

A.I. Nº - 206911.0004/12-2
AUTUADA: - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA
AUTUANTE: - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM: - IFEP NORTE
INTERNET - 29.10.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/14

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No Auto de Infração estão contempladas infrações diversas, cujo critério comum foi a apuração do imposto, quando houve repercussão na conta corrente fiscal do ICMS em desfavor do Estado. Metodologia de apuração em desconformidade com a lei. Agrupamento de diversas imputações em um único item. Repercussão na base de cálculo do ICMS apurado por substituição tributária, contaminando a exigência fiscal que compõe o item 2 do lançamento de ofício. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 09/11/2012 para exigir ICMS no valor de R\$1.411.775,81 com as imputações abaixo descritas:

Infração 01

Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

“Apurado através de Levantamento Fiscal, tendo em vista a detecção das seguintes irregularidades nos Exercícios de 2008 e 2009, como sejam: a-) não recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS incidentes sobre operações de vendas destinadas a contribuintes não-inscritos e/ou com inscrição estadual cancelada ou inapta, bem como, o usufruto irregular de benefícios fiscais concedidos através do Termo de Acordo – Atacadistas celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e previsto no Decreto 7799/00; b-) omissão dos valores a título de Diferencial de Alíquota sobre a entrada de mercadorias destinadas a uso ou consumo (DIFAL); c-) saídas de mercadorias tributáveis como não-tributáveis; d-) utilização a maior de créditos fiscais de ICMS, em virtude de erro no transporte dos valores constantes do livro REM – Registro de Entradas de Mercadorias nº 15 para o Livro RAIMS – Registro de Apuração do ICMS nº 04 alusivos ao Exercício de 2008, ocorridos nos meses de março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/08, cujas cópias dos livros fiscais pertinentes, encontram-se juntadas ao presente PAF; e-) ICMS debitado a menor, em razão de erro na aplicação da carga tributária devida; f-) Utilização irregular de créditos fiscais de ICMS sobre entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e/ou com Redução da Base de Cálculo em 100%. Estando tudo discriminado nos demonstrativos constantes nos Anexos nºs 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 28 os quais encontram-se juntados ao presente PAF em forma de mídia gravada (CD) tendo em vista o grande volume de dados envolvidos. Com o fito de tornar mais claro e transparente os procedimentos adotados, foram produzidos os Anexos nºs 20, 21 e 22 (Exercício 2008) e 23, 24 e 25 (Exercício 2009) os quais, dão conta respectivamente, de: Memória de Cálculo – ICMS Operações Normais; Demonstrativo de Apuração do ICMS – Conforme RAICMS e Levantamento Fiscal do ICMS Devido – Ajustado, com metodologia adotada, comum a ambos os Exercícios os quais foram também, juntados sob a forma

impressa, visando instruir e explicitar corretamente o PAF, bem como também impresso, o Anexo 28 – Índice das Infrações.” Total da Infração: R\$1.251.511,23, multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02

Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Apurado através de Levantamento Fiscal, tendo em vista o não recolhimento e/ou recolhimento a menor nas operações de vendas destinadas a contribuintes não-inscritos e/ou com inscrição estadual cancelada ou inapta, bem como, a não efetivação da retenção do Imposto na qualidade de contribuinte substituto do ICMS, decorrente do uso irregular e indevido dos benefícios fiscais previstos no Termo de Acordo –Atacadistas (Decreto 7799/00) celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Estando tudo discriminado nos demonstrativos constantes nos Anexos nºs 02, 03, 04, 06, 07, 08, 12, 26 e 27 os quais se encontram juntados ao presente PAF em forma de mídia gravada (CD) em virtude do grande volume de dados envolvidos. Visando instruir e explicitar corretamente o presente PAF, foram produzidos e juntados também, sob a forma impressa, os Anexos 26 e 27, bem como também o Anexo 28 – Índice das Infrações.”

Valor total: R\$160.264,58 com multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da lei n 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa ressaltando inicialmente a tempestividade da sua petição.

Ressaltou em seguida a nulidade do PAF por falta de individualização da conduta da autuada e violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Questionou qual a conduta praticada pela Empresa Autuada? Como a Autuada poderia defender o auto se não sabe da conduta que praticara? Teria o Autuado utilizado crédito indevido? Ou teria deixado de recolher diferença de alíquota nas aquisições de material de uso e consumo adquirido de outra unidade da Federação? Será se a impugnante teria vendido mercadorias para empresa canceladas no cadastro de contribuinte? Ou ainda a defendente teria utilizado o benefício do Decreto Atacadista indevidamente? Teria ela vendido mercadorias tributadas como não tributadas? Por fim a empresa teria utilizado crédito a maior?

Enfatizou que houve também erro na **tipificação da conduta e da penalidade**.

Sobre o tema, transcreveu a decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, no PAF A. I. Nº - 232845.0513/11-4, com a seguinte ementa:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indica de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação do ilícito e cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime. (grifo nosso)

Outro aspecto de ordem formal citado foi a falta de prorrogação da ordem de serviço.

Nas razões meritórias frisou que o preposto do fisco apresentou 28 planilhas em meio magnético, contendo um número exorbitante de dados referente às operações do autuado, que não coadunam com a descrição dos fatos narrados na peça acusatória, conforme amplamente demonstrado nas preliminares de nulidade alhures.

Passou a discorrer acerca de cada uma das planilhas que compõem o A.I, nos seguintes termos:

PLANILHAS 01 E 05.

As planilhas 01 e 05, referente aos exercícios de 2008 e 2009 respectivamente, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, traz em seu cabeçalho como objeto o seguinte texto: “Utilização irregular de créditos fiscais de ICMS, sem a observância da limitação máxima em 10% prevista no Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, (Dec. 7799/00)”.

Logo, fazendo uma apreciação preliminar conclui-se, como dito anteriormente, que os fatos descritos na planilha não coadunam com ações narradas no lançamento fiscal.

Ademais, e ultrapassados os vícios formais, verifica-se que as planilhas acima trazem em seu bojo inconsistências que as tornam imprestáveis para garantir com exatidão a infração, sua base de cálculo e o valor devido.

Nesta circunstancia, verifica-se que o Auditor Fiscal ao efetuar o cálculo de limitação do crédito fiscal de ICMS, o fez levando-se em consideração a totalidade das entradas da dependente, sem considerar a proporcionalidade das saídas com utilização do benefício fiscal positivado no Decreto 7.799/2000, majorando excessivamente o suposto estorno de crédito fiscal.

Vale registrar que o estorno de crédito exigido pelo art. 6º do Decreto Atacadista, deverá ser realizado na proporção das saídas com redução de base de cálculo definida no art. 1º do mesmo diploma regulamentar, utilizando-se das metodologias prevista no § 1º do art. 6º do Decreto multicitado e do § 2º, do art. 100, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, in verbis:

DECRETO Nº 7.799 DE 09 DE MAIO DE 2000

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

§ 1º Não sendo possível ao contribuinte manter controle de seus estoques de modo a permitir a vinculação a que se refere este artigo, aplicar-se-á o método previsto no § 2º, do art. 100, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997.

DECRETO Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

§ 2º Na determinação do valor a ser estornado, observar-se-á o seguinte:

I - quando não for conhecido o seu valor exato, será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, sobre o preço mais recente do mesmo tipo de mercadoria ou serviço;

II - não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes, se possível identificá-las, ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contradadas, vigentes à época do estorno;

III - quando houver mais de uma aquisição ou prestação e não for possível determinar a qual delas corresponde a mercadoria ou o serviço, o crédito a ser estornado deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente na data do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado.

Ademais, nas planilhas de números 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 9, o Autuante lança supostos débitos fiscais referente a utilização indevida do benefício fiscal do Decreto 7.779 de 2000, em função de falta ou situação irregular das inscrições estaduais dos adquirentes, entretanto nas planilhas ora em apreço o mesmo exige o estorno do crédito, contrariando a legislação, que determina o estorno apenas quando houver saídas com utilização da redução de base de cálculo.

Dito isto, como pode o fisco nas planilhas acima citada decretar a impossibilidade de utilização da redução de base de cálculo prevista no Decreto Atacadista e nas planilhas ora guerreada a falta de estorno?

Pode o fisco cobrar estorno de crédito de operações que nas saídas também cobrou a base de cálculo de forma integral?

Neste sentido, o próprio Conselho de Fazenda Estadual, em caso similar, julgou nulo por vício material o lançamento fiscal que não observou a legislação aplicada, conforme acórdão a seguir.

1a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-01/12

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO

DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Mediante diligência, restou comprovado que a metodologia empregada na apuração do imposto devido não estava em conformidade com a legislação tributária estadual aplicável ao caso concreto, acarretando insegurança na determinação da infração e do valor devido. Infração nula. 2. BASE DE CÁLCULO. a) TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Nas saídas interestaduais em transferências, entre estabelecimentos da mesma empresa, a base de cálculo do imposto deverá ser apurada de acordo com o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, nos termos do art. 13, § 4º, I, da LC nº 87/96. Infração subsistente. b) REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não contestada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. Afastadas as preliminares de nulidade e de decadência. Indeferida a solicitação de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Se não bastasse a inconsistência acima, as referidas planilhas incluem em seus possíveis cálculos de débito de falta de estorno de crédito, produtos que se que estão sujeitos ao benefício fiscal do Decreto 7.799/2000, haja vista estarem explicitamente excluídas do benefício em comento, conforme se depreende da leitura do art. 4º do multicitado Decreto, senão vejamos:

Art. 4º A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplica às operações:

I - sujeitas à substituição tributária;

II - já contempladas com redução de base de cálculo do ICMS ou concessão de crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo ou incentivo, tenham sua carga tributária reduzida, exceto quando for mais favorável ao contribuinte, ficando vedada a cumulação com outro benefício.

Logo, para corroborar com a afirmativa acima, trazemos a baila de forma exemplificativa, notas fiscais extraídas das mencionadas planilhas elaboradas pelo Autuante, com mercadorias que pela legislação estão incluídas na substituição tributária ou já foram contempladas com redução de base de cálculo, não fazendo parte do rol das operações sujeitas ao benefício e consequentemente fora do estorno de crédito, conforme tabela abaixo:

DATA	NF	MERCADORIA	PLANILHA	MOTIVO DA EXCLUSÃO
24/01/2008	651009	CHARQUE DIANT. CIA DO BOI 01X30KG	1	PRODUTO JÁ COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO
02/09/2009	772987	WHISKY NATU NOBILIS 12X01L	1	PRODUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁ
24/04/2009	782682	CATUABA SELVAGEM COQ.VINHO FERM. 12X01L	5	PRODUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
06/07/2009	830466	CHARQUE P. A. BERTIN	5	PRODUTO JÁ COM REDUÇÃO DE BASE DE

		01X30KG		CÁLCULO
14/04/2009	802027	WHISKY OLD EIGHT (UND) 01X01L	5	PRODUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
24/04/2009	8053777	WHISKY TEACHERS 1L (UND) 01X01L	5	PRODUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Neste mesmo diapasão, o Autuante também inclui em suas planilhas de números 01 e 05, produtos em que o próprio Decreto instituidor do benefício fiscal prevê manutenção de crédito, em conformidade com seu artigo 3º, in verbis:

Art. 3º Nas saídas internas dos produtos relacionados aos códigos de atividades econômicas dos contribuintes indicados a seguir, fabricados por eles e destinadas a contribuintes habilitados, nos termos do art. 7º, a base de cálculo será reduzida de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de:

I - 7% (sete por cento), tratando-se de contribuinte com atividade de:

a) fabricação de sabões e detergentes sintéticos, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2061-4/00;

b) fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2063-1/00;

c) fabricação de produtos de limpeza e polimento, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2062-2/00;

II - 12% (doze por cento), tratando-se de contribuinte com atividade de fabricação de produtos de papel para uso doméstico e higiênico-sanitário não especificados anteriormente, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 1742-7/99;

§ 1º Não será exigido o estorno proporcional dos créditos fiscais relativos a insumos e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subseqüentes amparadas pelo benefício previsto neste artigo.

§ 2º Não será exigido o estorno proporcional dos créditos fiscais relativos a operações subseqüentes realizadas pelos contribuintes habilitados nos termos do art. 7º, com os produtos de que trata este artigo, amparadas pelo benefício previsto no art. 1º. (Grifo nosso)

Assim sendo, nas vendas de produtos de limpeza, por exemplo, adquiridos de indústrias situadas no Estado da Bahia, sujeitas ao benefício do Decreto Atacadista por parte do impugnante, não deverá haver o estorno do crédito fiscal, visto existir regra expressa de manutenção de crédito.

Ratificando o entendimento a cerca da matéria e em total harmonia com o que disciplina a norma, trazemos de forma exemplificativa, a tabela a seguir para demonstrar claramente a existência de erros cometidos pelo Autuante, ao incluir operações que tinham previsão de manutenção de crédito, os quais tornam descabida a presente Infração, conforme se depreende:

DATA	NF	MERCADORIA	PLANILHA
30/04/2008	682387	DESINF ATOL JASMIN 12X750ML	1
23/12/2008	765071	AMAC ATOL ALEGRIA DAS FLORES 24X500ML 24X500ML	1
05/01/2009	772041	DETERG LIQ.ATOL LIMAO 500ML 24X500ML	5
11/08/2009	842279	DESINF AMB.ATOL TRADICIONAL 24X90ML	5

Ademais, nestas mesmas planilhas o nobre Auditor Fiscal, utilizou na coluna nomeada de "% Cred. Max. Termo de Acordo", percentuais de 7,00, 10,00, 12,00 e 18,90, que segundo ele seria o percentual máximo permitido de crédito pelo Decreto 7.799/2000.

Ocorre que mais uma vez o fisco estadual contrariou a legislação vigente, trazendo insegurança na apuração da base de cálculo, haja vista que existe unicamente um percentual estipulado de 10%, definido no art. 6º da norma regulamentar em comento, senão vejamos:

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Neste contexto, somente a título ilustrativo, vide as notas fiscais constantes na tabela abaixo retiradas das planilhas ora impugnadas, que demonstram os vícios acima apontados.

DATA	NF	% Cred. Max. Termo Acordo	PLANILHA
31/05/2008	692269	7,00	1
17/12/2008	763819	12,00	1
02/09/2008	772987	18,90	1
01/12/2009	4837	7,00	2
05/01/2009	772066	12,00	2
11/03/2009	788340	18,90	2

Assim sendo, restou devidamente comprovado que a inclusão de percentuais de estorno empregada na apuração do imposto devido não está em conformidade com a legislação tributária estadual aplicável ao caso concreto, acarretando insegurança na determinação da infração e do valor devido, devendo ser julgado nulo de pleno direito ou totalmente improcedente.

Mesmo assim, se não bastassem às inconsistências já assinaladas, a Fazenda Estadual ainda inclui nos supostos cálculos de estorno de crédito exigido aos beneficiários do Decreto Atacadista, operações que o próprio Decreto proíbe a sua utilização em virtude das alíquotas divergentes de 17%, conforme art. 5º, a seguir transcrito.

Art. 5º A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17% (dezessete por cento).

Neste sentido e analisando as planilhas 1 e 5 acostadas pelo Autuante, verifica-se que o mesmo inclui notas fiscais cujo às saídas internas apresentam alíquotas diversas de 17%, conforme exemplos abaixo:

DATA	NF	MERCADORIA	ALÍQUOTA	PLANILHA
30/10/2009	16365	CATUABA SELVAGEM COQ.VINHO FERM. 12X01L	27%	2
01/06/2009	81877	VINHO SAO JORGE 12X750ML	27%	2
14/05/2009	813394	VINHO SAO JORGE 12X750ML	27%	2
30/08/2008	725172	CONHAQUE DOMUS (807) 06X01L	27%	1
20/12/2008	782166	WHISKY NATU NOBILIS (UND) 01X01L	27%	1

Isto posto, desume-se de plano que as referidas planilhas não prestam para subsidiar quaisquer infrações a legislação tributária, haja vista os vícios insanáveis que maculam a sua validade, contradizendo o art. 18 do RPAF.

Em outros casos concretos similares, o Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, pronunciou-se em seus julgados, decidindo que encontra-se eivado de nulidade o procedimento fiscal que não atenda aos requisitos legais supramencionados, conforme acórdãos transcritos a seguir:

A. I. Nº - 298624.0020/08-7

AUTUADO - VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR

ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

INTERNET - 11.11.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0382-04/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM DESCONFORMIDADE COM REGRAS ESTABELECIDAS EM CONVÊNIO ICMS. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

A. I. Nº - 945965-060

AUTUADO - R. D. COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

AUTUANTE - ELIZABETH SANTOS CABRAL DE SOUZA

ORIGEM - IFMT/NORTE

INTERNET - 26.08.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0262-02/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. Desobediência ao artigo 130, II, do COTEB. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

A. I. Nº - 232874.0013/09-2

AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO

ORIGEM - IFMT-DAT/METRO

INTERNET - 11/08/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0243-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Diante de tudo que foi exposto, não restam dúvidas que o lançamento em tela não atendeu as regras de direito material, em especial a liquidez e certeza da infração, sua base de cálculo e do valor devido, devendo ser anulado por vício material ou julgado totalmente improcedente.

4.2. PLANILHAS 02 e 06

As planilhas 02 e 06, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, cita em sua parte inicial como objeto o seguinte texto: " Utilização indevida do benefício fiscal concedido através do Dec. 7799/00 (Termo de Acordo) sobre saídas destinadas a contribuintes com inscrição Irregular ou Baixada, informados erroneamente no Arquivo Magnético como não-inscritos".

Inicialmente é imperioso salientar que em nenhum momento durante a fiscalização, nem após a lavratura do Auto de Infração, com a constituição do Processo Administrativo Fiscal foi apresentado ou anexado quaisquer meios de prova que comprovasse a situação irregular dos contribuintes destinatários das operações constantes nas respectivas planilhas.

Outrossim, não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02.

Ademais, a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônicas, processo que requer validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

Logo, conclui-se que a responsabilidade de verificação da regularidade cadastral dos adquirentes era da Fazenda, que autorizou a emissão das NFe.

Neste viés, mesmo que a Junta de Julgamento entenda como irregulares as operações listadas nas referidas planilhas, deverá excluir os fatos geradores posteriores a setembro de 2009, período que a impugnante já estava obrigada pela legislação a emissão de nota fiscal eletrônica.

*Além do mais, na elaboração das peças processuais em comento, o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de **leite em pó**, pois não considerou a redução de base de cálculo positivada no art. 87, XXI do RICMS/97, vide a título meramente exemplificativo as notas fiscais 695270 da planilha 02 e a nota fiscal 771055 da planilha 06.*

4.3. PLANILHAS 03 e 07

As planilhas 03 e 07, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, trás na sua abertura como objeto o seguinte texto: " Utilização irregular do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (Termo de Acordo) sobre vendas efetuadas para contribuintes não-inscritos".

Preliminarmente é imperioso ressaltar que a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindi de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

Logo, conclui-se que a responsabilidade de verificação da regularidade cadastral dos adquirentes era da Fazenda, que autorizou a emissão das NFe.

Neste viés, mesmo que a Junta de Julgamento entenda como irregulares as operações listadas nas referidas planilhas, deverá excluir os fatos geradores posteriores a setembro de 2009, período que a impugnante já estava obrigada pela legislação a emissão de nota fiscal eletrônica.

Outrossim, na elaboração das peças processuais em comento, o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, pois não considerou a redução de base de cálculo positivada no art. 87, XXI do RICMS/97, vide a título meramente exemplificativo as notas fiscais 642530 da planilha 03 e a nota fiscal 771527 da planilha 06.

Analizando mais detidamente as planilhas 03 e 07, encontra-se outra inconsistência que consolida de vez a falta de segurança na definição da base de cálculo e do suposto valor devido.

Segundo o Autuante, a planilha lista vendas para pessoas físicas não contribuintes, acontece que fazendo uma análise dos destinatários constantes nas planilhas, conclui-se que existem saídas para contribuinte devidamente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, tornando inconsistente o levantamento efetuado pelo fisco, conforme se depreende do exame apenas de forma ilustrativa, das notas fiscais que apresentam como destinatário Gilmar Santos Vidal, CPF 011.363.495-10, que tem sim inscrição estadual de número 69.884.440 e Nailson Bonfim Souza, CPF 001.007.435-01, com IE 72.963.683.

Vale registrar que somente na planilha 03 existem 3.040 itens de mercadorias que apresentam como adquirente o contribuinte inscrito Gilmar Santos Vidal acima aludido.

Outrossim, o preposto do fisco inclui na planilhas em tela produtos intributáveis, visto que possuem regra de 100% de redução de base de cálculo (arroz), em conformidade com o art. 78-A do RICMS/97, como pode ser observado de forma ilustrativas as notas fiscais de nº 737721, 737781 e 740136, todas da planilha 03.

Por fim, não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02.

4.4. PLANILHAS 04 e 08

As planilhas 04 e 08, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, trás em sua parte de cima como objeto o seguinte texto: " utilização irregular do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (Termo de Acordo) sobre vendas efetuadas para contribuintes com inscrição cancelada ou inapta".

Inicialmente é imperioso salientar que em nenhum momento durante a fiscalização, nem após a lavratura do Auto de Infração, com a constituição do Processo Administrativo Fiscal, foi apresentado ou anexado quaisquer meio de prova que comprovasse a situação irregular dos contribuintes destinatários das operações constantes nas respectivas planilhas.

Igualmente, não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02.

Ademais a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

Logo, conclui-se que a responsabilidade de verificação da regularidade cadastral dos adquirentes era da Fazenda, que autorizou a emissão das NFe.

Note-se que também na elaboração das peças processuais em apreço, o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, pois não considerou a redução de base de cálculo positivada no art. 87, XXI do RICMS/97, vide a título meramente exemplificativo as notas fiscais 642800 da planilha 04 e a nota fiscal 770139 da planilha 08.

4.5 PLANILHAS 13 e 16

As planilhas 13 e 16, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, traz em sua abertura como objeto o seguinte texto: "ICMS debitado a menor sobre operações de saídas de mercadorias tributáveis destinadas a contribuintes inscritos, realizadas através de Notas Fiscais, em virtude de erro na aplicação da carga tributária devida."

Acontece que analisando as operações constantes nas planilhas verifica-se que se trata de vendas para contribuintes de leite em pó, produto com redução de base de cálculo de 58, 825, em conformidade com o art. 87, XXI do RICMS/97, in verbis

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Ocorre que estranhamente o preposto do fisco ignorou a regra regulamentar acima e aplicou erroneamente a redução de base de cálculo constante no Decreto Atacadista de 41,176%, ao invés da redução de base de cálculo específica de 58,825%, definida no RICMS/97.

Neste diapasão, mais uma vez a Fazenda Pública trouxe incerteza à base de cálculo e ao valor devido da infração 01, tornando-a totalmente insubsistente, por afrontar a verdade material.

4.6. PLANILHAS 15 e 17

As planilhas 15 e 17, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, aponta em seu início como objeto o seguinte texto: "ICMS debitado a menor sobre operações de saídas

de mercadorias tributáveis realizadas através de ECF, em virtude de erro na aplicação da carga tributária devida".

Verificando as mercadorias arroladas nas planilhas, observa-se um novo equívoco parte da autoridade lançadora do tributo ao delimitar erroneamente a carga tributária de leite em pó em 17% ao invés de 7%, indo de encontro a determinação do art. 87, inciso XXI do RICMS/97.

Diante de mais este fato, fica impossível quantificar a suposta base de cálculo ou o valor devido da infração 01, devida as inúmeras inconsistências materiais apontadas.

4.7. PLANILHAS 20, 21, 22, 23, 24 e 25

Nestas planilhas o iminente Auditor Fiscal traz o resumo das planilhas anteriores, a conta corrente do ICMS extraídos da apuração do impugnante e uma nova conta corrente do ICMS, agora com os valores levantados nas planilhas de números 01 a 19.

Sucedendo que ao confrontarmos os valores existentes na coluna diferença a recolher das planilhas 22 e 25, com os valores lançados no AI, verificam-se diversas inconsistências, como no mês de 02/2008 onde é lançado no AI o valor de R\$36.495,20 e na coluna diferença a recolher é apurada o valor de R\$ 33.909,34.

Noutro mês, 01/2009, apresenta-se na coluna diferença a recolher o valor de 0,00 e no AI é lançado o valor de R\$59.357,92.

Além das inconsistências acima descritas, o preposto do Estado não obedeceu ao princípio constitucional da não cumulatividade, quando não levou em consideração na consolidação dos supostos valores devidos os saldos credores existentes na apuração da defendente, fato este evidenciado nos meses de 06/08, 11/08, 01/09, 02/09, dentre outros.

Ainda, no mês de dezembro de 2009, especificamente na planilha 25, o Autuante demonstra um saldo devedor de R\$230.066,76, já com acréscimo apurado na planilha resumo de número 23, aponta um valor recolhido de R\$271.027,63, e mesmo assim autuou o montante de R\$41.389,07.

Vale ressaltar que a irregularidade apontada na infração 02 é consequência da infração 01 e os argumentos utilizados para a primeira infração é extensiva a segunda, já que tem reflexo diretamente no cálculo da substituição tributária aplicada.

Por fim, existem diversas divergências referentes às metodologias antagônicas adotadas na elaboração das 28 planilhas apresentadas.

Neste sentido, podemos citar que nas planilhas 13 e 16 o Autuante não considerou a redução de base de cálculo prevista para o leite em pó já devidamente explicitamente alhures, e nas planilhas 02, 03, 06 e 07, por exemplo, em diversas operações considerou a carga tributária de 7%, aplicando a redução de base de cálculo prevista no art. 87, XXI do RICMS/97.

Desta forma, ficam evidentes os vícios materiais existentes nas planilhas apresentadas como meio de prova pelo fisco estadual, devendo o presente AI ser julgado nulo ou totalmente improcedente, por não determinar com exatidão os valores que serviram de base de cálculo e imposto devido.

Abordou mais à frente a inconstitucionalidade das multas aplicadas – ofensa ao princípio constitucional proibitivo da instituição de tributos com efeitos confiscatórios, transcrevendo decisões judiciais relacionadas com esta temática.

Ao finalizar formulou os seguintes pedidos:

a) Quanto à Infração 01 - Acatamento da Preliminar de nulidade: Por estar tipificada erroneamente, por conter vícios insanáveis em sua base de cálculo e valor devido, e, sobretudo por ter inobservado princípios constitucionais, não pode prosperar a presente infração, portando, **requer que seja reconhecida a sua Completa Nulidade.**

b) No Mérito: Na impossibilidade de ser reconhecida a nulidade da infração de nº. 01, que seja a mesma considerada **Totalmente Improcedente** pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas.

E ainda, ad argumentandum, se os nobres Julgadores não acolherem a total improcedência da infração, que seja a infração considerada **parcialmente procedente**, sendo corrigidas todas as inconsistências existentes.

c) Quanto à Infração 02 - Acatamento da Preliminar: Por restar evidenciado que o ato praticado pelo preposto fazendário está eivado de nulidade, pois fortificado em ato inexistente, por faltar-lhe coerência entre as condutas narradas e as efetivamente levantadas ou por inobservar as formalidades instrumentais exigidas para o lançamento fiscal, por estar tipificado erroneamente e, sobretudo por ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, requerendo, enfim, que seja declarada a **total nulidade** da Infração nº. 02 do Auto de Infração em comento que é reflexo da infração 01.

d) No Mérito: não sendo reconhecida a nulidade da infração de nº. 02, que seja a mesma considerada **totalmente improcedente** pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas, e, sobretudo pela completa incerteza dos valores apurados.

Foi prestada a INFORMAÇÃO FISCAL, apensada às fls. 160 a 185 dos autos.

Disse o autuante que a alegação da autuada, constante às fls. 108 do PAF dando conta que “a conduta narrada pelo Autuante não foi individualizada, o que prejudicaria a defesa da empresa autuada” deve ser descartada. Que tal afirmativa é de cunho meramente idiossincrático, haja vista, que o Autuante ao longo da construção de todo processo de fiscalização, teve o cuidado de detalhar pormenorizadamente todos os fatos que incorreram em irregularidades e ensejaram a lavratura do Auto de Infração ora em lide, tendo sido confeccionados os demonstrativos de nºs 1 a 29, sendo que este último contém índice remissivo arrolando todos os anteriores. Tal fato por si só, fulminaria a descabida alegação da Autuada.

Que na descrição da **Infração 01**, encontra-se registrado o mote da efetivação da apuração do imposto devido, através de “LEVANTAMENTO FISCAL” em virtude da existência de diversos períodos que originariamente, apresentavam saldos credores nos meses de: fevereiro/08; maio/08; junho/08; julho/08; novembro/08 e dezembro/08; e janeiro/09; fevereiro/09; maio/09; junho/09; julho/09; agosto/09 e novembro/09.

Portanto, para o autuante, há total descabimento da pretensão de Nulidade argüida pela Autuada, tendo em vista que todos os tipos fiscais arrolados: **a-)** Não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS; **b-)** Omissão de valores devidos a título de Diferencial de Alíquota; **c-)** Saídas de mercadorias tributáveis como não-tributáveis; **d-)** Utilização a maior de créditos fiscais de ICMS; **e-)** ICMS debitado a menor; **f-)** Utilização irregular de créditos fiscais sobre entradas de mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária; **são passíveis** de apuração do ICMS através da mecânica do cotejamento dos valores levados a Débito e Crédito no Conta-Corrente Fiscal espelhado no Livro RAICMS – Registro de Apuração do ICMS, cujo arrolamento anterior, verificou-se através da escrituração dos livros REM – Registro de Entradas de Mercadorias (Créditos) e Registro de Saídas de Mercadorias (Débito). Tal evocação do cotejamento entre os valores lançados a débito e a crédito, reflete exatamente a obediência ao princípio constitucional da Não-Cumulatividade, informador do tributo ICMS.

Frisou ainda que houve o refazimento da Conta-Corrente Fiscal do ICMS, para a apuração de ulteriores saldos devedores, entendimento este, há muito pacificado no Douto Colegiado do Consef - Bahia, privilegiando a determinação temporal dos reflexos fiscais causados e perfeitamente harmonizados com o princípio da verdade material.

No que concerne à **Infração 02**, sobre a qual a Autuada apenas transcreveu o texto da autuação fiscal em sua peça defensiva constante às fls. 107 e 108 do PAF em questão, não materializando, porém, qualquer guerreamento contrário, não merecendo assim, acolhimento.

Que a natureza dos ilícitos fiscais praticados (Falta de recolhimento do ICMS Substituído sobre saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular), não impende no supracitado “Levantamento Fiscal”, voltado tão somente, para a apuração do ICMS Normal.

Destarte, foram produzidos originariamente, os Anexos 26 e 27 para determinação do *quantum* devido.

Afastou a arguição de Nulidade do PAF ante à uma suposta “Falta de prorrogação da Ordem de Serviço”, afirmando que a referida Ordem de nº 504112/12, foi tempestiva e competentemente prorrogada, cujos Termos de Prorrogação foram lavrados no livro RUDFTO – Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 7 e 8 do PAF em tela.

Formulou pedido pelo afastamento das nulidades suscitadas na peça defensiva.

No que se refere ao mérito, disse que os trabalhos de Auditoria Fiscal desenvolvidos originariamente, foram compostos de 29 (vinte e nove) Anexos, cujas planilhas foram consideradas pela Autuada com “um número exorbitante de dados”, refletem a magnitude do porte econômico da empresa, aliado ao ramo de atividade desenvolvida, (comercial atacadista), que resulta em um elevado número de operações, comportando assim, uma grande diversidade de situações fiscais.

Contra-arrazou as alegações de improcedência da autuação em tela, com os argumentos abaixo transcritos:

1) Quanto as Planilhas 01 e 05

A Autuada alega em sua peça de defesa, às fls. 117 do PAF, que o Autuante “ao efetuar o cálculo de limitação do crédito fiscal do ICMS, o fez, levando em consideração a totalidade das entradas da dependente, sem considerar a proporcionalidade das saídas com redução da base de cálculo definida no § 1º do art. 6º do mesmo diploma regulamentar”.

De pronto, o Autuante reconhece que assiste razão à Autuada, no que respeita à indevida glosa integral do crédito fiscal do ICMS, sem que fosse considerada a proporcionalidade das saídas destinadas a contribuintes, não-inscritos ou com situação cadastral irregular (inscrição inapta, cancelada, baixada ou suspensa).

Nesse diapasão, o Autuante reconhece inteiramente a procedência das alegações da Autuada, quanto a concomitância da glosa universal dos créditos fiscais de ICMS superiores a 10% nas operações de entradas de mercadorias, prevista no Art. 6º, Caput do Dec. 7799/00, cumulado com a aplicação da alíquota “cheia” de 17% sobre as saídas não beneficiadas pelo Termo de Acordo, incorrendo assim em uma situação insustentável, haja vista, a ofensa ao princípio constitucional da Não-Cumulatividade.

*Nesse passo, mantendo a integralidade dos dados arrolados originariamente nas **Planilhas 01 e 05**, o Autuante informa que processou os necessários expurgos e ajustes, promovendo o estorno proporcional das glosas de crédito efetuadas, tomando por base as operações de saídas não beneficiadas pelo Termo de Acordo (destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular) em relação às **saídas totais de mercadorias alcançadas pelo benefício fiscal do Termo de Acordo** (Dec. 7799/00, Art. 1º). A partir de tal, foram produzidos os **Anexos 30 e 30A** em substituição ao originário Anexo 01 (2008); e **Anexos 38 e 38A**, que substituíram o também originário Anexo 05 (2009).*

*Outrossim, cabe informar que o desdobramento dos Anexos 01 e 05, objetivou promover a separação dos produtos alcançados pelo Termo de Acordo conforme Art. 1º, do Dec. 7799/00 constantes nos **Anexos 30 e 38**, daqueles não-alcançados pelo benefício fiscal, conforme Art. 5º do Dec. 7799/00, cujos produtos foram elencados nos **Anexos 30A e 38A**. Embora na prática, a impropriedade de alocação única nos demonstrativos (Anexo 01 e Anexo 05) refletisse tão somente uma questão formal, haja vista, que materialmente não traria qualquer influência, porquanto obedecidos os tratamentos tributários atinentes a cada produto, as diferenças encontradas remanesceriam de qualquer modo, mas a separação daqueles torna mais compreensível e palatável ao perfeito entendimento.*

*Também, se faz necessário esclarecer, que a produção dos **Anexos 30 e 38**, que substituíram os Anexos 01 e 05, respectivamente, contou com o concurso dos **novos Anexos 29, 29A e 29B (2008)**; e **37, 37A e 37B (2009)** necessários á determinação do percentual do Estorno da Glosa dos Créditos superiores a 10%, efetuados originariamente a maior, nos Anexos 01 e 05.*

Diante do exposto e tendo sido efetuada a anulação dos efeitos da concomitância da glosa universal dos créditos de ICMS, sem obedecer à proporcionalidade das saídas não acobertadas pelo benefício do Termo de Acordo, foi restabelecido então, o equilíbrio fiscal outrora prejudicado e alegado pela Autuada, bem como, superadas as suas alegações da inclusão pelo Autuante, de produtos constantes no regime de Substituição Tributária ou já contempladas com redução da base de cálculo, envolvendo produtos tais, como: Charque Diant. (Nf. 651009), Whisky Natu Nobilis (Nf. 772987) , Catuaba Selvagem (Nf. 782682); Charque P.A. Bertin (Nf. 830466); Whisky Old Eight (Nf. 802027); Whisky Teachers (Nf. 8053777); conforme dá conta a sua peça defensiva às fls. 121 e 122 do PAF.

Redarguindo as alegações supra apresentadas pela defendente, informamos que embora os produtos evocados, efetivamente não sejam alcançados pelo benefício do Termo de Acordo, encerravam ainda assim, diferenças na apuração do quantum devido. Com o escopo de tornar mais clara a questão, apresentamos abaixo quadro ilustrativo dos fatos como sejam:

DATA	NOTA FISCAL	MERCADORIA	PLANILHA	MOTIVO DA MANUTENÇÃO
24/01/2008	651009	Charque Diant Cia do Boi 01 x 30	1 Vide Anexo 30A	ICMS Creditado a maior
02/09/2008	772987	Whisky Natu Nobilis 12 x 1L	1 Vide Anexo 30A	Produto com Trib. Normal ICMS Crédito a Maior
23/12/2008	782682	Produto Diverso Catuaba Coquinho	1 Vide Anexo 30A	Produto não-localizado em 24/09/2009
06/07/2009	830466	Charque P.A. Bertin 01 x 30	5 Vide Anexo 38ª	ICMS Creditado a maior
14/04/2009	802027	Whisky Old Eight 01x01L	5 Vide Anexo 38A	Produto da S. Tributaria não permite Crédito De ICMS
24/04/2009	805377	Whisky Teachers 01x01L	1 Vide Anexo 38A	Produto da S. Tributaria não permite Crédito De ICMS

Quanto as alegações da Autuada constantes às fls. 122 do PAF, dando conta de que o Autuante “inclui em suas planilhas de números 01 e 05, produtos em que o próprio Decreto instituidor do benefício fiscal prevê manutenção de crédito”, referindo-se aos produtos de limpeza adquiridos de indústrias situadas no Estado da Bahia, beneficiadas pelo Decreto 7799/00, através do qual não deverá haver o estorno do crédito fiscal, visto existir regra expressa de manutenção de crédito.

Prosseguindo em seu arrazoadado, a Autuada evoca “exemplificadamente” em sua peça de defesa às fls. 123 do PAF, as notas fiscais nºs 682387, 765071, 772041 e 842279, as quais se referem a Desinfetante, Amaciante, Detergente e Desinfetante, respectivamente. Aduz ainda a Autuada às fls. 124 do mesmo Processo, que o Autuante “utilizou na coluna nomeada de % Cred Max Termo de Acordo, percentuais de 7,00, 10,00, 12,00 e 18,90 que segundo ele seria o percentual máximo permitido pelo Dec. 7799/2000”.

*O Autuante reconhece a procedência das alegações da Autuada sob o prisma formal, todavia, materialmente, tal prática não trouxe qualquer prejuízo, porquanto os cálculos respeitaram a limitação máxima do Crédito Fiscal em 10% consoante norma contida no Art. 6º, Caput do Dec. 7799/00. Todavia, objetivando disciplinar e proceder o acerto do processo, foram procedidas as segmentações dos Anexos 01 e 05 os quais foram substituídos pelos Anexos 30 e 30A e 38 e 38A, respectivamente. Tal mecânica fiscal orientou-se pela separação das mercadorias **efetivamente** alcançadas pelo Termo de Acordo e sua conseqüente base de cálculo reduzida,*

própria; daquelas, não alcançadas pelo benefício fiscal, as quais tiveram acrescentadas em seu título de “Anexo” a Letra “A”. Assim procedendo, foi tornada mais compreensível a expressão das irregularidades encontradas.

*Quanto à questão do alcance do Termo de Acordo sobre produtos de Limpeza (amaciante, detergentes, desinfetante) oriundos de empresas industriais localizadas no Estado da Bahia, vale ressaltar, que tais benefícios são **especificamente** destinados àquelas, não cabendo qualquer extensividade, conforme dispõe o Art. 3º do Dec. 7799/00.*

*A Autuada em sua peça de defesa, (fls. 125 e 126 do PAF), acertadamente, evoca que o Autuante ignorando o disposto no Art. 5º do Dec. 7799/00 arrolou em seus demonstrativos, produtos com alíquota inferior ou superior a 17%. O Autuante reconhece a procedência das alegações da Autuada quanto a impropriedade de tal procedimento e informa que foram procedidas as devidas correções nos Anexos 01 e 05, os quais **foram substituídos**, pelos **Anexos 30 e 30A e 38 e 38A**, que arrolam mercadorias alcançadas e não-alcançadas pelo benefício do Termo de Acordo. Todavia, independente da impropriedade formal praticada, remanesceram irregularidades, decorrentes de erro na apuração do quantum devido, mesmo no que respeita a mercadorias alienígenas às regras do Termo Acordo, arroladas nos **Anexos 30A e 38A**, que extrapolam as notas fiscais arroladas pela Autuada “somente a título ilustrativo” conforme alegado na sua peça defensiva (fls. 124 e 125 do PAF) quais sejam as de nºs: 692269; 763819; 772987; 4837; 772066 e 788340.*

Diante do exposto e tendo sido sanados os vícios formais e materiais, decorrentes do preliminar enfeixamento em um único anexo, de produtos alcançados e não alcançados pelo Termo de Acordo e da impropriedade da glosa integral de todos os créditos de ICMS, sem que fosse procedida a proporcionalidade sobre as saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou com situação cadastral irregular, reafirmamos a manutenção da cobrança dos valores inicialmente inseridos nos Anexos 01 (2008) e 05 (2009), ora substituídos pelos Anexos 30 e 30A (2008) e 38 e 38A (2009), os quais contaram para a sua produção, com o concurso dos novos Anexos 29, 29A e 29B (2008) e 37, 37A e 37B (2009).

2-) Quanto as Planilhas 02 e 06

A Autuada, resumidamente alega em sua peça de defesa (fls. 128 do PAF) que “em nenhum momento durante a fiscalização, nem após a lavratura do Auto de Infração, com a constituição do Processo Administrativo Fiscal foi apresentado ou anexado quaisquer meios de prova que comprovasse a situação irregular dos contribuintes destinatários das operações constantes nas respectivas planilhas”.

Alega também a Autuada, que “não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02”.

*Refutando as alegações da Autuada, preliminarmente o Autuante reconhece a pertinência da inicial não-comprovação das irregularidades da situação cadastral dos destinatários das mercadorias arroladas nos Anexos 02 e 06. Todavia, em obediência ao princípio da verdade material, o Autuante promove a juntada ao presente PAF de cópias dos Extratos da Situação Cadastral dos contribuintes arrolados nos anexos supra, através do apensamento aos **Anexos 46 e 47**, devidamente ordenados por CPF e por Inscrição Estadual, respectivamente, cujas cópias foram entregues à Autuada, comprovando documentalmente a impropriedade da aplicação dos benefícios do Termo de Acordo, em operações de saídas para contribuintes destinatários não contemplados com tal benefício, em face da tempestiva irregularidade cadastral apresentada nas datas das ocorrências das respectivas operações.*

*Outrossim, com escopo de tornar mais clara a exposição dos fatos, foram produzidos os **Anexos 31 e 31A** em substituição ao originário Anexo 02, bem como, os **Anexos 39 e 39A**, idem ao Anexo 06.*

Quanto à alegação da Autuada da não comprovação por parte do Autuante, das situações cadastrais dos contribuintes arrolados nos Anexos 02 e 06 supracitados, foi de todo suprido tal vício, possibilitando assim, a comprovação da materialidade da infração apontada, bem como, o acerto da conseqüente cobrança do ICMS substituído.

Prosseguindo em sua tese contestatória às fls. 128 do PAF, a Autuada, afirma que “não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02”.

Tal alegatória revela-se totalmente descabida e inaplicável ao caso concreto, porquanto, a própria Autuada em seus arquivos magnéticos alusivos aos Exercícios de 2008 e 2009, tomados como base para a produção dos Anexos 02 e 06 afirma que os contribuintes são inscritos e informa os respectivos números das suas inscrições, assim sendo, como seria cabível em sua contestação, evocar tal dúvida em seu favor? Não bastasse o descalabro lógico, tal evocação se constitui em um verdadeiro paradoxo.

A verdade dos fatos, expõe que os contribuintes efetivamente foram inscritos, mas, à luz do critério temporal para apuração dos fatos geradores, apresentavam-se em situação cadastral irregular nas datas em que ocorreram as operações realizadas, logo, as saídas a eles destinadas, não poderiam gozar dos benefícios fiscais concedidos pelo Termo de Acordo (Dec. 7799/00).

Por fim, aduz a Autuada que o Autuante se equivocou ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, porquanto não considerou o instituto da redução de base cálculo, positivada no art. 87, XXI do RICMS/97.

Mais uma vez, equivoca-se a Autuada, pela não observância da realidade dos fatos, haja vista, que classifica erroneamente o produto considerado como sendo “leite em pó” aduzindo em sua peça de defesa às fls. 129 do PAF, que “a título meramente exemplificativo as notas fiscais 695270 da planilha 02 e a nota fiscal 771055 da planilha 06”. Uma breve análise do produto em questão, bastará para que seja esclarecido de todo, que o equívoco residiu na superficial identificação do produto, amparando-se tão somente no apelido “Leite em Pó Ideal” enquanto o produto em si, nada mais é, do que um simples COMPOSTO LÁCTEO, em cuja rotulagem encontra-se grafada a expressão “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ” (cópia ora juntada ao presente PAF) atendendo a determinação do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, conforme Instrução Normativa Nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de 12/06/2007 (cópia anexa).

3-) Quanto as Planilhas 03 e 07

De início, a Autuada alega em sua peça defensiva acostada às fls. 129 e 130 do PAF “que a partir de setembro de 2009, passou a integrar o rol de empresas obrigadas à emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente”.

Prosseguindo em suas alegações, a Autuada atribui que “a responsabilidade de verificação da regularidade cadastral dos adquirentes era da Fazenda, que autorizou a emissão das NFs”.

Alega ainda a Autuada, que o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, por não considerar a redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXI do RICMS/97, evocando ilustrativamente as notas fiscais nºs 642530 da planilha 03 e a nota fiscal 771527 da planilha 06.

Prossegue a Autuada, alegando que o Autuante nas Planilhas, lista nas vendas para pessoas físicas não contribuintes, embora existam saídas para contribuintes devidamente inscritos no Estado da Bahia, evocando como ilustrativo de tal ocorrência, as notas fiscais que tem como destinatário Gilmar Santos Vidal CPF 011.363.495-10 que tem inscrição estadual nº 69.884.440 e

Nailson Bonfim Souza, CPF 001.007.435-01 com IE 72.963.683. Aduz ainda, que na planilha 03 existem 3.040 itens de mercadorias que tem como adquirente inscrito Gilmar Santos Vidal.

Por fim, a Autuada acusa o Autuante, de incluir “na planilha em tela produtos intributáveis, visto que possuem regra de 100% de redução de base de cálculo (arroz), em conformidade com o art. 78-A do RICMS/97, como pode ser observado de forma ilustrativa as notas fiscais de nº 737721; 737781 e 740136, todas da planilha 03”. Conclui a Autuada, alegando que não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais, fato que descaracterizaria a incidência da Substituição Tributária.

Contra-arrazoando as alegações de defesa, supra apresentadas pela Autuada, informamos que:

Em obediência ao basilar princípio da verdade material que norteia o Direito Tributário, o Autuante, informa que procedeu a depuração das planilhas em comento, as quais foram produzidas a partir dos Arquivos Magnéticos entregues pela Autuada, ao Fisco, e que apresentavam originariamente dados incompletos quanto às situações cadastrais dos contribuintes destinatários das operações de vendas, que por vezes induziram ao erro na apuração dos valores devidos, em virtude da negação do benefício fiscal do Termo de Acordo, àqueles contribuintes que não constavam como inscritos, segundo informações prestadas nos Arquivos Magnéticos, embora, na realidade o fossem. Com o fito de materializar as afirmações acima, reproduziu, na peça informativa, exemplificadamente, os dados cadastrais de contribuintes, informados pela Autuada.

*A título de informação, cabe esclarecer, que nos Arquivos Magnéticos entregues pela Autuada, no campo “Inscrição Estadual” constava a informação “ISENTO”, embora, efetivamente, grande parte dos contribuintes possuisse Inscrição Estadual, cujo registro, somente veio a tona, a partir da pesquisa realizada pelo Autuante, que resultou na informação contida no Campo “**Status da Situação Cadastral**”, que foi inserido nos Anexos pertinentes, restabelecendo a verdade dos fatos e proporcionando o acerto necessário através de expurgos e ajustes nas cobranças perpetradas originariamente.*

*Nessa esteira, o Autuante numa demonstração inequívoca de boa-fé e emulado pela busca da verdade material, não se ateve tão somente em analisar os dados pontuais, exemplificadamente trazidos a lume pela Autuada às fls. 131 do PAF, e sim! Procedeu, a verificação da situação cadastral de **TODAS** as operações de saídas efetuadas, constantes no universo das planilhas produzidas. Assim procedendo, foi efetuado o acerto dos dados à luz da lei fiscal, remanescendo fatos em favor ou desfavor, do Fisco os quais se encontram depurados e dispostos nos **Anexos 32; 32A e 32B** (2008), sendo que este último foi produzido tão somente, para a efetivação do estorno proporcional da glosa dos créditos de ICMS superiores a 10%, originariamente efetuado sem obedecer à proporcionalidade das saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular, haja vista, que a estes, não é aplicável o benefício fiscal da redução da Base de cálculo, previsto no Dec. 7799/00. Igual tratamento tributário e a mesma sistemática foram aplicados para produção dos **Anexos 40; 40A e 40B** (2009). Isto posto, informamos que os Anexos retro citados, substituíram, respectivamente, os originários Anexos 03 e 07.*

*No que respeita as alegações da Autuada sobre a impropriedade do tratamento tributário dispensado pelo Autuante ao produto **Leite em Pó**, informamos que nas notas fiscais nºs 642530 da planilha 03 e 771527 da planilha 06 os produtos indicados tratam-se de “Leite em Pó Ideal” e “Leite Ninho Fase 6 +” que efetivamente não são **Leite em Pó**, e sim, **Compostos Lácteos**, logo, não alcançados pelo benefício da redução da base de cálculo, aplicável ao **Leite em Pó**. A fim de que não incorramos em tautologia, informamos que tal questão já foi devidamente rebatida no **Item 2 – Planilhas 2 e 6** da presente Informação Fiscal.*

No que respeita às alegações da Autuada, da ocorrência de saídas para contribuintes inscritos, cuja condição teria sido ignorada pelo Autuante, a exemplo daquelas destinadas aos contribuintes: Gilmar Santos Vidal CPF 011.363.495-10 que tem inscrição estadual nº 69.884.440 e

Nailson Bonfim Souza, CPF 001.007.435-01 com IE 72.963.683, o Autuante informa que em virtude de omissões de informações prestadas nos arquivos magnéticos apresentados pela Autuada, se fez necessário uma pesquisa geral nas situações cadastrais de **todos** os destinatários das mercadorias, cujos Extratos de Situação Cadastral, se inscritos em qualquer data pretérita, foram juntados nos **Anexos 46 e 47** acostados ao presente PAF, com a efetiva depuração da regularidade temporal das situações cadastrais, cuja resultante encontra-se disposta nos **Anexos 32; 32A (2008) e 40 e 40A (2009)**.

Nesse diapasão, torna-se até mesmo despiciendo, aludir que o benefício fiscal do Termo de Acordo, somente foi aplicado, quando o destinatário das saídas de mercadorias encontrava-se em situação cadastral regular, e não, logicamente, pelo simples fato de possuir inscrição estadual, até porque, mesmo que se encontre em situação cadastral irregular junto à SEFAZ, ainda assim, o seu nome continuará no banco de dados, constando impreterivelmente a informação relativa à irregularidade incorrida, fato este, impeditivo do aproveitamento de benefícios fiscais. .

Por fim, redarguindo as acusações da Autuada, de que o Autuante não teria respeitado a intributabilidade do produto “Arroz”, refutamos tal acusação, haja vista, que precedentemente, a Autuada utilizou crédito fiscal do mesmo produto, através da Nota Fiscal nº 32208 de 30/06/2008 conforme informação constante em seus Arquivos Magnéticos. Desta sorte e em virtude das Notas Fiscais 737721; 737781 e 740136 aludidas em sua peça defensiva constante às fls. 131 do PAF, versarem exatamente sobre a mesma mercadoria, ou seja, **“Arroz p/Cão Tio Luiz, Parb 06 x 50 kg”** permitimo-nos inferir, que a Autuada assim procedendo, fez uso da interpretação teleológica, de que tal produto não se assemelhava àqueles integrantes da Cesta Básica e portanto, destinados ao consumo humano, interpretação esta, por nós compartilhada.

Assim é que, revela-se totalmente descabida a alegação contestatória da Autuada, quanto a cobrança efetuada pelo Autuante, através do originário Anexo 03, ora substituído pelo **Anexo 32**, haja vista, que a tributação nas saídas foi acertadamente efetuada pela defendente, tendo o Autuante, tão somente cobrado a diferença tributada a menor.

Contrapondo-nos à evocação da Autuada, de que não ficaram comprovados que os destinatários das mercadorias arroladas na **Infração 02** não seriam consumidores finais e por tal, “descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02”, Informamos que tal alegatória é desprovida de maior sustentação lógica, porquanto a Autuada é usuária de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, desde 16/08/2004 conforme comprovado através do Extrato ECF Detalhado emitido pela SEFAZ - Bahia e ora juntado ao PAF em comento.

Nesse passo, se as alegadas saídas fossem destinadas a **consumidor final**, como **insiste em afirmar** a Autuada, crível seria, que tais operações teriam sido acobertadas por Cupons Fiscais e não, através de Notas Fiscais, com a indicação do CPF do destinatário, como de fato ocorreu.

4-) Quanto as Planilhas 04 e 08

A Autuada repete as alegações já apresentadas nos Itens anteriores, versando sobre:

- A não comprovação por parte do Autuante ao longo do Processo, de que os contribuintes destinatários estivessem em situação cadastral irregular;
- A não comprovação de que os destinatários das mercadorias não seriam consumidores finais, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02
- Que a partir de setembro de 2009, passou a integrar o rol de empresas obrigadas á emissão de notas fiscais eletrônica, “processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal” sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente;

- Que o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de Leite em Pó, por não considerar a redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXI do RICMS/97, evocando ilustrativamente as notas fiscais nºs 642800 da planilha 04 e a nota fiscal 770139 da planilha 08;

Em face da repetição de argumentos trazidos a lume pela Autuada e com o propósito de não incorrer no vício da tautologia, o Autuante informa que tais alegações já foram devidamente redargüidas através das informações fiscais já prestadas e constantes nos **Item 2** (não comprovação da situação cadastral irregular; não comprovação de que os destinatários das mercadorias não seriam consumidores finais e equívoco quanto a não aplicação da redução da base de cálculo, nas saídas de Leite em Pó); e no **Item 3** (alegação da Autuada quanto início da emissão de Nota Fiscal Eletrônica, a partir do mês de setembro de 2009), integrantes desta peça contestatória às razões de defesa apresentadas pela Defendente.

Todavia, diante da generalização do título “**LEITE EM PÓ**” utilizada pela Defendente, abarcando produtos cujas propriedades organolépticas não lhes asseguram tal status, a exemplo de “**Composto Lácteo**”, “**Fórmula Infantil**” e “**Leite em Pó Modificado**” ocorreram impropriedades quanto a perfeita identificação dos produtos.

Entretanto, no que se refere exatamente às Notas Fiscais nºs 642800 (planilha 04) e 770139 (planilha 08) evocadas pela Autuada, o Autuante reconhece a procedência de suas alegações, tendo em vista que os produtos nelas constantes são realmente Leite em Pó. Diante do reconhecimento formal de tais impropriedades, e tendo por fim a busca da verdade material, o Autuante informa que foram revistas e corrigidas **TODAS** as planilhas juntadas originariamente ao PAF (Anexos 01 a 28), ressalvadas, entretanto, aquelas que não apresentavam incorreções. **Particularmente**, o Autuante informa que as planilhas 04 e 08 foram substituídas pelos **Anexos 33A e 41A** respectivamente, nas quais foram procedidas todas as correções necessárias, envolvendo **produtos** cujo **benefício fiscal é especificamente a eles dirigido** independente da opção ou não, pelo Termo de Acordo.

5-) Quanto as Planilhas 13 e 16; e 15 e 17

De início, cabe esclarecer que em virtude das razões de defesa apresentadas pela Autuada em sua peça defensiva, Itens 4.5 (Planilhas 13 e 16) e 4.6 (Planilhas 15 e 17) conforme fls. 132 e 137 respectivamente, ambas constantes no PAF em comento, versarem sobre matéria análoga, permitimo-nos por questões de economia processual e com o fito de evitar a tautologia, promover a redargüição das alegatórias apresentadas em um único tópico.

Nesse passo, informamos que os originários **Anexos 13 e 16 e 15 e 17**, (planilhas como se refere a Autuada) foram mantidos em sua integralidade, haja vista, inexistirem elementos fáticos ou de direito que ensejassem qualquer correção, conforme restará demonstrado ao final da presente informação.

A Autuada alega a ocorrência de equívoco cometido pelo Autuante, quanto à não aplicação da “redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXI do RICMS/97” (fls. 132 do PAF), complementando com a afirmação de que “o preposto do fisco ignorou a regra regulamentar acima e aplicou erroneamente a redução da base de cálculo constante no Decreto Atacadista de 41,176%, ao invés da redução da base de cálculo específica de 58,825%, definida no RICMS/97”.(fls. 133 do PAF). Por fim, pugna pela insubsistência da Infração 01, por afrontar a verdade material.

Em contraposição às alegações da Autuada, o Autuante repele todas as suas alegações e informa que:

Os produtos elencados nos Anexos 13; 15; 16 e 17, descritos como: “**Leite em Pó Ideal Sachet Nestlé (50 x 200g)**”; “**Leite em Pó Molico Desn. Actifibras 06 x 300g**”; “**Leite em Pó Ninho Fases 1+**”; “**Leite em Pó Ninho Fases 3+**”; “**Leite em Pó Ninho Fases 6+**”, foram indevidamente classificados como “**LEITE EM PÓ**”, embora, efetivamente não passem de “**COMPOSTOS LÁCTEOS**”, haja vista, que as suas propriedades organolépticas não lhes

asseguram o status de Leite em Pó, de acordo com o que dispõe a **Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento datada de 12 de junho de 2007**, a qual estabelece regras normativas acerca dos Compostos Lácteos no país, cuja cópia fazemos juntada ao presente Processo, daí porque, não fazem jus à redução de base de cálculo utilizada pelo contribuinte.

Diante dos óbices legais trazidos pela norma complementar supracitada, as operações de vendas dos produtos que envolvam Compostos Lácteos, não podem gozar dos benefícios fiscais concedidos ao produto Leite em Pó (Art. 87, XXI do RICMS –Ba - Dec.6.284/1997) e sim, àqueles previstos no Dec. 7799/00 – Termo de Acordo Atacadistas.

De outra, é importante ressaltar que quem afirma que tais produtos não são LEITE EM PÓ, é o próprio fabricante, que por imposição do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, é obrigado a prestar tal esclarecimento ao consumidor, fazendo constar nas respectivas embalagens a expressão: “**ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ**” atendendo à disposição contida no Anexo – Regulamento Técnico para Fixação de Qualidade de Composto Lácteo Item 9 – Subitem 9.3 da **Instrução Normativa nº 28 do Ministério da Agricultura, Pecuária Abastecimento datada de 12 de junho de 2007**.

Ademais, não há que se falar em redução da base de cálculo, para produtos cujas propriedades não se enquadram nas exigências legais para serem classificados como LEITE EM PÓ. Ora! Se o benefício fiscal da redução da base de cálculo é exclusivamente dirigido ao produto Leite em Pó, não tem cabimento a sua extensão a produto diverso, sem que haja previsão legal para tal fim.

Persistindo no propósito de melhor esclarecer a questão, acerca da diversidade existente entre os produtos “**Compostos Lácteos**” e “**Leite em Pó**”, o Autuante faz juntada ao presente Processo, de cópias de rótulos e ou/publicações sobre os produtos envolvidos, que respaldam perfeitamente as informações já prestadas e esclarece cristalinamente o equívoco cometido pela Autuada, quanto à errônea classificação de **Compostos Lácteos com se Leite em Pó fossem..** Desse modo, estão sendo acostadas ao PAF em tela, cópias de: rótulos dos produtos **IDEAL COMPOSTO LACTEO COM OLEO VEGETAL ; NINHO FASES 1 + ; NINHO FASES 3 + ; MOLICO ACTIFIBRAS COMPOSTO LACTEO COM FIBRAS ; e** (Cópia da matéria publicada da Jornalista Mariana Versolato no Jornal “Folha de São Paulo” edição de 16/09/2012 e disponível em <http://tools.folha.com.br> capturado em 21/11/2013). Versando sobre **Compostos Lácteos Fases +, i que inclui o produto NINHO FASES 6 +.**

Outrossim, com o fito de complementar o acostamento de provas da impropriedade da classificação dos Compostos Lácteos como sendo Leite em Pó, fazemos juntada ao PAF ora em lide, de cópias do ACÓRDÃO JJF Nº 0268-02/12 – da 2ª Junta de Julgamento Fiscal de 23/11/2012 - Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF-Ba e do ACÓRDÃO CJF Nº 0289-13/13 da 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL de 30/07/2013 – Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF - Bahia; cujas decisões comprovam que **COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ**, “não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97”.

Por fim, para que não remanesçam quaisquer dúvidas, quanto a impropriedade da extensão do benefício da redução da base de cálculo a produtos diversos dos indicados por lei ou normas complementares decorrentes, ressaltamos que a inteligência do Art. 111, II do CTN (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) ao tratar de matéria que envolva isenção, determina que a interpretação, haverá de ser **literal**, in verbis:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Afirme-se ainda, que tal posicionamento é adotado por esse Egrégio Conselho Fiscal, conforme se constata da leitura do Acórdão a que se fez referência e juntada ao presente processo, fato que confirma o acerto do procedimento deste preposto fiscal quanto à matéria aqui discutida.

6-) Quanto as Planilhas 20; 21; 22; 23; 24 e 25

O Autuante reconhece a procedência das alegações da Autuada, tendo em vista os lapsos cometidos, os quais ensejaram o refazimento de todos os cálculos das planilhas evocadas, em virtude não somente, de equívocos cometidos exclusivamente pelo Autuante, mas também de outros, induzidos pela precariedade das informações prestadas pela Autuada em seus Arquivos Magnéticos.

*Desta sorte, foram promovidas as devidas correções, que resultaram nas substituições das originárias Planilhas (Anexos) 20; 22; 23; e 25 quais foram **substituídas** pelos **Anexos 34; 35; 43 e 44**, respectivamente.*

*Quanto às Planilhas 21 e 24, o Autuante informa que foram mantidas em sua integralidade, haja vista representarem *ipsis litteris*, as informações contidas nos livros RAICMS n°s 04 e 05, alusivos aos Exercícios de 2008 e 2009 respectivamente, cujas cópias reprográficas, encontram-se acostadas às fls. 41 a 94 do PAF ora em lide.*

7-) Quanto as Planilhas 09; 10; 11; 12; 14; 18 e 19

Em face da não-manifestação da Autuada, o que enseja o reconhecimento tácito da procedência das autuações alusivas às infrações em tela, reafirmamos em sua integralidade a manutenção dos valores pertinentes.

8-) Quanto as alegações da Inconstitucionalidade das Multas Aplicadas

A Autuada em sua peça defensiva às fls. 135 e 136 do PAF, alega que as multas de 60% do tributo exigido, “afiguram-se inconstitucionais, por afrontar os Princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco”. Evocando para tal, o disposto no art. 150, IV, da CF/88.

Prosseguindo na construção lógica do seu ideário defensivo, a Autuada reconhece que o texto constitucional não veicula literalmente, “a proibição de utilizar multas tributárias com efeito confiscatório”; não obstante, a doutrina e a jurisprudência admitir esta interpretação. Nesse passo, cita doutrinadores como Leonardo e Silva de Almendra Freitas e Heron Arzua. Voltando-se para a seara jurisprudencial, evoca diversos julgados, originários dos tribunais superiores, dentre os quais, o RE n° 81.550/MG, reproduzido parcialmente em sua peça de defesa às fls.142 do PAF.

Contrapondo-se às alegações da Autuada, preliminarmente, o Autuante informa que a apreciação de questões versando sobre inconstitucionalidade, extrapola o seu campo de competência legal, ficando assim, prejudicada a sua manifestação acerca da matéria.

Todavia, o Autuante permite-se sem adentrar no mérito, refutar o arrazoado da Autuada quanto à impropriedade da imposição da multa considerada extorsiva, tendo em vista a inaplicabilidade dos parâmetros apresentados na peça de defesa às fls. 138, 139 e 140, haja vista, constituir-se em um verdadeiro disparate, a comparação em termos de ordem de grandeza, da imposição de uma simples multa com gravação de 60% como no PAF em comento, ser equiparada a outras contestadas judicialmente, por atingirem patamares de 300%.

Não obstante, ser perfeitamente legal a insurgência da Autuada quanto a imposição das multas tidas como abusivas, o Autuante considera descabidas tais alegações e ressalta que não lhe cabe analisar a pertinência ou não da Lei, haja vista, o imperativo cumprimento das obrigações legais ao qual se sujeita, consoante disposição contida no Art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966) quando detectadas infrações que ensejem a competente autuação fiscal.

Concluiu a peça informativa se manifestando pelo acatamento parcial das razões defensivas apresentadas pela autuada, respeitantes às **Infrações 01 e 02** que implicaram: na **manutenção** dos Anexos: 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 21 e 24; no **refazimento** dos Anexos 01; 02; 03; 04; 05; 06; 07; 08; 09; 20; 22; 23; 25; 26; 27; e 28; sendo produzidos em substituição os **Anexos: 30; 30A; 31; 31A; 32; 32A; 32B; 33; 33A; 34; 35; 36; 38; 38A; 39; 39A; 40; 40A; 40B; 41; 41A; 42; 43; 44; 45 e 48**; bem como, o **agregamento** dos novos Anexos: 29; 29A; 29B; 37; 37A; 37B; 46 e 47.

Informou ainda que todos os Anexos **refeitos** e **agregados** encontram-se acostados ao presente PAF em forma de mídia gravada (CD), cuja cópia foi entregue à Autuada juntamente com todos os outros elementos acostados ao PAF em questão. Registrou também que os Anexos 34; 35; 36; 43; 44; 45; 46 47; e 48, foram suplementarmente entregues à Autuada, sob a forma impressa, bem como juntados ao PAF em lide.

Para complementar, informou que no **Anexo 48** emitido em substituição ao originário Anexo 28, consta Índice remissivo de todas as manutenções, substituições e agregações de novos Anexos, ocorridos.

Com isso a Infração 01e a infração 2 foram reduzidas para R\$ 1.201.060,12 e R\$107.034,96, respectivamente, importando em um valor total de R\$1.308.095,08 (Hum milhão, trezentos e oito mil e noventa e cinco reais e oito centavos) a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes. Que o valor original do A.I. totalizava a cifra de R\$1.411.775,81.

O contribuinte, foi intimado para se manifestar acerca das alterações processadas no lançamento fiscal.

Reiterou os pedidos de nulidade suscitados na inicial e nas razões de mérito frisou que o preposto do fisco além das 28 planilhas apresentadas em meio magnético, acostou mais 34 planilhas , contendo um número exorbitante de dados, referente às operações do autuado, que continuam sem coadunar com a descrição dos fatos narrados na peça acusatória, conforme demonstrado nas preliminares de nulidade retro-citadas.

Apesar do refazimento de algumas planilhas durante o processo de informação fiscal, as mesmas continuam sem representarem as condutas descritas nas infrações 01 e 02 do auto de infração, pois continuam apresentando vícios insanáveis, que prejudicam sua utilização como meio de prova para sustento de quaisquer irregularidades fiscais, sejam porque não refletem as reais operações realizadas pelo impugnante, sejam por ferirem de morte a legislação e os princípios constitucionais tributário, além de não identificar com clareza e precisão a infração, a base de cálculo e o suposto valor devido, contrariando o art. 18 RPAF, conforme será demonstrado a seguir.

Em seguida apontou a falta de proporcionalidade nas saídas com benefício atacadista. Abordou mais à frente cada uma das planilhas que compõem o Auto de Infração, conforme transcrição abaixo.

PLANILHAS 02 e 06

De início convém esclarecer que a única impugnação aceita pelo Autuante foi a falta de prova documental da situação dos destinatários, entretanto o mesmo refez as planilhas alterando mais uma vez a suposta infração, além de criar arbitrariamente novos supostos ilícitos fiscais.

Não podemos esquecer que a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

Outrossim, na elaboração das peças processuais em comento, o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, pois não considerou a redução de base de cálculo positivada no art. 87, XXI do RICMS/97, vide a título meramente exemplificativo as notas fiscais 695270 e 771055.

PLANILHAS 03 e 07

As planilhas 03 e 07, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, trás na sua abertura como objeto o seguinte texto: " Utilização irregular do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (Termo de Acordo) sobre vendas efetuadas para contribuintes não-inscritos", apesar de nas infrações descritas no auto estarem materializadas condutas totalmente divergentes.

Se não bastasse a confusão entre a narração das condutas no auto e nas planilhas supra, o nobre Auditor inovou ao substituir as planilhas em comento pelas planilhas de números 32 , e 40, cujo a descrição dos fatos é "Utilização irregular do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (Termo de Acordo), sobre vendas efetuadas para contribuintes não-inscritos ou com situação cadastral irregular" e 32 A e 40 A, com descrição " Erro na apuração do ICMS sobre saídas de mercadorias sujeitas a Redução da Base de Cálculo e destinadas a contribuintes não-inscritos ou com situação cadastral ", ambas totalmente divergente das condutas narradas nas planilhas originais.

Neste viés senhores julgadores o preposto do fisco criou novas supostas infrações, instrumentalizadas na Informação Fiscal, totalmente ao arrepio das normas legais.

Ademais não pode olvidar que a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

Outrossim, na elaboração das peças processuais em comento, o Autuante equivocou-se ao efetuar os cálculos das saídas de leite em pó, pois não considerou a redução de base de cálculo positivada no art. 87, XXI doto lácteo e sim leite em pó.

Analizando mais detidamente as planilhas 32, 32 A, 40 e 40 A, encontram-se outras inconsistências que consolida de vez a falta de segurança na definição da base de cálculo e do suposto valor devido, conforme será demonstrado a seguir de forma exemplificativa.

Nas planilhas 32 e 32 A, o Autuante lista mais de mil operações tendo como destinatário RONALDO S. DE NASCIMENTO, CNPJ 00.550.270/0001-76, cujo o Autuante classifica erroneamente como " não-contribuinte", entretanto a empresa encontra-se ativa no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, conforme extrato anexo doc. II.

Em outra situação na planilha 32, nas operações que apresentam FABIANA SANTOS BRASIL, CPF 001.402.075-03, como destinatária, o preposto do fisco aponta como situação cadastral "Inscrição 67.704.965AM", conforme faz prova o próprio extrato anexo 46, fl. 207, entretanto analisando detidamente o extrato, verifica-se que a empresa estava em situação ativa durante as ocorrências (2008 e 2009), não podendo fazer parte da planilha que apura supostas vendas para empresas irregulares.

Mesma situação encontram-se as vendas para REMILDA COELHO DOS SANTOS, CPF 005.735.485-52, ARLINDO DOS SANTOS SANTANA FILHO, CPF 007.472.125-97 e EVALDO ALMEIDA DE JESUS, CPF 024.648.915-41, extratos fls. 211, 214 e 232, respectivamente, citadas de forma ilustrativa.

Na planilha 32 A as inconsistências ocorrem novamente, bastando como meio de prova analisar de forma exemplificativa as vendas para REMILDA COELHO DOS SANTOS, CPF 005.735.485-52, TIAGO MIRANDA DA SILVA, CPF 005.975.195-95213 e MANOEL ALMEIDA CARDOSO, CPF 018.060.205-56, extratos fls. 211, 213 e 226, também de forma elucidativa.

Na planilha 40 também encontramos as mesmas incongruências senão vejamos de forma ilustrativa: DEYANE SANTOS MAFRA, CPF 000.738.155-78, FABIANA SANTOS BRASIL, CPF 001.402.075-03 e IVETE SANTA ROSA SANTOS FILHA, CPF 001.700.505-13, extratos fls. 204, 207 e 208 do PAF.

Na 42 A, as impropriedades se repetem podendo serem exemplificadas nas operações para FABIANA SANTOS BRASIL, CPF 001.402.075-03 IVAN SILVA RIBEIRO, CPF 004.293.725-66 e ZELIA MELO DA CRUZ, CPF 011.544.325-80, extratos fls. 207, 209 e 219 do processo.

Além disso, o Autuante insiste em incluir nas planilhas em tela produtos intributáveis, visto que possuem regra de 100% de redução de base de cálculo (arroz), em conformidade com o art. 78-A do RICMS/97, conforme já demonstrado na peça impugnativa.

Em outro ponto o preposto do fisco insiste em manter nas planilhas em apreço, produtos que a legislação inclui na substituição tributária ou já foram contempladas com redução de base de cálculo, não podendo fazer parte das mercadorias sujeitas ao benefício do termo de acordo.

Por fim, não se pode esquecer até o momento não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02.

PLANILHAS 04 e 08

As planilhas 04 e 08, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, trás em sua parte de cima como objeto o seguinte texto: " utilização irregular do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (Termo de Acordo) sobre vendas efetuadas para contribuintes com inscrição cancelada ou inapta".

Por outro lado, na própria Informação Fiscal, fl. 179, o Autuante informa que substituiu as planilhas em comento pelas planilhas de números 33 A 41 A.

Ocorre que as novas planilhas substitutas trás em seu cabeçalho o seguinte objeto: " Erro na apuração do ICMS sobre saídas de mercadorias sujeitas a Redução da Base de Cálculo e destinadas a contribuintes não-inscritos ou com situação cadastral".

Neste diapasão indaga-se a esta Egrégia Corte Administrativa:

Qual foi a infração imputada ao Atacadão Recôncavo, utilização irregular do benefício fiscal ou erro na apuração do ICMS sobre saídas de mercadorias sujeitas a redução da base de cálculo?

Poderia o fisco criar uma nova infração durante a Informação Fiscal?

Vale registrar que no Auto de Infração existem apenas duas condutas especificadas, que divergem totalmente das imputações acima transcritas.

Outrossim, o tema em tela já foi amplamente explicitado nas preliminares da peça defensiva.

Repise-se que não ficaram comprovados que os destinatários não são consumidores finais das aquisições em tela, fato que descaracterizaria a incidência da substituição tributária cobrada na infração 02.

Por derradeiro a partir de setembro de 2009 o Autuado passou a integrar o rol de empresas obrigadas a emissão de notas fiscais eletrônica, processo que prescindiu de validação do fisco para emissão de nota fiscal por operação, sendo neste ato verificado a idoneidade de diversas situações, dentre elas a situação cadastral do contribuinte adquirente.

PLANILHAS 13, 16, 15 e 17

As planilhas em questão, denominadas genericamente de Demonstrativos de Débitos de ICMS, traz em sua abertura como objeto o seguinte texto: "Icms debitado a menor sobre operações de saídas de mercadorias tributáveis destinadas a contribuintes inscritos, realizadas através de Notas Fiscais, em virtude de erro na aplicação da carga tributária devida."

*Ocorre que analisando as operações constantes nas planilhas verifica-se que se trata de vendas para contribuintes de **leite em pó**, produto com redução de base de cálculo de 58, 825, em conformidade com o art. 87, XXI do RICMS/97, in verbis*

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Ocorre que estranhamente o preposto do fisco continua a ignorar a regra regulamentar acima e aplicou erroneamente a redução de base de cálculo constante no Decreto Atacadista de 41,176%, ao invés da redução de base de cálculo específica de 58,825%, definida no RICMS/97, com a suposta interpretação errônea que as mercadorias objeto da imputação são composto lácteo.

Neste diapasão, mais uma vez a Fazenda Pública trouxe incerteza à base de cálculo e ao valor devido da infração 01, tornando-a totalmente insubsistente, por afrontar a verdade material.

Ao concluir a sua manifestação, o contribuinte, no mérito, voltou a formular pedido pela total improcedência do lançamento de ofício.

O autuante, em nova informação fiscal, apensada às fls. 626 a 640 dos autos reafirmou a manutenção do Auto de Infração nº 206911.0004/12-2, nos termos da informação fiscal constante das folhas 174 a 203 do PAF, pugnando assim, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, no valor de R\$1.308.095,08, com os acréscimos dos consectários legais.

VOTO

O auto de infração em lide é composto de duas infrações que em verdade se desdobram em 8 (oito) imputações, conforme abaixo:

Infração 01

Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

“Apurado através de Levantamento Fiscal, tendo em vista a detecção das seguintes irregularidades nos Exercícios de 2008 e 2009, como sejam: a-) não recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS incidentes sobre operações de vendas destinadas a contribuintes não-inscritos e/ou com inscrição estadual cancelada ou inapta, bem como, o usufruto irregular de benefícios fiscais concedidos através do Termo de Acordo – Atacadistas celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e previsto no Decreto 7799/00; b-) omissão dos valores a título de Diferencial de Alíquota sobre a entrada de mercadorias destinadas a uso ou consumo (DIFAL); c-) saídas de mercadorias tributáveis como não-tributáveis; d-) utilização a maior de créditos fiscais de ICMS, em virtude de erro no transporte dos valores constantes do livro REM – Registro de Entradas de Mercadorias nº 15 para o Livro RAIMS – Registro de Apuração do ICMS nº 04 alusivos ao Exercício de 2008, ocorridos nos meses de março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/08, cujas cópias dos livros fiscais pertinentes, encontram-se juntadas ao presente PAF; e-) ICMS debitado a menor, em razão de erro na aplicação da carga tributária devida; f-) Utilização irregular de créditos fiscais de Icms sobre entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e/ou com Redução da Base de Cálculo em 100%. Estando tudo discriminado nos demonstrativos constantes nos Anexos nºs 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 28 os quais encontram-se juntados ao presente PAF em forma de mídia gravada (CD) tendo em vista o grande volume de dados envolvidos. Com o fito de tornar mais claro e transparente os procedimentos adotados, foram produzidos os Anexos nºs 20, 21 e 22 (Exercício 2008) e 23, 24 e 25 (Exercício 2009) os quais , dão conta respectivamente, de: Memória de Cálculo – ICMS Operações Normais; Demonstrativo de Apuração do ICMS – Conforme RAICMS e Levantamento Fiscal do ICMS Devido – Ajustado, com metodologia adotada, comum a ambos os Exercícios os quais foram também, juntados sob a forma impressa, visando instruir e explicitar corretamente o PAF, bem como também impresso, o Anexo 28 – Índice das Infrações.” Total da Infração: R\$1.251.511,23, multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02

Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Apurado através de Levantamento Fiscal, tendo em vista o não recolhimento e/ou recolhimento a menor nas operações de vendas destinadas a contribuintes não-inscritos e/ou com inscrição estadual cancelada ou inapta, bem como, a não efetivação da retenção do Imposto na qualidade de contribuinte substituto do ICMS, decorrente do uso irregular e indevido dos benefícios fiscais previstos no Termo de Acordo –Atacadistas (Decreto 7799/00) celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Estando tudo discriminado nos demonstrativos constantes nos Anexos n.ºs 02, 03, 04, 06, 07, 08, 12, 26 e 27 os quais se encontram juntados ao presente PAF em forma de mídia gravada (CD) em virtude do grande volume de dados envolvidos. Visando instruir e explicitar corretamente o presente PAF, foram produzidos e juntados também, sob a forma impressa, os Anexos 26 e 27, bem como também o Anexo 28 – Índice das Infrações.”

Valor total: R\$160.264,58 com multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da lei n. 7.014/96.

Como visto acima, a infração 1 contempla em verdade 7 imputações, a saber: a-) não recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS incidentes sobre operações de vendas destinadas a contribuintes não-inscritos e/ou com inscrição estadual cancelada ou inapta, bem como, o usufruto irregular de benefícios fiscais concedidos através do Termo de Acordo – Atacadistas celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e previsto no Decreto 7799/00; b-) omissão dos valores a título de Diferencial de Alíquota sobre a entrada de mercadorias destinadas a uso ou consumo (DIFAL); c-) saídas de mercadorias tributáveis como não-tributáveis; d-) utilização a maior de créditos fiscais de ICMS, em virtude de erro no transporte dos valores constantes do livro REM – Registro de Entradas de Mercadorias n.º 15 para o Livro RAIMS – Registro de Apuração do ICMS n.º 04 alusivos ao Exercício de 2008, ocorridos nos meses de março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/08, cujas cópias dos livros fiscais pertinentes, encontram-se juntadas ao presente PAF; e-) ICMS debitado a menor, em razão de erro na aplicação da carga tributária devida; f-) Utilização irregular de créditos fiscais de Icms sobre entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e/ou com Redução da Base de Cálculo em 100%. (...)

Em outros termos: no mesmo item do auto de infração estão contempladas infrações diversas, cujo critério comum foi a apuração do imposto, quando houve repercussão na conta corrente fiscal do ICMS em desfavor do Estado.

Ocorre que a análise da repercussão financeira só é aplicável às infrações relacionadas a creditamento indevido do ICMS, nos termos do inc. VII, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, com o seguintes comandos normativos:

VI - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe descumprimento de obrigação acessória, sem prejuízo da exigência do estorno:

- a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;*
- b) na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;*
- c) na transferência irregular de crédito a outro estabelecimento.*

Pressupõe a norma em análise o lançamento de crédito indevido de natureza meramente escritural, que mesmo excluído da conta corrente fiscal do imposto, não resulte em obrigação de recolher imposto.

Frente ao exposto a metodologia acertamento da base de cálculo no presente lançamento só seria válida para as seguintes imputações:

d-) utilização a maior de créditos fiscais de ICMS, em virtude de erro no transporte dos valores constantes do livro REM – Registro de Entradas de Mercadorias nº 15 para o livro RAIMS – Registro de Apuração do ICMS nº 04 alusivos ao Exercício de 2008, ocorridos nos meses de março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/08, cujas cópias dos livros fiscais pertinentes, encontram-se juntadas ao presente PAF; e,

f) Utilização irregular de créditos fiscais de Icms sobre entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e/ou com Redução da Base de Cálculo em 100%.

Mesmo na situação acima, constatando no caso concreto que não houve repercussão em desfavor do Estado, seria exigível tão somente a multa.

Para as demais imputações é inaplicável a metodologia de apuração da base de cálculo do ICMS, visto que os débitos apurados não são compensáveis com possíveis créditos existentes na corrente fiscal do contribuinte. Isso por diversas razões:

a) juntamente com o lançamento vinculado ao descumprimento da obrigação principal há também o lançamento da penalidade, que tem por base impositivo o imposto que deixou de ser recolhido e que seria sensivelmente reduzido com a compensação de créditos existente na conta corrente fiscal;

b) a lei não autoriza o autuante a fazer auto compensações de créditos tributários em A.I, situação somente conferida ao contribuinte através de processo próprio e autônomo, sujeito à análise e dilação probatória específica, a exemplo do que ocorre com processo de restituição de indébito, previsto nos arts.73 a 89 do RPAF/99.

c) a contagem do prazo de início da decadência dos créditos tributários poderiam alterados em função da forma com o fisco viesse a lavrar o AI: considerando que todas as omissões fossem passíveis de compensação na c/c fiscal do ICMS, o contribuinte poderia invocar a aplicação, para todo e qualquer caso, do art. 150, § 4º, afastando-se a possibilidade de incidência do art. 173, I, ou seja, todas as omissões de pagamento seriam unificadas em uma única imputação: falta de recolhimento ou recolhimento a menor apurada na escrita fiscal do sujeito passivo (início da contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência de um único fato gerador: falta de recolhimento ou recolhimento a menos de ICMS).

Observo que poderíamos elencar outras repercussões desfavoráveis aos interesses da Fazenda Pública, para afastar a validade da metodologia de apuração do imposto adotada pelo autuante no presente Auto de Infração.

Não vislumbro sequer a possibilidade de aproveitar as imputações de creditamento indevido, com utilização a maior ou irregular, posto que a acusação originária constante do A.I é de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos impostos, a partir de levantamento fiscal, nos exercícios de 2008 e 2009. Se constatada a situação de creditamento sem repercussão seria aplicável ao caso multa; por sua vez, se verificada repercussão financeira em desfavor do Estado exigível o imposto. As duas situações não foram separadas no A.I, de forma líquida e segmentada. Ao contrário do que normalmente é feito nos procedimentos fiscais, o autuante mesclou com essas infrações, relacionadas ao crédito de ICMS, outras de natureza distinta, a exemplo do DIFAL, erro na apuração da base de cálculo, uso indevido de benefício fiscal etc. Consolidou todas essas infrações e abateu os saldos credores eventualmente existentes nos meses indicados na informação fiscal, lançando o tributo sobre o saldo remanescente.

Essa metodologia é contrária às determinações da Lei e do RICMS, conforme já abordado linhas acima visto que repercute em desfavor do Estado e também por dificultar o exercício do direito de defesa e contraditório do contribuinte.

Pelas razões acima expostas voto pela integral nulidade da infração 1, recomendando que a Inspetoria de origem recomende a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas acima indicadas.

No que tange à infração 2 trata-se da substituição tributária (falta de retenção do ICMS) relativo às operações com contribuintes não inscritos ou com inscrição estadual inapta ou cancelada, bem como a não retenção pelo uso irregular dos benefícios previstos no Termo de Acordo (Dec. 7.799/00).

A nulidade da infração 1 contamina também esta imputação, no que se refere à base de cálculo. O ICMS normal lançado a infração 1, com dedução dos saldos credores de ICMS existentes na escrita, serviram de base também dedutível do imposto devido por Substituição Tributária. Isso se encontra evidenciado no demonstrativos apensados às fls. 26 (exercício de 2008) e fls. 28 (exercício de 2009), do presente PAF.

Assim, considerando que a metodologia incorreta de apuração da infração 1 repercute na também no "*quantum debeatur*" da infração 2, julgo também este item nulo, recomendando, todavia, que a Inspetoria de origem recomende, também, a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas acima indicadas.

Voto, portanto, pela NULIDADE "*in totum*" do presente Auto de Infração, razão pela qual ficam prejudicados o exame das demais questões, especialmente as de mérito, suscitadas na peça de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206911.0004/12-2** lavrado contra **ATACADÃO RECONCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas no voto.

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, 09 de outubro de 2014

ANGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR