos destinados a consumidor final localizado noutros Estados foram massas e biscoitos diversos, sendo utilizada a alíquota de 12% para todos os produtos, obedecendo ao estabelecido no Regime Especial concedido nos termos do Parecer n. 2965/2001.

Finaliza dizendo que o procedimento correto a ser aplicado, em conformidade com o Parecer nº.4585/2009, é a tributação de massas com aplicação da alíquota de 7% e os biscoitos à alíquota de 17%, e não apenas reduzir a alíquota referente às massas, sem que seja utilizado o mesmo procedimento para os biscoitos, ou seja, aumentar a alíquota de 12% para 17%.

Intimado o contribuinte para conhecimento do resultado da diligência, este se manifestou às fls. 1063/1064, afirmando que a Auditora Fiscal se pronunciou sobre a aplicabilidade da alíquota de 7% e, injustificadamente, não elaborou os demonstrativos necessários, deixando de cumprir a diligência determinada pela 1ª JJF, motivo pelo qual requer que seja designado Auditor Fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF, para proceder a revisão fiscal. Pede ainda que as futuras intimações referentes ao presente processo sejam feitas em nome do advogado José Garcia Landeiro, no endereço constante no rodapé da página.

A autuante se pronunciou às fls. 1069/1070, registrando que o contribuinte adota a postura de utilizar sempre em seu favor a legislação que lhe for a mais benéfica, situação esta não observada por este CONSEF.

Reportando-se especificamente sobre a infração 04, consigna que o impugnante argumentou apenas ter sido utilizada a alíquota de 12% nas saídas interestaduais de mercadorias (massas) destinadas ao consumidor final de outra unidade da Federação, em vez de ter sido calculado o débito a alíquota de 7%, por ser esta a alíquota interna.

Salienta que o autuado exerce a atividade de fabricação de massas e biscoitos, cuja tributação interna é feita mediante a aplicação das alíquotas de 7% e 17%, respectivamente.

Diz ficar evidenciado no Parecer nº. 4585/2009, que a alíquota aplicável nas operações de vendas ao consumidor final não contribuinte deve ser a prevista para as operações internas, ou seja, massas 7% e outras 17%. Acrescenta que, no caso da infração 04, os produtos final localizado noutro Estado foram massas e biscoitos diversos e ut

2965/2001.

Conclui afirmando que o procedimento correto, conforme o parecer acima referido, é a tributação de massas com aplicação da alíquota de 7% e biscoitos mediante a aplicação da alíquota de 17%, conforme demonstrativo que anexa às fls. 1071/1072.

Intimado para conhecimento da informação fiscal e novo demonstrativo elaborado pela autuante, o contribuinte se manifestou às fls. 1103 a 1106, sustentando que a Auditora Fiscal não cumpriu o quanto determinado pela 1ª JF, incorrendo em erros crassos por revisar o lançamento de forma transversa aumentando o valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração.

No intuito de constatar a ocorrência dos equívocos tece comentário retrospectivo em relação à planilha da infração 04, dizendo que:

- as notas fiscais de saídas interestaduais de massas – macarrão e biscoitos – para consumidores finais foram emitidas pelo autuado com aplicação da alíquota de 7%;
- na autuação foi aplicada a alíquota de 12% sobre todas essas saídas, o que motivou a impugnação;
- o CONSEF determinou que fosse aplicada a alíquota de 7% para todas as saídas interestaduais de massas para consumidor final.

Aponta como equívocos incorridos pela autuante quando da elaboração do novo demonstrativo os seguintes:

- majorou a alíquota de parte das saídas de biscoitos, aplicando a alíquota de 17%, a exemplo da Nota Fiscal n.61.177, emitida em 09/04/2005, quando o correto seria fazer incidir a alíquota de 7% sobre todas as saídas interestaduais de massas – biscoitos e macarrão-;
- apesar de constar expressamente na planilha a alíquota de 7% para parte das saídas interestaduais de biscoitos, fez incidir de forma inexplicável no cálculo, a alíquota efetiva de 17%, no momento de apurar o “ICMS devido”, a exemplo da Nota Fiscal n. 62.457, emitida em 12/07/2005.

Aduz que se a diligência tivesse sido cumprida, conforme a solicitação da 1ª JF, o novo demonstrativo da infração 04 apontaria que não há qualquer diferença de imposto a pagar.

Frisa que mesmo se considerando uma interpretação restritiva sobre o termo “massas”, excluindo deste gênero as mercadorias registradas como biscoito, o novo demonstrativo mostra-se equivocado, tendo em vista que mesmo constando na planilha a alíquota de 7% a autuante fez incidir sobre todas as saídas de biscoito a alíquota de 17%.

Assevera que não poderia na informação fiscal a autuante alterar a alíquota de 12% para 17%, primeiro porque não foi determinada tal modificação pela 1ª JF, segundo, porque o Auto de Infração foi lavrado inicialmente fazendo incidir a alíquota de 12%, majorando o imposto exigido originariamente de R\$ 138.243,53 para R\$ 148.075,00, resultando em excesso de cobrança de imposto no valor de R\$ 74.037,50, conforme doc. 01(fl. 1107).

Sustenta que a majoração de imposto lançado de forma suplementar, mediante uma simples informação fiscal ou diligência, na fase de instrução do processo administrativo não pode subsistir, conforme consolidado no âmbito jurisprudencial e doutrinário. Acrescenta que o lançamento suplementar somente é legalmente possível através da lavratura de outro Auto de Infração.

Finaliza requerendo que o processo seja encaminhado a ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal estranho ao feito elabore novo demonstrativo, fazendo incidir a alíquota de 7% sobre todas as saídas de massas – macarrão e biscoito – objeto da infração 04. Requer ainda que caso assim não seja, se mantenha para o produto biscoito a alíquota interestadual de máximo juridicamente possível no Auto de Infração, pois não poderia ser diferente na fase de diligências.

A autuante se pronunciou às fls. 1110/1111, sustentando que o produto “biscoitos” não está inserido no gênero “massas”, conforme alegado pelo impugnante, portanto, não sendo aplicável a alíquota de 7%, transcrevendo o art. 51, inciso I, § 3º, alínea “a”, do RICMS/BA, para confirmar o seu entendimento.

Diz que a alíquota aplicável para biscoitos é 17% e não 7%, conforme solicitado pelo impugnante na revisão pretendida que seja realizada pela ASTEC/CONSEF.

Conclui mantendo as informações relativas às infrações 02 e 03 e opina pela nulidade da infração 04, com objetivo de que seja renovado o procedimento fiscal e lavrado novo Auto de Infração com a exigência do ICMS à alíquota correta para o produto “biscoito” que é de 17%, a fim de resguardar o erário estadual de provável prejuízo que venha a ser causado, caso acatada a solicitação do impugnante de tributação do produto biscoito à alíquota de 7% nas operações interestaduais para consumidor final.

Constam às fls. 1045 a 1047 e 1115/1116, extratos do SIGAT referentes ao valor do débito reconhecido.

VOTO

A princípio, cabe-me apreciar a nulidade argüida pelo impugnante referente à infração 04, sob o argumento de que a acusação fiscal de “estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto”, não está em conformidade com a descrição dos fatos ditos irregulares para efeito de tributação segundo a norma apontada como infringida. Alega o autuado que a leitura do enquadramento legal da infração, no caso, art.112 e 113 do RICMS/BA, permite verificar que estes tratam exclusivamente das hipóteses em que o débito fiscal poderá ser estornado ou anulado, inexistindo no seu livro Registro de Apuração do ICMS qualquer estorno que pudesse sustentar a infração a tais dispositivos. Invoca o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, bem como o Acórdão JF N. 0252-04/05, para requerer a nulidade desta infração.

Verifico que na descrição da infração 04 consta no Auto de Infração o seguinte enunciado: “*Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.*”

Já na “Descrição dos Fatos” consta que a empresa é beneficiária de Regime Especial para apuração do ICMS de acordo com o disposto no inciso II – alínea “c” do Parecer GECOT 2965/2001 que diz: “*Como débito de imposto a requerente aplicará a carga tributária de 7% sobre o valor total mensal das saídas internas de massas e biscoitos, e a alíquota de 12% sobre o valor total mensal das saídas interestaduais.*”

Existe ainda o registro de que a empresa utiliza o critério de lançamento no livro Registro de Saídas com as alíquotas normais de cada operação, sendo, posteriormente, estornados estes valores no livro RAICMS, conforme determina o parecer acima citado. Consta também “*que diversas saídas interestaduais ocorreram erroneamente com a alíquota de 7% e registradas no livro Registro de Saídas com esta divergência, sendo esta uma das razões do lançamento a mais.*”

Pelo que se pode inferir da acusação fiscal, esta de fato se refere a erro na aplicação de alíquota e não a estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, conforme descrito no Auto de Infração.

Apesar de o impugnante ter reconhecido como devidas as parcelas relativas aos meses de março/2004 no valor de R\$ 227,25 e no mês de fevereiro/2005 no valor de R\$ 1.081,24, efetivamente, a imputação se apresenta equivocada, haja vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito ao estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação enquanto a matéria fática diz respeito a erro na aplicação de alíquotas.

Ademais, a própria autuante em sua última manifestação, após demonstrativo aplicando a alíquota de 17% quando originalm

levantamento e, conseqüentemente, no Auto de Infração a alíquota de 12%, opinou pela nulidade da infração 04, com objetivo de que seja renovado o procedimento fiscal e lavrado novo Auto de Infração com a exigência do ICMS à alíquota correta para o produto “biscoito” que é de 17%.

Assim, tendo em vista a imprecisão da acusação fiscal, bem como a impossibilidade prática de remediar o procedimento neste Auto de Infração, conforme demonstrado na diligência cumprida pela autuante, considero nula infração a 04, com fulcro no artigo 18, inciso IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA.

Recomendo a autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

No mérito, noto que o impugnante reconhece a infração 01, inclusive, efetuando o pagamento parcelado do débito reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos. Observo que a autuação está em conformidade com a legislação do ICMS e com os roteiros de fiscalização aplicáveis. Infração mantida.

No que concerne à infração 02, verifico que o autuado reconhece parcialmente o valor do débito apontado na autuação de R\$ 282.560,43, inclusive, efetuando o pagamento parcelado do valor reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos.

Quanto à parcela impugnada, constato assistir-lhe razão quando argumenta que a alíquota aplicável ao caso é de 7% e não 12%, tendo em vista o Regime Especial concedido nos termos do Parecer GECOT/DITRI n. 2968/2001.

Efetivamente, a alínea “c” do inciso II do referido Regime Especial, claramente determina que a alíquota aplicável nas saídas internas realizadas pelo autuado é de 7%. No caso, as saídas foram todas destinadas internamente à EBAL.

Relevante registrar que a própria autuante acata a alegação defensiva e corrige o levantamento realizado, apresentando novo demonstrativo com as correções efetuadas resultando no valor de R\$ 283.218,33.

Ocorre que o autuado discorda do valor apontado pela autuante, afirmando que na informação fiscal não se pode modificar a base de cálculo, constante do demonstrativo do débito do Auto de Infração, onde consta o valor de R\$ 187.830,00 para o valor de R\$ 197.205,00, por majorar o aspecto quantitativo do lançamento original repercutindo no aumento da cobrança do ICMS exigido, no mês de dezembro de 2005, que seria de R\$ 13.148,10 ($R\$ 187.830,00 \times 7\%$) para a quantia de R\$ 13.804,35 ($R\$ 197.205,00 \times 7\%$), conforme demonstrativo apresentado à fl. 1025, não se sustentando juridicamente o lançamento de imposto suplementar mediante uma simples informação fiscal, quando a exigência legal impõe a lavratura de outro Auto de Infração.

Apesar de o impugnante estar correto quanto ao impedimento legal para agravamento da infração no mesmo Auto de Infração - o que efetivamente só pode ser realizado mediante a lavratura de outro Auto de Infração-, constato que o valor apresentado pela autuante está correto, haja vista que a diferença de R\$ 656,25 diz respeito à Nota Fiscal n. 64359, cuja alíquota de 7% foi aplicada corretamente no levantamento original, conforme consta no anexo 02 à fl. 24, significando dizer que não houve o agravamento da infração suscitado.

Na realidade, o impugnante utilizou como base de cálculo o valor constante no Auto de Infração quando deveria utilizar a base de cálculo constante nos documentos fiscais, em razão de no Sistema Automático de Emissão de Auto de Infração – SEAI -, ser lançado o valor do débito apurado no levantamento fiscal e a respectiva alíquota, sendo base de cálculo apontada automaticamente pelo referido sistema.

Assim, como o autuado utilizou a base de cálculo apurada pelo sistema entre as notas fiscais relacionadas constava a Nota Fiscal n. 64359(fl

Created with

de 7%, o que gerou a divergência. Certamente, inexistiu a inovação do lançamento suscitado pelo autuado. Assim sendo, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 283.218,33.

Relativamente à infração 03, verifico que guarda correspondência com a infração 02, ou seja, diz respeito às mesmas notas fiscais que acobertaram as saídas das mercadorias para a EBAL, sendo o imposto retido pelo autuado na condição de sujeito passivo por substituição, contudo, não recolhido.

Não vejo como prosperar a alegação defensiva de que a autuante incorreu em erro ao calcular o imposto substituído aplicando a alíquota de 17% e não 7%, haja vista que a retenção do imposto se refere às operações subseqüentes realizadas pelo adquirente e não a operação própria que realiza esta sim contemplada com a alíquota de 7% nas operações internas, conforme o Regime Especial acima reportado.

Noto que pretende o impugnante que seja realizada a re-apuração do ICMS substituído, inclusive, com a utilização de saldos credores e do crédito presumido previsto no art. 96, inciso XXV e art. 506-E, §1º do RICMS/BA.

No respeitante ao saldo credor próprio, verifico que este inexistiu conforme consignado pela autuante e comprovado nos livros RAICMS, cujas cópias estão acostadas aos autos.

Quanto aos saldos credores apontados no demonstrativo que elaborou à fl. 955, observo que dizem respeito a outros estabelecimentos da empresa, no caso, “CIA e “Retiro”, inexistindo amparo legal para a sua utilização na forma pretendida.

Já com relação ao crédito presumido, apesar de o ilustre patrono do autuado pretender que a alteração promovida ao art. 96, inc. XXV do RICMS/BA retroaja para alcançar o período autuado – 2004 e 2005 – sob o argumento de que tal alteração tem o caráter interpretativo, observo que o referido inciso foi acrescentado ao art. 96 através da Alteração nº 81 de 13/11/2006, Decreto nº 10.156, publicado no DOE de 14/11/2006, com entrada em vigor a partir de 14/11/2006, inexistindo no decreto qualquer registro quanto ao seu alcance para o passado. Certamente não há como num exercício de hermenêutica retroagir os seus efeitos.

Com relação à multa de 150% e sua natureza confiscatória, consigno que está em conformidade com o art. 42, V, “a” da Lei n. 7.014/96, falecendo a este órgão julgador competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 125 da Lei n.3.956/81. Infração mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0402/08-0**, lavrado contra **FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$699.761,18**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 10.171,55, 70% sobre R\$ 283.218,33 e de 150% sobre R\$ 406.371,30, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos VII, “a”, III, V, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomendada a renovação do procedimento fiscal relativo à infração 04, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR