

A. I. N ° - 207140.0004/09-7
AUTUADO - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/13

EMENTA: ICMS. 1. ISENÇÃO. CONDICIONADA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESTINADAS À ORGÃO PÚBLICO. a) FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. Contribuinte comprovou parcialmente o atendimento aos requisitos legais. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. b) BENEFÍCIO FISCAL REVOGADO. O art. 32-B, RICMS-BA foi revogado pela Alteração nº 80, Decreto nº 10.072, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06. Assim, como a isenção foi revogada, as operações passaram a ser tributadas. O Convênio ICMS nº 26/03 é facultativo, não obrigando o Estado da Bahia a manter a isenção. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) VENDAS PARA CONTRIBUINTES ENQUADRADOS NO SIMBAHIA. Somente é admitido o benefício da redução de alíquota, previsto no art. 51, I, “c”, do RICMS/BA, quando o estabelecimento industrial ou a este equiparado comprovar que repassou para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. Ausência da condição para fruição do benefício fiscal. Diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF apurou redução do valor autuado. Infração parcialmente subsistente. b) VENDA PARA NÃO CONTRIBUINTES. Infração reconhecida. 3. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTE DO EXTERIOR. Infração reconhecida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Negados o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2009, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.510.304,58, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$347.669,91, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes. No entanto, aquele dispositivo regulamentar, impunha como condição para a isenção que o valor da oferta do produto apresente

o desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, correspondente ao de oferta sem imposto. Como a condição não foi atendida, as operações passaram a ser tributadas.

INFRAÇÃO 02 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$375.823,59, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes. No entanto, o aludido dispositivo foi revogado pela Alteração nº 80, Decreto nº 10.072, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06. Assim, como a isenção foi revogada, as operações passaram a ser tributadas.

INFRAÇÃO 03 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 739.888,22, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte aplicou a alíquota de 7% quando das operações de saídas de mercadorias destinadas a empresa cadastradas no SimBahia, porém sem atender a condição de repassar aos adquirentes, sob a forma de desconto, o valor aproximado correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, o qual deveria constar expressamente no respectivo documento fiscal, conforme previsto no § 1º do Art. 51, do RICMS/BA. Desta forma, a alíquota correta a ser aplicada em cada operação é 17%.

INFRAÇÃO 04 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$3.544,93, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte realizou operações interestaduais de saídas de mercadorias para não-contribuinte utilizando a alíquota de 12% ao invés de 17%, contrariando o disposto no Art. 50, I, “b”, do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 05 - Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$43.377,93, em razão de erro na determinação da base de cálculo nas aquisições de mercadorias proveniente do exterior. Consta da acusação que o contribuinte realizou aquisições de mercadorias proveniente do exterior, tendo apurado a base de cálculo do ICMS sem a inclusão da SDA (Sindicato dos Despachantes Aduaneiros), frete, comissão, armazenagem, CPMF e outras.

O autuado, às fls. 233 a 247, apresentou defesa, inicialmente argüindo nulidade do Auto de Infração, alegando que a fiscalização não atendeu aos requisitos formais mínimos exigidos para a sua lavratura, qual seja, não lavrou o termo de fiscalização, previsto no artigo 939, do Decreto nº 6.284/97. No que tange à exigência de apontamento da “infração cometida”, quando do enquadramento, o autuante, por diversas vezes, apenas apontou os artigos nos quais se enquadrariam as supostas infrações, em flagrante afronta à garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório em processos administrativos (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

No mérito, em relação a infração 01, assevera ser improcedente, acostando cópia das Notas Fiscais nºs 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280, para comprovar que concedeu o desconto e procedeu o registro dessa informação. Cita que na Nota Fiscal nº 0043231, no campo “DADOS ADICIONAIS”, percebendo-se que o valor total sem o respectivo desconto seria de R\$3.163,20. Assim, seguindo as normas pertinente, o autuado concedeu o desconto de R\$ 537,74, equivalente à isenção de 17%, reduzindo o preço final de R\$3.163,20 para R\$2.625,46, em plena conformidade com as normas legais, sendo improcedente a infração em tela.

Quanto a infração 02, salienta que, embora o art. 32-B, do RICMS/BA, tenha sido revogado, o Convênio nº 26/03 continua em vigor, e sendo um dos objetivos dos convênios a padronização de procedimentos tributários, com vista a empreender a segurança jurídica ao contribuinte, a infração é improcedente. Partindo-se para uma análise mais apurada do Convênio apontado, percebe-se, já em sua cláusula primeira, que os Estados e o Distrito Federal se comprometeram a “conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias”.

Argumenta que, assim, se o Estado da Bahia não tinha mais interesse em seguir o procedimento previsto no respectivo convênio, deveria tê-lo denunciado formamente, a exemplo do Estado do Amazonas, Acre, Alagoas, Pernambuco, entre outros. Essa obrigação do Estado da Bahia em ter denunciado o referido Convênio decorre dos princípios da publicidade e da segurança jurídica.

Dessa forma, em conformidade com o Convênio apontado concedeu desconto equivalente à isenção e registrou a informação em suas notas fiscais, fls. 282 a 288. No entanto, houve um erro gerado pelo sistema de informática, quando da impressão das notas fiscais. Embora conste na nota fiscal, no campo de desconto, a informação “R\$0,00”, em verdade, o desconto foi concedido. Pode-se, facilmente, constatar o erro acima apontado, comparando duas notas fiscais emitidas, fls. 240 e 241. Note-se que, na primeira, em que há a informação do desconto, consta o valor unitário de “R\$ 5,4697”. Comparando o valor unitário da primeira nota (R\$ 5,4697) com o da segunda (R\$ 4,94), constatar-se-á, que, em verdade, o desconto também foi concedido na segunda nota, embora tenha constado como R\$0,00, por erro do sistema.

Como pode ser observado, o desconto concedido na segunda nota (25%) foi muito superior ao da primeira (17%).

Registra que mais uma prova de que foi concedido o desconto reside no fato de que a própria Administração não reclamou, em qualquer momento, acerca do preço praticado – em razão do preço indicado na nota fiscal já conter o abatimento correspondente.

Relativamente a infração 03, assevera que concedeu desconto de 10% – referente à redução da alíquota de 17% para 7% – e registrou a informação em suas notas fiscais, fls. 290 a 296.

Na nota fiscal, fl. 243, percebe-se, claramente, que o valor total sem o respectivo desconto seria de R\$2.071,45. Assim, seguindo as normas pertinentes concedeu desconto no valor de R\$222,74 equivalente à redução da alíquota de 17% para 7%, sendo cobrado, ao final, o valor de R\$1.848,71.

Observa que, também neste caso, agiu em plena conformidade com as normas tributárias, razão pela qual deve ser julgada improcedente a acusação fiscal consubstanciada na suposta “infração 03”.

No tocante as multas aplicadas, seja para a “infração 01”, para a “infração 02” ou para a “infração 03”, percebe-se que o autuante aplicou multa de 60% sobre o valor de ICMS supostamente devido. Observe-se que também aqui, em fragorosa afronta ao contraditório e à ampla defesa, não há qualquer elemento de convicção para a dosimetria da penalidade, de modo que, sem fundamentação é, portanto, nula, à luz do artigo 18, inciso III, do RPAF. Caso essa Colenda Junta, por absurdo, venha a manter a autuação, não obstante os argumentos acima expendidos, pugna pela aplicação do artigo 918 do RICMS e do RPAF, no sentido de eximir ou, ao menos, reduzir equitativamente o valor da multa. Trata-se de valor extremamente elevado, considerando-se que a AIR LIQUIDE cumpriu com suas obrigações principais e acessórias.

Ao final, requer nulidade ou improcedência das infrações 01 a 03, a realização de perícia fiscal e, por fim, requer que todas as futuras notificações sejam endereçadas preferencialmente ao autuado, e, também, ao seu advogado.

O autuante, fls. 302 a 308, ao prestar informação fiscal contesta os argumentos defensivos, em relação a arguição de nulidade ressalta que o art. 939 do RICMS/BA, citado pela defesa, refere-se a apuração da base de cálculo do ICMS por meio de arbitramento, o que não é o caso. O valor exigido do ICMS foi apurado, no caso das infrações 01 e 02, mediante diferença entre o imposto devido, resultante da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo, e o ICMS lançado R\$ 0,00. Já na infração 03, o valor exigido do ICMS foi apurado por meio da diferença entre o imposto devido, resultante da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo e o ICMS lançado, após a aplicação da alíquota de 7% sobre aquela mesma base.

Ressalta que, como pode ser visto mediante simples leitura da descrição dos fatos, as infrações estão bem caracterizadas, não suscitando nenhuma dúvida. Quanto aos dispositivos citados, bastaria que o representante do autuado fizesse uma leitura dos dispositivos no RICMS/BA.

Frisa que os cálculos e os números das notas fiscais constam dos demonstrativos do Auto de Infração, os quais foram entregues ao contribuinte, não foram contestados.

No mérito, em relação a infração 01, reitera que o autuado não atendeu uma das condições para a fruição do benefício, ou seja, a apresentação do desconto no preço equivalente ao imposto dispensado. Até o mês de agosto de 2005 (16/08/2005), o autuado fazia apenas a menção no corpo da nota fiscal, no campo “DADOS ADICIONAIS”, que o valor total com ICMS seria “x” e o valor do desconto seria “y” e o valor total sem ICMS seria “z”, sem haver nenhuma diferença entre o valor total dos produtos e o valor efetivamente cobrado aos clientes. Desta forma, a mera indicação de que o desconto fora concedido sem a alteração mencionada não comprova de fato que o benefício foi repassado aos órgãos públicos, conforme preconiza o art. 32-B, do RICMS/97. Após o dia 16/08/2005, o autuado inseriu no corpo da nota fiscal, no campo “DADOS ADICIONAIS”, a seguinte informação: “VALOR DO ICMS (DESC. EM RAZÃO DA ISENÇÃO) –R\$ 0,00. Tal fato denota que não houve repasse, a título de desconto, para os órgãos públicos destinatários das mercadorias.

Em relação a infração 02, frisa que a denúncia ao convênio não é condição essencial para a revogação da isenção, o Convênio ICMS Nº 26/03 é autorizativo, não tendo eficácia plena, cabendo às unidades da federação o direito de revogar a isenção “a qualquer tempo”, conforme preconiza o art. 178 do CTN.

Quanto a infração 03, aduz que o contribuinte não concedeu o desconto no preço equivalente a redução da alíquota de 17% para 7%, vez que tal repasse não consta expressamente no documento fiscal. Na verdade, o autuado inseriu no corpo da nota fiscal, no campo “DADOS ADICIONAIS”, a seguinte informação: “BASE DE CALC.: “X”, REDUÇÃO: 10,75269 E BASE DE CALC REDUZIDA: “Y”. Tal fato denota que não houve nenhum repasse, a título de desconto, para empresas cadastradas no SimBahia destinatárias das mercadorias, conforme se observa dos documentos às folhas 149 a 201, alternadamente. Às vezes, nem a menção de que a base de cálculo foi reduzida foi inserida no documento fiscal, fls. 159, 161, 162, 163, 165, 166 etc.

No tocante a multa aplicada, destaca que obedeceu aos ditames do art. 42 da Lei 7.014/96.

Ao finalizar, requer a manutenção do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar no dia 13/07/2010, tendo esta 2ª. JF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser pautado para julgamento.

O Auto de Infração foi julgado parcialmente procedente mediante Acórdão JF Nº 0214-02/10.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, fls. 342 a 359 dos autos.

Em seu Parecer, fls. 8.825 a 8.826, a PGE/PROFIS aduz que não vislumbra as nulidades suscitadas, tendo em vista que a perícia foi negada pela primeira instância de forma fundamentada e as infrações foram devidamente tipificadas.

Mediante Acórdão CJF Nº 0201-11/11, fls. 8.831 a 8.834, anulou a decisão da primeira instância por falta de apreciação do pedido de perícia, devolvendo os autos para novo julgamento.

Em novo julgamento nesta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, na fase de sustentação oral, o autuado, mediante advogado habilitado nos autos do PAF, informou que protocolou novo pedido de diligência, anexando documentação comprobatória da concessão dos descontos.

Assim, fls. 8.855 e 8.856, foi aceito pela 2ª JF converter o PAF em diligência a ASTEC para que fossem adotadas as seguintes providências:

INFRAÇÃO 01 :

- 1- *Intimar o autuado para comprovar, em relação ao item primeiro do Auto de Infração, mediante notas fiscais, o atendimento do disposto no Art. 32-B, RICMS-BA, em especial a condição prevista para isenção, qual seja, que o valor da oferta do produto apresente o desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, correspondente ao de oferta sem imposto, conforme consta nas Notas Fiscais n.ºs. 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280;*

- 2- Refazer o demonstrativo de débito, somente no caso de o contribuinte apresentar novas notas fiscais nos moldes das indicadas (Notas Fiscais n.ºs. 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280). Todavia, caso não seja apresentada nenhuma nova nota não será necessário a realização de novo demonstrativo;

INFRAÇÃO 03:

- 3- Intimar o autuado para comprovar, em relação ao item segundo do Auto de Infração, mediante notas fiscais, o atendimento do disposto no inciso II do § 1º do Art. 51, RICMS-BA.
- 4- Refazer o demonstrativo de débito, somente no caso de o contribuinte apresentar notas fiscais nas quais conste **EXPRESSAMENTE** o previsto no inciso II do § 1º do citado artigo 51 do RICMS/BA, ou seja, que o estabelecimento autuado (vendedor) repassou para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%.

Foi determinado que, após a realização da diligência, fossem fornecidas cópias ao autuado, mediante recibo, do resultado da diligência e seus anexos, estipulando o prazo de **30 (trinta)** dias para se manifestar. Devendo ser concedido novo prazo para o autuante se manifestar.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0044/2012 às fls. 8.859 a 8.864 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, destaca que o PAF é composto de 39 (trinta e nove) volumes. Informou que realizou reunião com funcionários, advogados e assistente técnico do autuado, conforme Ata às folhas 8.867, buscando obter os elementos necessários para a realização da diligência/perícia requerida, juntamente com o assistente técnico indicado pelo contribuinte. Ao concluir sua análise da documentação apresentada pela defesa, o auditor da ASTEC revisou os levantamentos fiscais resultando na redução do valor da Infração 01 para R\$ 241.592,32, conforme demonstrou à folha 8.863, e na redução da Infração 03 para R\$195.474,75, fl. 8.864.

O autuado, fls. 9.062 a 9.068, ao se manifestar sobre o resultado da diligência, destaca à folha 9.063, que: *Ademais, em complemento com as notas fiscais que se conseguiu reunir e organizar durante a realização da diligência fiscal, a AIR LIQUIDE apresenta novo memorial demonstrativo anexo, elaborado pelo Sr. Assistente Técnico (Doc. 02), com indicação de outras tantas Notas Fiscais (não referidas no Parecer ASTEC n.º 044/2012), as quais contêm, sim, indicação em seu corpo suficiente para documentar o repasse econômico do benefício fiscal auferido. Tal fato resta ainda evidenciado em arquivo Excel que, por brevidade, é apresentado no CD presente no Doc. 03.*

Por sua vez, o autuante, fls. 10.616 a 10.620, demonstra o seu descontentamento com o resultado da diligência, destacando que não foi atendida a legislação em vigor.

Às folhas 10.623 a 10.625, em atenção ao princípio da verdade material, previsto no artigo 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), esta Junta de Julgamento, deliberou pela conversão do PAF em nova diligência a ASTEC, para ser realizada revisão por estranho ao feito, no sentido de:

1- INFRAÇÃO 01 –

1.1-Verificar se os novos documentos fiscais acostados pelo autuado, fls. 9.069 a 10.614 dos autos, comprovam o atendimento do disposto no Art. 32-B, RICMS-BA, em especial a condição prevista para isenção, qual seja, que o valor da oferta do produto apresente o desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, correspondente ao de oferta sem imposto, conforme consta nas Notas Fiscais n.ºs. 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280;

1.2-Refazer o demonstrativo de débito, somente no caso de o contribuinte apresentar novas notas fiscais nos moldes das indicadas (Notas Fiscais n.ºs. 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280). Todavia, caso não seja apresentada nenhuma nova nota não será necessário a realização de novo demonstrativo;

2- INFRAÇÃO 03 –

2.1 -Se os novos documentos fiscais acostados pelo autuado, fls. 9.069 a 10.614 dos autos, comprovam o atendimento do disposto no inciso II do § 1º do Art. 51, RICMS-BA.

*2.2-Refazer o demonstrativo de débito, somente no caso de o contribuinte apresentar notas fiscais nas quais conste **EXPRESSAMENTE** o previsto no inciso II do § 1º do citado artigo 51 do RICMS/BA, ou seja,*

que o estabelecimento autuado (vendedor) repassou para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%.

3- Se manifestar sobre a informação fiscal às folhas 10.616 a 10620.

*Cumprida a diligência, a INFAZ DE ORIGEM deverá fornecer cópias ao autuado, mediante recibo, do resultado da diligência e seus anexos, estipulando o prazo de **30 (trinta)** dias para se manifestar. Devendo ser concedido novo prazo para o autuante se manifestar.*

Foi determinado que, após a realização da diligência, fossem fornecidas cópias ao autuado, mediante recibo, do resultado da diligência e seus anexos, estipulando o prazo de **30 (trinta)** dias para se manifestar. Devendo ser concedido novo prazo para o autuante se manifestar.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 118/2012 às fls. 10.626 a 10.632 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, informa que expediu nova intimação, fl. 10.633, onde solicitou um agendamento de nova reunião para que pudesse expor suas necessidades de informação, com isso poder produzir o relatório complementar de diligência, decorrente do Parecer ASTEC nº 0044/2012, que efetivamente espelhasse a realidade dos fatos na forma solicitada pela 2ª JF. Essa nova reunião aconteceu no dia 07/11/2012, onde presente estavam Rosane Costa (funcionária representante da Air Liquide Ltda); Henrique Silva de Oliveira (advogado da Air Liquide Ltda); Joao Vicente Costa Neto (ASTEC/SEFAZ) e Kleber Marruaz (assistente técnico da Air Liquide Ltda), conforme os termos da Ata da Reunião acostada aos autos à fl. 10.637.

Frisa que na oportunidade expôs a todos de que a autuada, em relação a Infração 01, deveria desenvolver um novo demonstrativo, agora definitivo, em que se possa comprovar quais as Notas Fiscais, objeto da referida infração, relacionam efetivamente as operações de vendas de mercadorias a órgãos da Administração Pública Estadual sem a cobrança do ICMS por estarem acobertadas pelo art. 32-B do RICMS/BA, ou seja, que o ICMS dispensado foi repassado ao adquirente da mercadoria na forma de desconto. Para agilizar os trabalhos da autuada, apresentou o demonstrativo desenvolvido em Planilha Excel, apresentado no Parecer ASTEC nº 44/2012 e construído a partir do material apresentado pelo Fiscal Autuante, que deu embasamento a referida autuação, onde pediu que fosse destacado, da mesma forma que anteriormente, uma pessoa para que, de posse das cópias das notas fiscais relativas à infração 01, preenchendo o demonstrativo colocando o número da folha do processo onde se localiza a nota fiscal, com os seguintes textos na coluna “OBSERVAÇÃO”: um texto é - “destaque da isenção no corpo da NF”, neste caso seria porque no corpo da nota fiscal tem o indicativo expresso da informação necessária para que autuada pudesse usufruir dos termos do art 32-B do RICMS/BA. Outro texto é - “destaque da isenção na NF não demonstra o desconto”, neste caso seria porque as anotações no corpo da nota fiscal não demonstra a concessão do desconto, conforme preconiza o art. 31-B do RICMS/BA.” Grifou.

Relativamente à Infração 03, informa que apresentou também uma Planilha em Excel produzida a partir do material desenvolvido pelo Fiscal Autuante, que fez parte integrante do Parecer ASTEC nº 042/2012, onde solicitou que fosse colocada a folha do processo em que se encontra acostada a Nota Fiscal sob análise, associado às seguintes expressões na coluna “OBSERVAÇÃO”: uma expressão é - “Destaque da redução BC:10,75269 no corpo da NF” significa que o desconto ao adquirente ME/EPP da mercadoria, decorrente da redução da alíquota de 17% para 7%, foi concedido e está descrito na nota fiscal, conforme determina o inciso II do parágrafo 1º do art. 51 do RICMS/BA. Outra expressão - “Destaque da redução não consta no corpo da NF”, significa dizer a obrigação acessória que autoriza a concessão da redução da alíquota não foi cumprida. Uma outra expressão - Destaque da B.CALC 100% no corpo da NF, da mesma forma que a primeira observação significa que o desconto ao adquirente ME/EPP da mercadoria, decorrente da redução da alíquota de 17% para 7%, foi concedido e está descrito na nota fiscal, conforme determina o inciso II do parágrafo 1º do art. 51 do RICMS/BA. Grifou.

Destaca que efetuou a apresentação das Planilhas em Excel, acordando na reunião que seria designado o mesmo assistente técnico designado pela autuada, o Sr. Kleber Marruaz, para desenvolver os trabalhos de perícia, com os preenchimentos das citadas Planilhas. Foi então efetuada a entrega de todas as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, conforme Termo de Entrega de Documentos (fl. 10.638), ao Sr. Kleber Marruaz. Após o desenvolvimento dos trabalhos, foi efetuada a devolução de todos os documentos na forma Termo de Devolução de

Documentos (fl. 10.639). Os demonstrativos, desenvolvidos em Planilhas Excel, devidamente preenchidos foram apresentados em meio magnético, que passo a analisar.

Ressalta que antes da análise da Planilha Excel preenchida pelo assistente técnico Sr. Kleber Marruaz, cabe destacar que foi apresentado pelos representantes da empresa uma nova situação de registro no campo de observação das Notas Fiscais constantes do demonstrativo da Infração 03, em que comprova “que o desconto ao adquirente ME/EPP da mercadoria, decorrente da redução da alíquota de 17% para 7%, foi concedido e está descrito na nota fiscal, conforme determina o inciso II do parágrafo 1º do art. 51 do RICMS/BA.” É o registro da seguinte expressão: **CALC:**(mais descrição do valor de 100% da Nota Fiscal), como as observações apresentadas nas NF nº 094016 (fl. 9078) e NF nº 097876 (fl. 9140). Na NF nº 094016, tem-se a descrição: **CALC:873,94**, aplicando o percentual de 10,75269%, obteremos o valor de R\$779,96, que é o valor apresentado no campo **BC do ICMS** e por conseguinte o valor descrito no campo **VALOR TOTAL DA NOTA**. Significa dizer que o valor do desconto ao adquirente ME/EPP da mercadoria, decorrente da redução da alíquota de 17% para 7%, foi concedido e está descrito na nota fiscal.

Salienta que, da mesma forma se observa na NF nº 097876, tem-se a descrição: **CALC:572,99**, aplicando o percentual de 10,75269%, obteremos o valor de R\$511,38, que é o valor apresentado no campo **BC do ICMS** e por conseguinte o valor descrito no campo **VALOR TOTAL DA NOTA**. Neste sentido, ficou acordado entre as partes de que seria efetuada uma revisão em todo demonstrativo da Infração 03 com o objetivo de se registrar as Notas Fiscais que contém tal observação, destacando a seguinte informação na nova Planilha Excel: **“Base de calculo com texto reduzido – CALC (100% NF)”**.

Acrescenta que o trabalho do assistente técnico, conforme acordado na reunião, foi o estritamente de identificar a página do processo administrativo fiscal onde se encontra as notas fiscais, constantes dos demonstrativos que deram origens as infrações 01 e 03, e registrar na **“Coluna PAF”** o número da página, bem como destacar no **“Campo OBSERVAÇÃO”** as seguintes expressões:

- em relação a Infração 01: **“Destaque da isenção no corpo da NF”** no caso que haja indicação no respectivo documento fiscal, do valor do desconto. Caso contrario: **“Destaque da isenção no corpo da NF não demonstra o desconto”** ou então **“Não há o destaque de desconto”**.
- Em relação a Infração 03: **“Destaque da redução BC:10,75269 no corpo da NF”** no caso de haver o referido indicativo no corpo do documento fiscal. Caso contrario **“Destaque da redução não consta no corpo da NF”** ou então **“Destaque da B.CALC 100% no corpo da NF”**, quando o destaque for diferente do procedimento normal. Da mesma forma, agora indicar uma nova informação no campo observação: **“Base de calculo com texto reduzido– CALC: (100% NF)”**.

Em relação especificamente a infração 03, observa a existência de três informações na Planilha Excel onde identificam que o desconto ao adquirente ME/EPP da mercadoria, decorrente da redução da alíquota de 17% para 7%, foi concedido e está descrito na nota fiscal, são elas: **“Destaque da redução BC:10,75269 no corpo da NF”**, **“Destaque da B.CALC 100% no corpo da NF”** e **“Base de calculo com texto reduzido – CALC:(100% NF)”**.

Assegura que o novo demonstrativo da infração 01, após o Relatório ASTEC 042/2012, acostado aos autos às fls. 10.642 a 10.647 não traz evolução em relação ao levantado anteriormente. Com isso mantém a informação do demonstrativo de débito da infração 01 onde passa de um débito original de ICMS de R\$347.669,91 para o valor de R\$ 241.592,32 (fl. 8.884), ratificado agora pelos novos demonstrativos - Planilha Resumo **Infração 01** (fl. 10.642) e Planilha de Cálculo **Infração 01** (fl. 10.643-10.647) - conforme novo demonstrativo acostados à folha 10.642, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.630.

No tocante a infração 03, afirma que todas as notas fiscais destacadas no demonstrativo com indicativo, na **“Coluna OBSERVAÇÃO”**, **“Destaque da redução BC:10,75269 no corpo da NF”** ou **“Destaque da B. CALC. 100% no corpo da NF”**, bem como **“Base de calculo com texto reduzido– CALC. (100% NF)”** indica que o autuado comprova o atendimento do disposto no inciso II do § 1º do art. 51, RICMS-BA. Neste sentido, todas as Notas Fiscais integrantes do demonstrativo de débito da Infração 03, com os registros desses indicativos devem ser excluídos da autuação na

forma solicitada. É o que procedeu com a elaboração do demonstrativo de débito da Infração 03 (fl. 9.057), integrante do Parecer ASTEC nº 042/2012, agora modificado pelos novos demonstrativos - Planilha Resumo **Infração 03** (fl. 10.648) e Planilha de Cálculo (fl. 10.649 a 10.689), com a inserção dos novos elementos acostados aos autos pelo autuado às fls. 9.069 a 10.614 na forma solicitada no item 2.2 do despacho da JJF (fl. 10.625), bem assim com o novo indicativo - **Base de calculo com texto reduzido-CALC (100% NF)** - de registro nas Notas Fiscais, que, de tudo foi apresentado, a seu ver, indica que o autuado comprova o atendimento do disposto no inciso II do § 1º do art. 51, RICMS-BA.

Destaca, ainda em relação a Infração 03, que o fiscal autuante apresenta um demonstrativo de débito (fl. 03) para Infração 03 com um indicativo de ocorrência de fato gerador iniciando no mês de fevereiro de 2005. Ocorre que os papéis de trabalho desenvolvidos pelo autuante que dão sustentação a referida autuação inicia com informações a partir do mês de setembro de 2005 (fl. 65). Inquiriu o autuante, por e-mail, sobre as informações relacionadas aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005, alegando que não estavam apensadas aos autos, o que impedia de desenvolver o trabalho solicitado pela diligência, entretanto não lhe foi apresentado.

Ressalta que este relato foi exposto no Relatório ASTEC 042/2012, porém, em que pese o Fiscal Autuante ter demonstrado descontentamento com o resultado da diligência, em nenhum momento o autuante corrigiu tal falha de procedimento administrativo fiscal, nem tampouco manifesta sobre tal destaque, o que se supõe não ter elementos probantes das ocorrências de fato gerador da infração 03 nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005. Desta forma, todo o débito de ICMS da Infração 03 relativo aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005 não foi considerado no novo demonstrativo da Infração 03 acostado aos autos à fl. 10.648 e elaborou a partir das correções decorrentes do trabalho da diligência fiscal complementar. Com isso, o demonstrativo de débito da Infração 03 (fl. 02) passa, agora, de R\$739.888,22 para R\$11.163,41. Assim, a infração conforme novo demonstrativo acostados à folha 10.648, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.631.

Acrescenta que, na assentada de discussão dos novos trabalhos com a autuada, conforme cópia de Ata da reunião desenvolvida com as partes envolvidas foi observada a ocorrência de existência, no campo de observação das Notas Fiscais relacionadas à infração 03, o registro de informações que comprovava, com efetividade de que o estabelecimento autuado (vendedor) repassou ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, conforme dispõe inciso II do § 1º do art. 51, RICMS-BA, em que deveria ser também excluídos da autuação.

Conclui que novo o demonstrativo de débito da infração 01 perfaz um valor de R\$241.592,32 (fl. 10.642), por outro lado o demonstrativo de débito da infração 03 totaliza um valor de R\$11.163,41 (fl. 10.648).

O autuado ao se manifestar sobre o resultado da nova diligência, fls. 10.695 a 10.699, frisa que a diligência fiscal determinada por essa Junta desenvolveu-se regularmente, o Auditor Diligente requisitou informações e documentos e apresentou seu relatório em conformidade com o solicitado na diligência.

Aduz que concorda, em parte, com o resultado da diligência fiscal, uma vez que, entende que evidenciou a nulidade substancial da atividade fiscalizatória que embasou o Auto de Infração, tendo-se demonstrado mais uma vez; (a) a regularidade da escrita fiscal e (b) a observância, por parte da autuada, das disposições do RICMS/BA (artigo 32-B e artigo 51, § 1º, II). Por meio do trabalho desenvolvido pelo Assistente Técnico designado, foi possível provar que, contrariamente ao apontado no relatório da atividade fiscalizatória que embasou a autuação, a autuada procedeu à indicação regulamentar dos destaques de descontos na grande maioria das notas fiscais do período, sendo flagrante que nas operações acobertadas por notas fiscais expedidas com irregularidade houve, sim, efetivamente, o repasse econômico do benefício.

Esclarecer que todas as notas fiscais objeto de auditoria sempre estiveram à disposição da SEFAZ/BA, seja por ocasião da atividade fiscalizatória inicial, seja por ocasião da diligência fiscal determinada por essa Junta e de sua complementação. Portanto, sustenta que é necessário que se reconheça a insubsistência da autuação em relação às 3 (três) infrações em discussão dada a sucessão de equívocos da atividade fiscalizatória inicial, devidamente evidenciados na diligência fiscal.

Salienta que, como se pode observar, tanto se encontra presente o elemento formal na redação da nota fiscal (a indicação do repasse a empresas médicas e a optantes pelo SIMPLES/SIMBAHIA), quanto pela presença do efetivo repasse, de modo que a amostragem empreendida não pode ser considerada com subsistente.

No tocante a concessão do desconto ao órgão público adquirente do produto, observa que houve um período de tempo em que o sistema informatizado de emissão de notas fiscais utilizado pela empresa deixou de funcionar corretamente. Nota que o referido sistema destacava corretamente no corpo da Nota Fiscal, o “Valor total da N.F.”; “O valor do ICMS contido”; e o “valor líquido sem ICMS.”, mas a partir de 01.08.2005, o Sistema informatizado pela empresa passou a informar, por equívoco, no corpo da Nota Fiscal concessão do desconto, porém sem evidenciar o valor do ICMS.

Diz que o problema foi sanado. Este fato, aliás, foi exaustivamente esclarecido por ocasião da atividade fiscalizatória que originou o auto de infração em discussão, e foi objeto de manifestação da empresa em sua defesa administrativa. Aduz que foi autuada “por amostragem”, calculando-se um valor de ICMS supostamente omitido com base em todas as notas fiscais do período, sem que a Fiscalização se ativesse à documentação fiscal que lhe fora submetida.

Reitera que o fato de não estar evidenciado no corpo da nota fiscal o valor do ICMS descontado não significa que a empresa deixou de descontar o ICMS nas vendas para órgãos da Administração Pública Estadual. Observa que o desconto era concedido no ato do pregão eletrônico para venda do produto. A Prova disso é que a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia acatou todas as Notas Fiscais emitidas, ora sob fiscalização, com a observação que está no corpo da nota fiscal (sem a evidência do valor do ICMS descontado), e pagou as notas fiscais normalmente. De mais a mais, os instrumentos contratuais de compra e venda dos produtos, celebrados entre a empresa e a Secretaria de Saúde, são comuns às Partes e se encontram em poder da empresa, podendo ser fornecidos, caso necessário. Entende que não resta dúvida, portanto, que os descontos eram concedidos, pois se não o fossem, a autuada não se sagraria vencedora do certame licitatório, e, mais, os valores das notas fiscais não seriam coincidentes com aqueles ofertados em pregão. A autuação, portanto, no que concerne à “infração 1” improcedente.

No tocante ao repasse do desconto a Microempresa e EPP, assevera que a prova cabal que a empresa concedeu a redução do preço, repassando o desconto aos compradores em regime especial, da base de cálculo está no corpo das próprias notas fiscais e na fórmula de cálculo do ICMS sobre o valor já reduzido, como bem pode reconhecer o Auditor Diligente, somente um número ínfimo de notas fiscais apontadas na atividade fiscalizatória inicial deixaram de conter a informação da dedução no campo apropriado da nota fiscal. Mesmo em relação a essas notas, não há dúvida de que contêm, sim, o cálculo correto do ICMS (conforme pode ser observado na própria nota fiscal). Reitera que a atividade fiscalizatória inicial, que gerou o auto de infração, desempenhou-se de forma flagrantemente nula, ao desconsiderar a escrita fiscal oferecida.

Ratifica os termos de sua defesa e de suas manifestações anteriores, para concluir pela total insubsistência do auto de infração, no que diz respeito à “infração 3”, bem assim à sua nulidade substancial, em sua integralidade, haja vista que a ação fiscal desconsiderou elementos fornecidos e lavrou ato administrativo carente de elementos fáticos suficientemente seguros, a lhe dar suporte.

Argui nulidade substancial da atividade de fiscalização por carência de fundamentação, inobstante terem-se oferecido elementos suficientes, além de imputação ao auditado/contribuinte, do dever de se auto-auditado.

Argumenta que a conclusão que se extrai da Diligência Fiscal é que a ação fiscal original escudou-se em presunções, como restou demonstrado na defesa administrativa, sendo atividade fiscalizatória substancialmente nula (infrações “1”, “2” e “3”), pois o ato administrativo não se fundou em elementos minimamente convincentes. Ao revés, ao contribuinte foi e vem sendo impingido um dever atroz: além de todo o custo para manter a sua escrituração fiscal em ordem e em dia, a cada momento lhe é exigido que se valha de assistentes técnicos, extraia e re-extraia fotocópias, elabore demonstrativos, como se ele, contribuinte, devesse praticar a atividade fiscalizatória no lugar do Estado.

Requer que se receba a manifestação, analisando-se em sua integralidade de suas alegações, para concluir com base no “Parecer ASTEC nº 118/2012” que:

(a) *o auto de infração objurgado padece de vício de nulidade substancial, pois a acusação fiscal não continha elementos mínimos, compelindo o contribuinte a um procedimento flagrantemente invertido de ônus probatório;*

(b) *grande parte dos itens apontados no relatório da fiscalização foi revisada pelo Sr. Auditor Diligente, devendo-se acolher a redução apontada e, mais, acatar os itens de redução evidenciados.*

Por fim, ratifica os termos da defesa administrativa, para que se conclua pela total insubsistência das infrações “1”, “2” e “3”, já que exaradas em auto de infração substancialmente nulo.

Considerando que o autuante não foi cientificado sobre o resultado do PARECER ASTEC Nº 118/2012, o PAF foi convertido em nova diligência.

Em nova informação fiscal, fls. 10.707 a 10.710, o autuante não acata o resultado da diligência realizadas pela ASTEC, argumentando que a mesma não observou o II, do artigo 51, do RICMS/97, destacando que o artigo 111 do CTN limita quaisquer outras interpretações da outorga de benefícios que não seja a literal. Reitera que a aplicação da alíquota de 7% só é devida se o desconto constar expressamente no respectivo documento fiscal, pois, em caso contrário, o autuado estaria sendo beneficiado indevidamente.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 05 (cinco) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência das infrações 04 e 05, acostando cópia de DAE com o pagamento integral dos respectivos valores, fl. 298. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando devidamente caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente persiste em relação às infrações 01, 02 e 03, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema informatizado, sendo o Termo de Encerramento e o próprio Auto de Infração uma peça única, conforme pode ser verificado à folha 01, parte superior, não tendo pertinência a alegação de falta de lavratura de termo de fiscalização. Quanto ao artigo 939 citado pela defesa, o mesmo somente se aplica para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o que não ocorreu na presente autuação. O valor exigido do ICMS foi apurado, no caso das infrações 01 e 02, mediante diferença entre o imposto devido, resultante da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo, e o ICMS lançado R\$ 0,00. Já na infração 03, o valor exigido do ICMS foi apurado por meio da diferença entre o imposto devido, resultante da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo e o ICMS lançado, após a aplicação da alíquota de 7% sobre aquela mesma base. Portanto, não houve a aplicação do Roteiro de Arbitramento em nenhuma das infrações em tela.

De igual modo, constatei que no Auto de Infração consta, para cada infração, indicando nos campos específicos a descrição padrão definida pela SEFAZ/BA e o respectivo enquadramento legal nos dispositivos do Regulamento do ICMS, bem como da multa aplicada. Consta na descrição das infrações 01 e 02 que o contribuinte não atendeu as normas prevista no Art. 32-B, enquanto na infração 03 que o contribuinte não atendeu ao disposto no § 1º do artigo 51 do RICMS/BA. Logo, as infrações estão bem caracterizadas, não suscitando nenhuma dúvida. Ressalto que os cálculos e os números das notas fiscais constam dos demonstrativos do Auto de Infração, quais foram entregues ao contribuinte, possibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Assim, não se observa no lançamento fiscal qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF/99. Ademais, cabe registrar que foram realizadas duas diligências pela ASTEC/CONSEF.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativa as operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes.

Em sua defesa o contribuinte acostou cópia das Notas Fiscais nºs 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280, para comprovar que concedeu o desconto e procedeu o registro dessa informação. Cita que na Nota Fiscal nº 0043231, no campo “DADOS ADICIONAIS”, percebendo-se que o valor total sem o respectivo desconto seria de R\$3.163,20. Assim, seguindo as normas pertinente, o autuado concedeu o desconto de R\$ 537,74, equivalente à isenção de 17%, reduzindo o preço final de R\$3.163,20 para R\$2.625,46, em plena conformidade com as normas legais, sendo improcedente a infração em tela.

Entendo que o argumento defensivo deve ser parcialmente acolhido, uma vez que o sujeito passivo comprovou que parte das notas fiscais objeto da autuação concedeu o descontos previsto na legislação. Assim, por se encontrar embasado nos documentos fiscais acostado ao autos, os quais comprovam que foram concedidos os descontos em relação às Notas Fiscais nºs. 0043231, 0043227, 0043210, 0043174, 0043169 e 0043164, fls. 275 a 280, as mesmas devem ser excluídas da infração, nos valores abaixo indicados:

N. FISCAIS	VALOR
43231	1.508,21
43227	1.006,10
43210	446,33
43174	1.005,17
43169	1.524,95
43164	446,33

Em relação as demais notas fiscais objeto da autuação o autuado, por duas oportunidades informou e acostou cópias de documentos fiscais para comprovar a concessão dos descontos, solicitando diligências, as quais foram acolhidas pela presente junta de julgamento.

As diligências foram realizadas pela ASTEC/CONFE, estando os resultados consignados nos PARECERES ASTEC Nºs 0044/2012, fls. 8.859 a 8.864, e 0118/2012, fls. 10.626 a 10.633 dos autos.

No último paracer, o auditor fiscal designado, fls. 10.626 a 10.632, após descrever o que foi pedido pelo Relator, informa que expediu nova intimação, fl. 10.633, onde solicitou um agendamento de nova reunião para que pudesse expor suas necessidades de informação, com isso poder produzir o relatório complementar de diligência, decorrente do Parecer ASTEC nº 44/2012, que efetivamente possa espelhar a realidade dos fatos na forma solicitada pela 2ª JJF. Essa nova reunião aconteceu

no dia 07/11/2012, onde estavam presente funcionária, advogado e assistente técnico do contribuinte.

Nesta reunião o auditor da ASTEC/CONSEF expôs a todos de que a autuada, em relação a Infração 01, deveria desenvolver um novo demonstrativo, agora definitivo, em que se possa comprovar quais as Notas Fiscais, objeto da referida infração, relacionam efetivamente as operações de vendas de mercadorias a órgãos da Administração Pública Estadual sem a cobrança do ICMS por estarem acobertadas pelo art. 32-B do RICMS/BA, ou seja, que o ICMS dispensado foi repassado ao adquirente da mercadoria na forma de desconto. Para agilizar os trabalhos da autuada, apresentou o demonstrativo desenvolvido em Planilha Excel, apresentado no Parecer ASTEC nº 44/2012 e construído a partir do material apresentado pelo Fiscal Autuante, que deu embasamento a referida autuação, onde pediu que fosse destacado, da mesma forma que anteriormente, uma pessoa para que, de posse das cópias das notas fiscais relativas à infração 01, preencha o demonstrativo colocando o número da folha do processo onde se localiza a nota fiscal, com os seguintes textos na coluna “OBSERVAÇÃO”: um texto é - “destaque da isenção no corpo da NF”, neste caso seria porque no corpo da nota fiscal tem o indicativo expresso da informação necessária para que autuada pudesse usufruir dos termos do art 32-B do RICMS/BA. Outro texto é - “destaque da isenção na NF não demonstra o desconto”, neste caso seria porque as anotações no corpo da nota fiscal não demonstra a concessão do desconto, conforme preconiza o art. 31-B do RICMS/BA. Grifou.

Em conclusão o auditor da ASTEC, em relação a infração 01, destaca que o novo demonstrativo, após o Relatório ASTEC 042/2012, acostado aos autos às fls. 10.642 a 10.647, não traz evolução em relação ao levantado anteriormente. Com isso mantém a informação do demonstrativo de débito da infração 01 passa de um débito original de ICMS de R\$347.669,91 para o valor de R\$241.592,33 (fl. 8.884), ratificado agora pelos novos demonstrativos - Planilha Resumo **Infração 01**(fl. 10.642) e Planilha de Cálculo **Infração 01**(fl.10.643-10.647) - conforme novo demonstrativo acostados à folha 10.642, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.630.

Acolho o resultado da diligência consignado no PARECER ASTEC Nº 118/2012, uma vez que foi realizado com base nas orientações determinadas por essa Junta de Julgamento Fiscal e amparada em documentos fiscais que embasaram a infração.

Logo, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$241.592,32, conforme consta novo demonstrativo acostados à folha 10.642, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.630.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativo as operações de saídas de mercadorias destinadas a órgão da administração Pública Estadual Direta (hospital), como não tributadas, com base no art. 32-B, RICMS-BA, sem repassar o desconto do valor do imposto aos adquirentes. No entanto, o aludido dispositivo foi revogado pela Alteração nº 80, Decreto nº 10.072, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06. Assim, como a isenção foi revogada, as operações passaram a ser tributadas.

O benefício fiscal em tela encontrava-se previsto no artigo 32-B do RICMS anteriormente em vigor, entretanto o mesmo foi revogado pela Alteração nº 80, mediante Decreto nº 10072, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, com efeitos a partir de 16/08/2006.

Quanto a alegação defensiva de que o Convênio nº 26/03 continua em vigor, e que teria direito a isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mesmo com a revogação do artigo 32-B, a mesma não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o citado convênio não obriga o Estado da Bahia a conceder o benefício em questão. O convênio apenas faculta o Estado da Bahia a conceder ou não a isenção em tela, trata-se de um convênio autorizativo, podendo o estado conceder e revogar a isenção a qualquer momento.

Portanto, com a revogação do citado benefício fiscal o sujeito passivo não mais poderia ter realizado essas operações sem tributação do ICMS.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 03, é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte aplicou a alíquota de 7% quando das operações de saídas de mercadorias destinadas a empresa cadastradas no SimBahia, porém sem atender a condição de repassar aos adquirentes, sob a forma de desconto, o valor aproximado correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, o qual deveria constar expressamente no respectivo documento fiscal, conforme previsto no § 1º do Art. 51, do RICMS/BA. Desta forma, a alíquota correta a ser aplicada em cada operação é 17%.

O benefício fiscal pleiteado pelo sujeito passivo encontra-se previsto no artigo 51, inciso I, alínea “c” do RICMS/BA, que prevê a possibilidade da incidência da alíquota de 7% nas operações com mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual.

O citado benefício fiscal não é para toda e qualquer mercadoria. Na citada alínea existe previsão de exceção em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e de mercadorias consideradas supérfluas. De igual forma, o citado benefício não é direcionado ao vendedor, ele é direcionado ao adquirente (comprador) o qual realmente suporta a carga tributária.

Para a aplicação do benefício fiscal, redução da alíquota de 17% para 7%, é necessário que sejam atendidas algumas condições impostas, entre elas que as mercadorias não sejam enquadradas na substituição tributária e nem seja supérflua.

O inciso II do § 1º do citado artigo 51 do RICMS/BA, determina que o estabelecimento vendedor (industrial ou a este equiparado) obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

O autuado, por duas oportunidades, informou e acostou cópias de documentos fiscais para comprovar a concessão dos descontos, solicitando diligências, os quais foram acolhidos pela presente junta de julgamento. As diligências foram realizadas pela ASTEC/CONFE, estando os resultados consignados nos APRECERES ASTEC N°s 0044/2012, fls. 8.859 a 8.864, e 0118/2012, fls. 10.626 a 10.633 dos autos.

Conforme já destacada na análise da infração 01, no último paracer, o auditor fiscal designado, fls. 10.626 a 10.632, após descrever o que foi pedido pelo Relator, informa que expediu nova intimação, fl. 10.633, onde solicitou um agendamento de nova reunião para que pudesse expor suas necessidades de informação, com isso poder produzir o relatório complementar de diligência, decorrente do Parecer ASTEC n° 44/2012, que efetivamente possa espelhar a realidade dos fatos na forma solicitada pela 2ª JJF.

Afirma o diligente da ASTEC/CONSEF que todas as notas fiscais destacadas no demonstrativo com indicativo, na “Coluna OBSERVAÇÃO”, **“Destaque da redução BC:10,75269 no corpo da NF”** ou **“Destaque da B.CALC 100% no corpo da NF”**, bem como **“Base de calculo com texto reduzido–CALC (100% NF)”** indica que o autuado comprova o atendimento do disposto no inciso II do §1º do art. 51, RICMS-BA. Neste sentido, todas as Notas Fiscais integrantes do demonstrativo de débito da Infração 03, com os registros desses indicativos devem ser excluídos da autuação na forma solicitada. É o que procedeu com a elaboração do demonstrativo de débito da Infração 03 (fl. 9.057), integrante do Parecer ASTEC n° 042/2012, agora modificado pelos novos demonstrativos - Planilha Resumo **Infração 03** (fl. 10.648) e Planilha de Cálculo (fl. 10.649 a 10.689), com a inserção dos novos elementos acostados aos autos pelo autuado às fls. 9.069 a 10.614 na forma solicitada no item 2.2 do despacho emitido pelo Sr. Relator (fl. 10.625), bem assim com o novo indicativo - **Base de calculo com texto reduzido–CALC (100% NF)”** - de registro nas Notas Fiscais, que, de

tudo foi apresentado, a seu ver, indica que o autuado comprova o atendimento do disposto no inciso II do § 1º do art. 51, RICMS-BA.

Destacou, ainda em relação a Infração 03, que o fiscal autuante apresenta um demonstrativo de débito (fl. 03) para Infração 03 com um indicativo de ocorrência de fato gerador iniciando no mês de fevereiro de 2005. Ocorre que os papéis de trabalho desenvolvidos pelo autuante que dão sustentação a referida autuação inicia com informações a partir do mês de setembro de 2005 (fl. 65). Inquiriu o autuante, por e-mail, sobre as informações relacionadas aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005, alegando que não estavam apensadas aos autos, o que impedia de desenvolver o trabalho solicitado pela diligência, entretanto não lhe foi apresentado.

Ressaltou que este relato foi exposto no Relatório ASTEC 042/2012, porém, em que pese o Fiscal Autuante ter demonstrado descontentamento com o resultado da diligência, em nenhum momento o autuante corrigiu tal falha de procedimento administrativo fiscal, nem tampouco manifesta sobre tal destaque, o que se supõe não ter elementos probantes das ocorrências de fato gerador da infração 03 nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005. Desta forma, todo o débito de ICMS da Infração 03 relativo aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2005 não foi considerado no novo demonstrativo da Infração 03 acostado aos autos à fl. 10.648 e elaborou a partir das correções decorrentes do trabalho da diligência fiscal complementar. Com isso, o demonstrativo de débito da Infração 03 (fl. 02) passa, agora, de R\$739.888,22 para R\$11.163,41, conforme novo demonstrativo acostado à folha 10.648, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.631.

Acolho o resultado da diligência consignado no PARECER ASTEC Nº 118/2012, uma vez que foi realizado com base nas orientações determinadas por essa Junta de Julgamento Fiscal e amparada em documentos fiscais que embasaram a infração.

Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$11.163,41, conforme consta novo demonstrativo acostado à folha 10.648, reproduzido no corpo do PARECER ASTEC Nº 118/2012, fl. 10.631.

Quanto ao pedido de isenção da multa aplicada, o mesmo não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Quanto ao percentual da multa aplicada, entendo que o mesmo foi corretamente indicado no Auto de Infração, qual seja, 60%, estando previsto no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou operação ou prestação tributada como não tributada n(infrações 01 e 02) e erro na aplicação da alíquota.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$675.502,18, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	P. EM PARTE	241.592,33
2	PROCEDENTE	375.823,59
3	P. EM PARTE	11.163,41
4	PROCEDENTE	3.544,93
5	PROCEDENTE	43.377,93
TOTAL		675.502,19

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207140.0004/09-7**, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$675.502,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA