

PROCESSO - A. I. N° 298616.0004/12-3
RECORRENTE - BRF – BRASIL FOODS S.A (BRF S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0031-05/14
ORIGEM - IFEP COMERCIO
INTERNET - 01.12.2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0356-12/14

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. a) BENEFÍCIO DIRIGIDO A MICROEMPRESA, PORÉM UTILIZADO PARA CONTRIBUINTE NORMAL. O autuante comprova que os contribuintes destinatários foram beneficiados na condição de microempresa, mas já estavam regularmente cadastrados como Normal, o que justifica a exclusão do benefício. b) BENEFÍCIO PARA MICROEMPRESA NA SITUAÇÃO CADASTRAL “DESABILITADO”. Contribuinte microempresa na situação DESABILITADO. Comprovada a situação pelo banco de dados da SEFAZ nas datas das aquisições das mercadorias. O sujeito passivo está obrigado, ao realizar operação de venda de mercadorias, em verificar a situação vigente do comprador, tal como descrito no Art. 181, RICMS-97. c) OPERAÇÕES INTERNAS COM ALÍQUOTA ZERO E INTERESTADUAIS COM ALÍQUOTA MENOR. Há comprovação de operações internas sem tributação e as Notas Fiscais n^{os} 82.111 e 129.628, embora com alíquota interestadual de 12%, se destinam a Riachão do Jacuípe e Lauro de Freitas, neste Estado, não fazendo jus à alegação do impugnante de que se trata de operações interestaduais. d) VENDA DE MERCADORIAS A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. DECRETO N° 7.466/88. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. Uma vez não efetuado o desconto e descumpriindo-se a condição imposta pela legislação, é cabível no caso, a desclassificação do benefício, cobrando-se a alíquota cheia de 17% por cento. Quanto ao fato alegado e confirmado pelo autuante de que em alguns casos o desconto foi efetuado a menos, não existe previsão para o tratamento legal em caso de descumprimento parcial. Infrações procedentes. Não acolhida a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5^a JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 11/03/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, cujo início da fiscalização se deu em 17/07/2012 e o mesmo foi lavrado em 26/12/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 1.474.220,67 (um milhão quatrocentos e setenta e quatro mil duzentos e vinte reais e sessenta e sete centavos) em

decorrência do cometimento de 26 (vinte e seis) infrações!

Quase 01 ano após apresentação da sua impugnação inicialmente vertida contra todas as infrações, e antes do julgamento da JJF, o contribuinte em razão dos benefícios da anistia conferida pela Lei Estadual n. 12.903/2013, optou por recolher voluntariamente as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25 e 26, conforme termo de confissão de dívida (fls. 1526). Tendo efetuado o pagamento das mesmas, conforme DAE em anexo (fls.1558).

Desta feita, o presente Recurso Voluntário ataca as Infrações 14, 15, 16, 19 e 20:

Infração 14. – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nesta infração, houve aplicação indevida do benefício de microempresa para contribuinte normal, configurando uso indevido de alíquota de 7%. Aplica-se neste caso, a alíquota de 17%, com redução da base de cálculo em 41,176% uma vez que o contribuinte é signatário do termo de acordo e os adquirentes das mercadorias estão devidamente habilitados. Lançado o valor de R\$ 48.706,61, acrescido da multa de 60%. II, "a" da Lei nº 7.014/96;

Infração 15. – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata- se de vendas de mercadorias com a utilização do benefício do Decreto nº 7.466/98 – microempresa - com desconto inferior ao determinado no próprio decreto. Ou seja, o contribuinte não repassou integralmente o desconto autorizado de 10% sobre o valor da operação comercial para o adquirente da mercadoria aplicando indevidamente a alíquota de 7%. Neste caso aplica-se redução de base de cálculo de 41,176% uma vez que os contribuintes estão em atividade mercantil. Lançado o valor de R\$88.366,89, acrescido da multa de 60%. II, "a" da Lei nº 7.014/96;

Infração 16. – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se a erro de aplicação de alíquota de 7% para contribuintes microempresa na situação, DESABILITADO, conforme banco de dados da SEFAZ nas datas das aquisições das mercadorias. Lançado o valor de R\$131.576,18, acrescido da multa de 60%. II, "a" da Lei nº 7.014/96;

Infração 19. – Deixou de proceder à retenção do ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo a operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Refere-se à falta de retenção de ICMS por substituição tributária de mercadorias destinadas a contribuintes desabilitados neste Estado. Lançado o valor de R\$51.207,69, acrescido da multa de 60%;

Infração 20. – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de saídas de mercadorias internas e interestaduais sem tributação do ICMS alíquota zero, e também com alíquota a menor em vendas internas. Lançado o valor de R\$54.253,87, acrescido da multa de 60%. II, "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.1381/1413), alegando que as infrações presentes no mesmo tratam de diferentes objetos, e que junta-las em um mesmo lançamento é um óbice ao princípio da ampla defesa, além de afirmar que o Auto de Infração não obedeceu aos preceitos estabelecidos no art.39 do Decreto 7.629/99. Requereu ainda produção de perícia.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls.1492/1517), em que manteve sua posição, de forma total, em relação aos lançamentos efetuados, além de deixar a Decisão sobre a produção pericial para a Junta de Julgamento.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 298616.0004/12-3, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.473.807,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.361.371,52, 70% sobre R\$24.597,39 e 150% sobre R\$87.838,53, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a", "e", "f", V, "b", VII, alíneas "a" e "b" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$413,23**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, além dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente constato que o impugnante embora tenha defendido quase todo o Auto de Infração, optou por usufruir dos benefícios previstos na Lei nº 12.903, de 05 de setembro de 2013, que instituiu o programa de Anistia Fiscal no Estado da Bahia, reconheceu e pagou diversas infrações, exceto as dos itens 14, 15, 16, 19 e 20. Assim, o relatório, no intuito de tornar concisa a impugnação remanescente, só trouxe as alegações

pertinentes a estes itens.

Em defesa preliminar o impugnante alega que o Auto de Infração contem quantidade absurda de infrações e que estas não se apresentam concisas, o que ensejaria nulidade nos termos do art. 18 do RPAF, por não atender os dispositivos do art. 39 do mesmo diploma legal. Entendo que embora a quantidade de 26 infrações traga um trabalho mais árduo à defesa, as infrações estão individualizadas, fundamentadas e demonstradas com critério em seus respectivos demonstrativos, não havendo, por conseguinte o que se poderia configurar cerceamento de defesa.

Assim, denego o pedido de nulidade que se argumentou sobre todo o procedimento. Quanto ao pedido de diligência, as provas que constam no processo são suficientes para se aferir o grau de veracidade das acusações que respaldam o lançamento das infrações que permanecem em lide, razão pela qual também denego o pedido de diligência. Assim, passo ao julgamento do item 14 deste processo administrativo fiscal.

Trata este item, do recolhimento, a menos de ICMS em razão de aplicação indevida do benefício de microempresa para contribuinte normal, configurando uso indevido de alíquota de 7%. Alega em sua defesa que se foi indevido o uso da alíquota de 7%, em detrimento da alíquota de 17%, nada mais correto e legal do que exigir da Impugnante apenas a respectiva diferença.

Conforme explica o autuante, o demonstrativo traz a base de cálculo utilizada pelo contribuinte para a tributação a 7%, demonstrando o valor do ICMS sob esta alíquota. Em seguida, aplica a redução de 41,176% sobre esta mesma base de cálculo, sobre a qual se aplica alíquota de 17%. Após a apuração deste valor, deduz-se o valor do ICMS calculado pela alíquota de 7%, e já recolhido pelo contribuinte, cobrando-se apenas a diferença de valores.

Os demonstrativos estão às fls. 315/27, os DANFE entre as fls. 328/344 e os dados cadastrais dos destinatários fls. 345/71. Tomando como exemplo o DANFE nº 9.399 da fl. 328, emitido em 31/03/2009, para Claudineia Lessa Lopes, i.e. 43.778.730 – o cadastro à fl. 349, aponta que a partir de 01/06/2008 o contribuinte passou à condição normal.

O Item 9(lasanha bolonhesa), tem base de ICMS de R\$48,36 com alíquota de 7% e resultou em R\$3,39 de imposto. À fl. 317, demonstra-se que foi aplicado redução de 41,176% sobre o valor da operação(R\$48,36), com BC reduzida para R\$28,45 que aplicada a alíquota normal de 17%, encontra-se ICMS de R\$4,84, apontando diferença de R\$1,45 em relação ao valor destacado na nota – e assim, prova-se que o demonstrativo está correto pois foi cobrada apenas a diferença entre a alíquota cheia de 17% e a alíquota reduzida de 7%. Assim, não vislumbro motivo para diligencia visto que o cálculo efetuado está perfeitamente demonstrado na planilha do autuante.

Quanto à alegada existência de contribuintes que fazem jus à redução, e que não foi considerado pelo autuante, como o destinatário EDMILSON SOUSA DOS SANTOS TRANSPORTES ME, o autuante comprova que este contribuinte foi enquadrado como contribuinte normal em 16/06/2008, permanecendo nesta mesma situação até 01/09/2009 e que a nota fiscal fl. 89165 foi emitida em 22/08/2009, quando se beneficiou da condição de microempresa, mas já estava regularmente cadastrado como Normal, o que justifica a exclusão do benefício. Infração 14 procedente.

A infração 15 trata de vendas de mercadorias com a utilização do benefício do Decreto nº 7.466/98 – microempresa - porém sem o desconto de 10% sobre o valor da operação comercial para o adquirente da mercadoria. O impugnante defende-se sob o argumento de que esta tarefa teria que ser concentrada no controle de custos e preço da Impugnante, mas não o foi, e que o autuante teria reconhecido que parte do desconto foi repassado.

O demonstrativo de fls. 373/85 e os DANFE às fls. 386/402 comprovam as operações objeto desta infração. A título de exemplo, o DANFE nº 10114, fl. 386, e que está lançado no demonstrativo à fl. 375 não aponta qualquer desconto no documento fiscal, justificando o lançamento. Sob o aspecto legal, o RICMS-BA/97 no art. 51, I, II, parágrafo 1º traz em seu texto que o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal”.

Assim, não há qualquer dúvida quanto à obrigação legal do desconto, que não se prende a qualquer questão no que diz respeito ao custo, mas tão somente quanto ao desconto financeiro na operação, pois é certo que o preço não é tabelado, nem estritamente vinculado a um percentual sobre o custo de produção, variando de acordo com a quantidade de mercadorias vendidas assim como as condições de pagamento (à vista ou a prazo), sendo, portanto irrelevante a apuração do custo das mercadorias, fato a que a lei não se reporta, devendo para tanto, que apenas conste explicitamente o desconto oferecido.

Uma vez não efetuado o desconto e descumprindo-se a condição imposta pela legislação, é cabível no caso, a desclassificação do benefício, cobrando-se a alíquota cheia de 17% por cento. Quanto ao fato alegado e confirmado pelo autuante de que em alguns casos o desconto foi efetuado a menos, não existe previsão para o tratamento legal em caso de descumprimento parcial, havendo tão somente descumprimento obrigaçao

condicionante para aplicação de benefício fiscal, fazendo jus ao fisco, o lançamento do imposto com base na alíquota interna de 17%.

Não se trata evidentemente de situação em que se lance diferença de imposto por recolhimento a menos que o devido, onde se aproveita o valor efetivamente recolhido, mas sim, de uma desclassificação do direito ao benefício fiscal. O valor do desconto parcialmente concedido não é imposto que tenha ingressado nos cofres públicos de modo a se considerar como parte a ser abatido no lançamento. Infração 15 procedente.

A Infração 16 refere-se a erro de aplicação de alíquota de 7% para contribuintes microempresa na situação DESABILITADO conforme banco de dados da SEFAZ nas datas das aquisições das mercadorias. Tal infração possui a mesma natureza do item 13 deste processo. Curosamente o impugnante recolheu o valor lançado na infração 13, embora tenha inicialmente contestado as duas infrações, mas não recolheu o valor devido pelo lançamento no item 16.

O impugnante questiona a data da condição de desabilitado no cadastro de contribuintes, como sendo posterior à data do fato gerador e apresenta alguns exemplos. Afirma também que o autuante não apresentou provas da condição cadastral dos destinatários e, muito menos, a exigida comprovação da publicação em Diário Oficial de tais eventos e que parte do ICMS já foi recolhido aos cofres públicos. Por fim, menciona o Parecer nº 11.918/2009, da GECOT/DITRI de 20/07/2007, argumentando que “o fato de o contribuinte destinatário estar na situação de inapto não é impeditivo de aplicação do benefício do Decreto n. 7.799/2000 (Atacadistas), mesmo porque não tem como o fornecedor da mercadoria saber a situação cadastral em que o destinatário”.

Primeiro, de acordo com o demonstrativo de fl. 410/21 seguido dos DANFE, demonstra que o lançamento cobrou apenas a diferença e não o valor integral, não havendo erro material no cálculo. Com relação ao fato de que contribuinte habilitados à época do fato gerador, constam no demonstrativo, foi consultado o exemplo dado na impugnação, de LUIZ ROBERTO DE SOUZA MENEZES (Inscrição Estadual nº 060.976.402), fl. 429. A desabilitação ocorreu em 14/05/2008 e o DANFE à fl. 457, de nº 78.538, foi emitido em 31/07/2009. Assim não procede o exemplo dado na impugnação quanto a eventual erro da data de desabilitação.

Resta então o argumento acerca da publicação em Diário Oficial e os efeitos do Parecer da DITRI que admitia a possibilidade da fruição do benefício do Decreto nº 7.799/2009, mesmo na venda para contribuinte inapto. Trago aqui, trecho de julgamento desta mesma 5ª JJF, ACÓRDÃO JJF Nº 0012-05/13, de lavra do eminente Presidente desta Junta, Dr. Ângelo Mário Pitombo:

Afirma ainda o sujeito passivo, que não há prova da necessária publicação da desabilitação no Diário Oficial do Estado, o que desautoriza o fiscal autuante a afastar as reduções fiscais constante do processo administrativo fiscal. O sujeito passivo está obrigado, ao realizar operação de venda de mercadorias ao adquirente, em verificar a situação vigente do comprador da sua mercadoria, tal como descrito no Art. 181, RICMS-97: o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Tais dados cadastrais, conforme alude o autuante, são disponibilizados para consulta pelo contribuinte no site da Secretaria da Fazenda, Inspetoria Eletrônica, Formulários e Outras Utilidades, Inscrição Estadual ativa ou CNPJ inativo, com atualização semanal das informações.

Com relação ao aludido Parecer da DITRI, não há vinculação dos Pareceres da Diretoria de Tributação com os julgamentos deste Conselho de Fazenda, além do que, conforme esclarecido pelo impugnante na sua informação fiscal, houve retificação, conforme Parecer nº 19.821/2010, constatou a necessidade de reforma parcial do mencionado Parecer, para firmar o novo entendimento de que “é vedado ao contribuinte a aplicabilidade do tratamento previsto no Decreto n. 7.799/2000 (redução de base de cálculo) quando da venda a contribuintes Inaptos, visto que a inaptidão cadastral irregular quaisquer operações realizadas pelo contribuinte que se encontre nessa condição, seja na qualidade de remetente ou destinatário”. Considero, portanto, procedente a infração 16.

A Infração 19 refere-se à falta de retenção de ICMS por substituição tributária de mercadorias destinadas a contribuintes desabilitados. A Impugnante se reporta às razões de defesa expostas em relação às alegadas infrações 13 e 16, no que se refere à necessidade de publicação em Diário Oficial para que a desabilitação no aludido cadastro de contribuintes produza seus efeitos legais. Traz também exemplos de desabilitações que teriam ocorrido em momentos muito posteriores aos fatos geradores.

Os demonstrativos estão às fls. 529/41, os dados cadastrais às fls. 542/64, e os DANFE às fls. 565/599. Analisando o exemplo da Larjal Comércio, que segundo o impugnante a desabilitação ocorreu em 10/08/2012, de acordo com o cadastro à fl. 543, tornou-se inapto a partir de 14/03/2007 e o DANFE nº 9867, fl. 565, de 31/03/2009, portanto em momento em que o destinatário já se encontrava inapto. As demais argüições do impugnante foram já contempladas na apreciação da infração 16, razão pela qual julgo inteiramente procedente a infração 19.

A Infração 20 trata de saídas de mercadorias internas e interestaduais sem tributação do ICMS e também com alíquota a menor em vendas internas. A defesa se resume argumentar que também nesta infração, não foi lançado crédito tributário condizente com o relato aduzido por ele próprio, já que não se considerou os valores

parcialmente recolhidos e que também não considerou que parte destas saídas é interestadual, ou seja, há aplicação da alíquota limite de 12%.

Conforme demonstrativos fls. 601/610 com DANFE e cadastro dos contribuintes nas folhas subsequentes, há a cobrança apenas da diferença, conforme coluna L do demonstrativo com subtração do valor devido daquele que foi destacado e pago. Há comprovação de operações internas sem tributação e as Notas Fiscais nºs 82.111 e 129.628, fl. 625/629, embora com alíquota interestadual de 12% se destina a Riachão do Jacuípe e Lauro de Freitas, neste Estado, não fazendo jus à alegação do impugnante de que se trata de operações interestaduais. Infração 20 procedente.

Quanto à alusão de que o lançamento é confiscatório, e que tal pretensão agride os princípios constitucionais da moralidade, capacidade contributiva e propriedade, este Conselho de Fazenda apenas exerce o controle de legalidade do lançamento tributário, não sendo de sua competência analisar questões afetas à inconstitucionalidade das leis. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) No que tange à alegação de que o lançamento ora combatido não obedeceu aos preceitos do art. 39 do RPAF, refutou a Junta, com a alegação de que, embora a quantidade de 26 infrações traga um trabalho mais árduo à defesa, as infrações estão individualizadas, fundamentadas e demonstradas com critério em seus respectivos demonstrativos;
- b) Indeferiu o pedido de diligência, por considerar que as provas contidas no processo são suficientes para se aferir o grau de veracidade das acusações;
- c) Em relação à alegação de que os destinatários dos itens objeto da 14ª infração, eram beneficiários da redução da base de cálculo, demonstrou a Junta que os mesmos tinham sua situação cadastral à época dos fatos, tida como normal;
- d) Quanto à arguição de que na infração 15 o autuante teria reconhecido que parte do desconto fora repassado, a Junta proferiu entendimento no sentido de que não existe previsão legal nos casos de descumprimento parcial, devendo ser considerado nestas hipóteses, a perda do benefício fiscal e a aplicação da alíquota interna de 17%;
- e) No tocante ao questionamento de que na infração 16 a condição de DESABILITADO dos contribuintes fora posterior à data do fato gerador, e que parte da exação já teria sido paga, argumentou a Junta que o lançamento cobrou apenas a diferença e não o valor total, sendo correto o cálculo realizado pela autuante. Afirmou ainda que a desabilitação dos contribuintes fora anterior ao fato gerador;
- f) Ainda em relação ao 16º lançamento, a Junta considerou que os argumentos de que o autuante não teria comprovado a situação cadastral dos destinatários, além de não ter apresentado a publicação em Diário Oficial, não mereciam proceder, uma vez que tal verificação cabe ao contribuinte e o autuante promoveu à juntada no presente auto dos documentos comprobatórios da situação cadastral à época dos fatos;
- g) Na infração 19, a Junta utilizou os mesmos argumentos utilizados no 16º lançamento, para julga-la totalmente procedente;
- h) Com relação ao argumento de que na infração de nº 20, não foram considerados os valores já pagos, esclareceu a Junta que o cálculo realizado só levou em conta as diferenças entre o devido e o quitado;
- i) Ainda na mesma infração, ao analisar a arguição de que parte das saídas é interestadual, sendo, portanto, aplicável a alíquota de 12%, demonstrou o órgão julgador que as NF's de nºs 82.111 e 129.628, apesar de conterem alíquota de 12%, são destinadas às cidades de Riachão de Jacuípe e Lauro de Freitas, ou seja, neste Estado;
- j) Por fim, em relação à alegação de que o Auto de Infração tem caráter confiscatório e averso aos princípios constitucionais, negou-se a Junta a apreciar o argumento, com o fundamento de que não cabe ao CONSEF analisar questões afetas à inconstitucionalidade das leis.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls.**

1595/1607) em relação à Decisão da junta, quanto às infrações remanescentes reiterou todos os seus argumentos defensivos, senão vejamos:

- i. Arguiu que a 5ª JJF denegou seu pedido de nulidade sem destrinchar seu argumento, sendo este feito de forma genérica;
- ii. Reitera sua preliminar de nulidade em razão da preterição do seu direito defesa uma vez que o número de infrações foi excessivo e imputadas de forma genérica;
- iii. Reitera que na infração 16 alguns dos destinatários à época dos fatos possuíam condição regular perante o cadastro estadual de contribuintes. Além disso, afirmou que em nenhum dos casos fora comprovada a publicação em Diário Oficial da suposta desabilitação dos destinatários;
- iv. Alega que de acordo com o Parecer de nº 11.918/2009, prolatado pela SEFAZ/BA, a condição cadastral dos destinatários das mercadorias não é circunstância impeditiva para fruição do benefício fiscal;
- v. Reitera que o fisco não levou em conta os valores já pagos, relativamente à infração 16, quando da elaboração do Auto;
- vi. Afirma que o i. Fiscal não levou em conta os valores já pagos na infração 14, e que caberia somente a exigência da diferença do tributo alegadamente devido, qual seja, a quantia calculada pelo percentual de 10% do valor das operações;
- vii. Alega que na infração 15, caberia ao autuante identificar o montante dos descontos não repassados e assim verificar se os mesmos repercutiriam de forma a reduzir o percentual adotado pela Fiscalização em menos de 7%;
- viii. Reitera o pedido de nulidade da infração 19, por ausência da publicação em Diário Oficial da suposta desabilitação dos contribuintes, além de arguir que diversos destinatários de suas mercadorias se encontravam em situação regular à época dos fatos geradores;
- ix. Reafirma que na infração 20 o i. Fiscal não levou em conta os valores já quitados, e que algumas das saídas eram interestaduais, nas quais caberia a aplicação da alíquota de 12%.

Em Parecer da lavra da Dra. Maria José Sento Sé, a PGE/PROFIS (fls. 1611/1613) opinou pelo Improvimento do Recurso, alegando que:

- i. O lançamento de ofício em apreço atende a todos os requisitos descritos no art.39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629, o que resultou na impossibilidade de que o Auto de Infração gere prejuízos ao contribuinte;
- ii. Os demonstrativos constantes às fls. 315/327, os DANFE's às fls.328/344 e os dados cadastrais dos destinatários às fls. 345/371, confirmam o acerto do lançamento 14, que cobra apenas a diferença entre a alíquota cheia e a alíquota reduzida;
- iii. Os demonstrativos de fls. 373/385 e os DANFE's de fls. 386/402 comprovam a ausência de repasse de desconto no documento fiscal, o que resulta na perda do benefício por descumprimento do disposto no §1º, incisos I e II, do art.51 do RICMS-BA/97;
- iv. Os demonstrativos fiscais às fls. 410/421 e fls.529/541, os dados cadastrais de fls. 522/529 e de fls. 542/564, e os DANFE's comprovam a regularidade das infrações 16 e 19;
- v. O art.181 do RICMS/97 determina com clareza que o sujeito passivo está obrigado, ao realizar operação de venda de mercadorias, a verificar a situação cadastral do adquirente de sua mercadoria via Internet ou nos terminais de autoatendimento da Secretaria da Fazenda;
- vi. O Parecer de nº 19.821/10, invocado pelo recorrente, fora devidamente retificado pela administração tributária, a qual firmou novo entendimento, de que é vedado ao contribuinte a aplicabilidade do tratamento previsto no Decreto nº 7.799/00 quando da venda à contribuintes inaptos;

- vii. No concernente ao 20º item, os demonstrativos fiscais de fls. 601/610, os cadastros dos contribuintes e os DANFE's comprovam a cobrança apenas da diferença e não da alíquota cheia;
- viii. Apesar das Notas Fiscais de nºs 82.111 e 129.628 registrarem a alíquota interestadual de 12%, seus destinos são as cidades de Riachão de Jacuípe e Lauro de Freitas, ou seja, neste mesmo Estado.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 11/03/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 1.474.220,67 (um milhão quatrocentos e setenta e quatro mil duzentos e vinte reais e sessenta e sete centavos) em decorrência do cometimento de 26 (vinte e seis) infrações!

Quase 01 ano após apresentação da sua impugnação inicialmente vertida contra todas as infrações, e antes do julgamento da JJF, o contribuinte em razão dos benefícios da anistia conferida pela Lei Estadual n. 12.903/2013, optou por recolher voluntariamente as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25 e 26, conforme termo de confissão de dívida (fls. 1526). Tendo efetuado o pagamento das mesmas, conforme DAE em anexo (fls.1558).

Desta feita, o presente Recurso Voluntário ataca as Infrações 14, 15, 16, 19 e 20.

Antes de adentrar ao mérito, passo à análise da preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente em sede de impugnação, reiterada em sede de Recurso Voluntário.

O Recorrente aduz que teve prejudicado o seu direito defesa, tanto em razão do número de infrações inseridas em um mesmo lançamento, tanto em razão da generalidade da descrição das mesmas, quanto à falta de enfrentamento específico de sua preliminar por parte da JJF.

No que se refere à falta de detalhamento das infrações impostas entendo não assistir razão ao Recorrente uma vez que da análise do PAF verifico que as mesmas foram descritas de forma clara. Ademais, a JJF enfrentou de forma adequada sua preliminar, fundamentando a sua posição.

Entretanto, no que se refere à alegação de cerceamento do direito de defesa em razão do volume de Infrações imputadas, gostaria de salientar preliminarmente que o presente processo gira em torno de 26 supostas infrações à legislação do ICMS, cada uma tratando de situações diversas.

De fato, não há vedação na legislação estadual acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo, entretanto, não há dúvidas de que tal prática deve ser evitada, sobretudo se puder causar algum tipo de embaraço ao direito de ampla defesa do contribuinte e, consequentemente, prejudicar a busca da verdade material.

Tal posição também foi defendida pelo Conselheiro Leonardo Baruch em voto divergente proferido no A.I. Nº 269139.0001/10-7, e por este Relator nos Autos de Infração 206881.0002/13-2, 207090.0007/13-5 e 277992.0402/12-7. Ressalte-se que em todos esses precedentes a nulidade arguida não foi acolhida unicamente em razão do voto de minerva dos respectivos Presidentes das Câmaras de Julgamentos Fiscais, em razão do poder conferido pela legislação estadual.

Toda análise de nulidade de um Auto de Infração deve ser feita a partir do caso concreto, a fim de perquirir se a reunião de diversas infrações no mesmo auto prejudica ou não os princípios basilares do processo administrativo fiscal.

No caso ora em análise, entendo que o direito de defesa do contribuinte restou prejudicado, seja pela dificuldade em compreender o alcance das infrações e produzir as provas que lhe competiam em tempo hábil, seja pela dificuldade dos julgadores desse Egrégio Conselho em realizar tal mister.

E não se pode alegar que tal fato restaria superado diante do recolhimento voluntário da grande maioria das infrações, uma vez que isso decorreu de benefício de anistia concedida pelo Governo

Estadual através da Lei n. 12.903/2013. Em razão disso, em uma análise de custo benefício e, exatamente da dificuldade de se impugnar e de se fazer prova para todos os itens.

Da análise do presente PAF verifico que o início da ação fiscal se deu em 17/07/12 (fl. 24), e em 28/09/12 (fl. 26) o agente fiscal requereu prorrogação de prazo de fiscalização por mais 60 dias, exatamente em razão do volume de documentos e roteiros, e da necessidade de uma melhor análise da movimentação fiscal. Ao final, o presente lançamento fora lavrado em 27 de dezembro de 2012.

Ora, o agente fiscal teve exatos 5 meses e 10 dias para proceder à fiscalização que acarretou na lavratura de Auto de Infração com 26 infrações, intimando o contribuinte no dia 27/12/12 (quinta feira), quase que véspera do recesso de final de ano.

Em contrapartida aos 160 dias que o agente fiscal teve para proceder à apuração de 26 infrações, o Recorrente teve apenas 30 (trinta) dias cuja contagem se iniciou no dia 28/12/12 (sexta-feira), no meio do recesso de final de ano, para se defender das mesmas 26 infrações.

Chama atenção também o tom agressivo e desrespeitoso do agente fiscal quando em sua informação fiscal de 25 páginas, na fl. 1494, afirma que *não cabe ao contribuinte analisar se o número de infrações do Auto de Infração é conveniente ou não para sua defesa, e muito menos emitir opinião a respeito de procedimentos específicos do ente tributante*. E mais adiante afirma que a sua *defesa começa de forma pífia*, e continua aduzindo que *não cabe ao auditor fiscal “facilitar” o trabalho dos escritórios de advocacia diante de um ilícito tributário*.

Sobre as demais manifestações agressivas e desrespeitosas do agente autuante emitirei minha posição mais adiante. Entretanto, nesse presente momento cumpre destacar qual foi o real espírito o agente autuante, dito de forma clara e expressa, não facilitar a vida do contribuinte. E de fato não facilitou na medida em que lavrou 26 infrações de uma única vez e ainda teve a cortesia de intimar o contribuinte para se defender na véspera dos recessos de final de ano.

Resta saber se o autuante teria a capacidade de proceder ao mesmo levantamento fiscal que levou 160 (cento e sessenta dias) nos mesmos 30 dias de defesa do contribuinte, ou se tal prazo reduzido acarretaria em um levantamento *pífio* como afirma ser a defesa do contribuinte.

Entretanto, o Fisco não pode se utilizar de tal estratégia em seu favor. O que deve ser pago é o que é devido com certeza e segurança e não por impossibilidade de defesa do contribuinte, ou por imposição de dificuldades de defesa.

A dificuldade do contribuinte, do próprio fisco e também dos julgadores diante do presente Auto de Infração não se resumiu apenas ao árduo trabalho de analisar as centenas de laudas do PAF. Em suma, a instrução processual restou inteiramente prejudicada.

Veja que, apesar de não ter vedação expressa na legislação quanto ao limite de infrações constantes em um mesmo lançamento fiscal, da análise da legislação estadual verifica-se que o ato praticado no presente lançamento é incompatível com os princípios norteadores do processo administrativo fiscal, desta forma é que o Decreto nº 7.629/99 prevê expressamente nos termos do seu art. 2º:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

§ 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

Por sua vez, entendo que o direito de defesa do contribuinte foi tolhido.

Diante de tal situação, em apreço aos princípios norteadores do direito tributário, entendo que o

mais razoável a se fazer no caso comentado é anular o Auto de Infração quanto às infrações não reconhecidas e não recolhidas pelo Recorrente.

Assim, acolho a preliminar suscitada pelo Recorrente, e voto pela nulidade do presente lançamento quanto às infrações não reconhecidas e não recolhidas pelo contribuinte, quais sejam, as Infrações 14, 15, 16, 19 e 20.

Vencido em Decisão por maioria, em razão do voto dos Nobres Conselheiros Fazendários.

Antes de adentrar à análise do mérito do Recurso Voluntário interposto, cumpre registrar o repúdio deste Relator à maneira jocosa, inconveniente, desrespeitosa e irresponsável que o ilustre auditor fiscal se reporta ao contribuinte e seus representantes em sua Informação Fiscal (fls. 1492 à 1517).

Este Relator já se manifestou outras vezes sobre a necessidade de respeito entre as partes envolvidas nos procedimentos administrativos fiscais, registrando repúdio tanto a agentes fiscais que extrapolam em seu tratamento quanto aos contribuintes e, especialmente aos representantes dos contribuintes que desrespeitam os agentes fiscais.

Qualquer processo tem que ser dirigido com respeito entre as partes. O agente fiscal é apenas um representante do Estado à serviço da Sociedade e remunerado por esta mesma Sociedade, inclusive pelo ora recorrente.

Não cabe ao agente estatal realizar embate direto com o contribuinte, mas tão somente agir de forma plenamente vinculada à lei, e nos casos de informação fiscal rebater as razões de defesa de forma clara e objetiva, para subsidiar os julgadores, e não emitir opiniões subjetivas sobre o contribuinte, ou pior, tecer críticas desrespeitosas como o fez.

Desta forma, apenas para exemplificar os termos utilizados pelo agente fiscal em sua informação fiscal (fl. 1494), *in verbis*:

- i) ... não cabe ao contribuinte analisar se o número de infrações do Auto de Infração é conveniente ou não para sua defesa, e muito menos emitir opinião a respeito de procedimentos específicos do ente tributante.
- ii) ...sua defesa começa de forma pífia...
- iii) ... Não cabe ao auditor fiscal “facilitar” o trabalho dos escritórios de advocacia diante de um ilícito tributário.
- iv) Pelo visto, os representantes legais não ficaram com muita disposição em ler e analisar o Auto de Infração completo Além disso, não enxergaram nem os dispositivos legais apontados, cujos enquadramentos e multa estão devidamente registrados em cada infração, que, graças a Deus, são numeradas pelo próprio sistema de Auto de Infração senão esses “representantes legais” seriam capazes de apontar outra suposta irregularidade.
- v) Isto posto, não cabe ao autuante “ensinar” aos representantes legais o direito tributário estadual e nem facilitar a “vida” daqueles que se propõem a “esculhambar” o trabalho alheio.
- vi) ...cuja peça não passa de cópia de defesas apresentadas em outros autos de infração de empresas que foram absorvidas pelo citado contribuinte.
- vii) Os representantes legais do contribuinte confundem o dispositivo constitucional – ampla defesa – com a falta de conhecimento e de disposição de se ler um processo fiscal em sua inteireza, e optaram por construir uma defesa com argumentos vazios, rasos, desconexos, confusos, e inválidos, caminho este mais fácil porque nada se aprofunda e passa a imagem de que algum “trabalho” foi realizado, o que revela uma tentativa frustrada de confundir a lisura deste processo administrativo fiscal.

Em razão das desrespeitosas manifestações acima citadas, este Relator invoca o art. 162 do RPAF que assim dispõe:

Art. 162. A pedido do interessado ou de ofício, a autoridade julgadora mandará riscar nos autos os termos ou expressões considerados des corteses ou injuriosos.

Parágrafo único. A autoridade julgadora poderá mandar extraír cópia do instrumento que contenha os termos ou expressões considerados injuriosos, para que sejam encaminhadas ao Presidente do CONSEF, cabendo a este adotar as medidas que considerar cabíveis.

Assim, solicito à Secretaria que seja extraída dos autos a fl. 1494 remetendo cópia ao Presidente

deste CONSEF para que adote as medidas que considerar cabíveis.

Feitas tais considerações, em que pese o desconforto de analisar razões de mérito de um lançamento que este Relator considera NULO, por expressa disposição do RPAF, passo à análise do mérito do Recurso Voluntário.

Da análise das razões recursais apresentadas quanto às Infrações 14, 15, 16, 19 e 20 verifico que todas já foram devidamente analisadas pelos julgadores de piso. O Recorrente não traz nenhum fato novo.

Quanto à Infração 14 o autuante logrou êxito em comprovar que, à época dos fatos geradores, os contribuintes encontravam-se na condição de normal, e o Recorrente aplicou indevidamente benefício destinado a microempresas. Subsistente a Infração 14.

Quanto à Infração 15 efetivamente restou comprovada a falta de repasse do desconto autorizado de 10% aos adquirentes, nos termos do Decreto n. 7.466/98, o que acarretou a inaplicabilidade do benefício. Outrossim, tendo em vista se tratar de benefício condicional, o cumprimento parcial da condição não pode ser considerado, ainda mais em razão da legislação não tratar da citada situação. Resta portanto procedente a Infração 15.

Quanto às Infrações 16 e 19, em sendo condição para aplicação da alíquota reduzida a condição regular do adquirente, bem como em se tratando de benefício fiscal, caberia ao Recorrente verificar a regularidade e condição dos contribuintes perante o CAD-ICMS da Bahia.

Vale ressaltar o que prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Outrossim, o Parecer DITRI defendido pelo Recorrente fora posteriormente retificado.

Assim, em que pese este Relator entenda como justas as alegações do Recorrente, uma vez que dentro de uma atividade empresarial do porte da realizada pela empresa, às vezes torna-se verdadeiramente impossível analisar a regularidade fiscal de todos os seus adquirentes, trata-se de obrigação acessória estabelecida na legislação, e condição para aplicação do benefício.

No que se refere à Infração 20 o recorrente aduz tão somente que está sendo exigido na integralidade do imposto estadual, com a alíquota de 17%, sem levar em consideração que se trata de recolhimento a menor, e que o contribuinte já recolheu imposto com alíquota de 12%. Ocorre que, já restou demonstrado pelo autuante que, o contribuinte está sendo exigido exatamente da diferença entre o que foi recolhido e o que deveria ser recolhido.

Assim, diante de todo o exposto, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade acolhida pelo Relator)

Peço *venia* ao ilustre relator para discordar do seu entendimento de acolher a preliminar de NULIDADE do presente lançamento, arguida pelo sujeito passivo, quanto às infrações não reconhecidas e não pagas pelo recorrente, sob o entendimento de que o direito de defesa do contribuinte restou prejudicado em razão da quantidade das Infrações.

Vislumbro que não se deve declarar nulidade sem prejuízo, visto que o sujeito passivo, quando da sua impugnação às fls. 1.381 a 1.413 dos autos, manifestou suas insurgências à quase totalidade das acusações fiscais e, posteriormente, optou por usufruir dos benefícios da anistia fiscal previstos na Lei nº 12.903/13, reconhecendo diversas infrações, exceto as dos itens 14, 15, 16, 19 e 20, conforme foi consignado nos autos.

Sendo assim, por ter o contribuinte apresentado às razões de defesa das infrações que lhe convém e posteriormente optado em reconhecê-las e desistir das impugnações, demonstra de forma cabal que não ocorreu o cerceamento ao direito de defesa e, em consequência, qualquer prejuízo ao contraditório, o que já demonstra a forma paradoxal da nulidade arguida.

Ademais, o próprio Relator afirma que não há vedação, na legislação estadual, acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo. Na verdade, a única vedação que existe na legislação é no sentido de se lavrar um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos, conforme previsto no art. 43 do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Por fim, em que pesa existir uma maior complexidade para a análise do Auto de Infração com várias irregularidades, tal fato não é motivo de nulidade do lançamento do crédito tributário, pois não enseja cerceamento ao direito de defesa do autuado, ainda mais se considerarmos que o Processo Administrativo Fiscal é regido, dentre outros, pelo princípio do informalismo, o que oportuniza ao contribuinte a comprovação da verdade material, inclusive através do Controle da Legalidade exercido pela PGE/PROFIS, previsto no art. 113, § 5º, do RPAF.

Diante do exposto, voto pela rejeição da nulidade levantada de ofício pelo i. Conselheiro.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quando à preliminar de nulidade, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298616.0004/12-3 lavrado contra **BRF - BRASIL FOODS S.A. (BRF S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$1.473.807,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.361.371,52, 70% sobre R\$24.597,39 e 150% sobre R\$87.838,53, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e”, “f”, V, “b”, VII, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$413,23**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, além dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS