

A. I. Nº - 206881.0003/11-2
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 29.12.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-01/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00.

a) SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO E PARA PESSOAS INSCRITAS COMO “CONTRIBUINTE ESPECIAL”. No caso desta infração a autuação se apresenta correta, haja vista que o art. 1º, § 3º do Decreto nº 7.799/00, estabelece que o benefício alcança as operações internas realizadas por contribuintes do ICMS inscritos sob os códigos de atividades econômicas específicos constantes do Anexo Único itens 13 (Comércio atacadista de artigos de escritório e papelaria), 14-A (Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (Comércio atacadista de material elétrico) e 14-C (Comércio atacadista de material de construção em geral), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, inclusive inscritos na condição de especial. Ocorre que, o autuado tem como atividade o comércio atacadista de produtos alimentícios, atividade esta não contemplada pelo referido dispositivo legal, nas vendas realizadas para empresas inscritas na condição de especial. Além disso, empresas inscritas na condição de especial não são, de fato, contribuintes do ICMS, haja vista que o contribuinte tem a sua definição no art. 36 c/c 182, ambos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA -, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Infração subsistente. **b)** SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES “CANCELADAS/BAIXADAS”. Alegação defensiva de que não consta no demonstrativo elaborado pela autuante as inscrições que se encontram canceladas e baixadas, bem como o período dessa situação não procede. Isso porque, claramente se verifica que referido demonstrativo indica os números das inscrições estaduais, bem como as datas de emissão das notas fiscais respectivas no “Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Inaptos” estando as empresas listadas no citado demonstrativo inaptas no cadastro da SEFAZ no período fiscalizado. Ademais, a juntada pela autuante na informação fiscal dos Relatórios INC- Informações do Contribuinte- de empresas fornecedoras constante do demonstrativo, que se encontravam na situação de baixada ou inapta no cadastro, no período fiscalizado, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, afasta a possibilidade de dúvidas quanto a este item da autuação. Infração subsistente. **3. SUBSTITUIÇÃO**

TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES “CANCELADAS/BAIXADAS”. Alegação defensiva de que não consta no demonstrativo elaborado pela autuante as inscrições que se encontram canceladas e baixadas, bem como o período dessa situação não procede. Isso porque, claramente se verifica que referido demonstrativo indica os números das inscrições estaduais, bem como as datas de emissão das notas fiscais respectivas no “Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção”, estandoas empresas listadas no citado demonstrativo inaptas no cadastro da SEFAZ no período fiscalizado. Ademais, a juntada pela autuante na informação fiscal dos Relatórios INC- Informações do Contribuinte- de empresas que se encontravam na situação de baixada ou inapta no cadastro, no período fiscalizado, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, afasta a possibilidade de dúvidas quanto a este item da autuação. Infração subsistente. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** A diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, comprovou parcialmente a alegação defensiva de que as mercadorias que formaram as cestas natalinas foram tributadas. Refeiros os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** **a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Alegação defensiva de que o estorno de débito relacionado às operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, e cuja forma de resarcimento do tributo pago ocorreu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual, sendo que a maior parte destas operações se deu para o Estado de Sergipe e outros da Região Nordeste, restou parcialmente comprovada, através de diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF. Refeiros os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS AMPARADA PELA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.** O autuado comprovou parcialmente a alegação de se tratar de devoluções de mercadorias, conforme diligência realizada pela ASTEC/CONSEF por solicitação desta JJF. Refeiros os cálculos. Reduzido o débito. Infração parcialmente subsistente. **c) ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE.** Restou comprovado que o autuado estornou o débito a mais quando das vendas interestaduais de mercadorias tributadas, utilizando o benefício do Decreto nº 7.799/00 (“alíquota de 10%”), infringindo o art. 1º do citado Decreto, quando o correto é a alíquota interestadual de 12%, conforme “Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Estorno de

Débito a Maior” anexo VII, acostado aos autos. Alegação defensiva de que os estornos são decorrentes de devoluções e vendas canceladas não procede, haja vista que nos demonstrativos elaborados pela autuante se observa que se trata de operações de saídas interestaduais com CFOP 6102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros -, na totalidade. Infração subsistente.

d) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Infração reconhecida.

e) ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. A autuação diz respeito ao estorno de débito lançado a mais no livro Registro de Apuração do ICMS, quando do lançamento extemporâneo de vendas interestaduais de mercadorias amparadas pelo benefício do Decreto nº 7.799/00. O autuado estornou no livro RAICMS valor superior ao corretamente devido, gerando uma diferença lançada a mais no citado livro fiscal. Infração subsistente.

f) AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. APROPRIAÇÃO NO LIVRO RAICMS DE VALORES SUPERIORES AOS LANÇADOS NO CIAP. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou demonstrado que o autuado lançou o crédito no livro Registro de Apuração do ICMS em valores superiores aos lançados no CIAP, conforme “Demonstrativos do Crédito Fiscal Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS”, elaborado pela autuante. Infração subsistente.

6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS.

a) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fatos parcialmente demonstrados nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se os valores das multas. Infrações 08 e 09 parcialmente subsistentes.

7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, constatou que descabe a aplicação da multa indicada neste item da autuação, em face de o autuado ter comprovado o alegado. Infração insubsistente.

7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.

a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida.

b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de se tratar de aquisições de mercadorias com fase de tributação encerrada não procede. Na realidade, as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas neste item da autuação, cujas fotocópias se encontram acostadas autos às fls. 585 a 599, permitem constatar que se trata de mercadorias tributadas normalmente, isto é, que não têm o imposto devido por antecipação ou substituição tributária, sendo destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Infração

subsistente. Rejeitadas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2011, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$759.813,12,em decorrência do cometimento das seguintes infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$178.279,62, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado realizou vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS “(ISENTOS E ESPECIAL)”, utilizando indevidamente do benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, conforme Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais - Vendas para não Contribuintes anexo I, planilhas gravadas em CD anexo que passa a fazer parte integrante deste Auto de Infração;
2. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de fevereiro a novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.834,56, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado realizou vendas de mercadorias para contribuintes com inscrições CANCELADAS/BAIXADAS, utilizando indevidamente do benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, conforme Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Vendas para Contribuintes Inaptos, anexo II, planilhas gravadas em CD anexo que passa a fazer parte integrante deste Auto de Infração;
3. 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, nos meses de janeiro a novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.256,70, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a falta de retenção do ICMS nas vendas de mercadorias a contribuintes com inscrições estaduais canceladas/baixadas, conforme Demonstrativo Auditoria da Substituição Tributária - Falta de Retenção Contribuintes Inaptos, anexo III, planilhas gravadas no CD anexo;
4. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$50.647,22, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado realizou vendas de mercadorias tributáveis sem destaque do imposto devido, conforme Demonstrativos do Erro na Determinação da Alíquota anexo IV, planilhas gravadas em CD anexo que passa a fazer parte integrante deste Auto de Infração;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$63.804,09, acrescido da multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2009,janeiro a março, maio, julho a setembro e dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$24.492,48, acrescido da multa de 60%;
7. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de abril, julho a outubro e dezembro de 2009, janeiro e fevereiro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.828,81, acrescido da multa de 60%;
8. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$169.995,24, correspondente ao

percentual de 10% do valor comercial das mercadorias. Consta que foram identificadas Notas Fiscais Eletrônicas sem registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas e fotocópias dos Livros Registro de Entradas (anexo VIII);

9. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho, setembro a dezembro de 2009, janeiro a março, maio, junho, setembro, novembro e dezembro de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.349,38, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias. Consta que foram identificadas Notas Fiscais Eletrônicas sem registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas e fotocópias dos Livros Registro de Entradas (anexo VIII);

10. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de dezembro de 2009, abril, julho, setembro e outubro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.838,54, acrescido da multa de 60%. Consta que conforme Demonstrativo do Estorno de Débito a Maior nas Vendas Interestaduais de Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária , anexo IX, planilhas gravadas em CD anexo que passa a fazer parte integrante deste Auto de Infração;

11. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353,II, do RICMS/97], nos meses de março e maio de 2009, maio, novembro e dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$107.004,11, acrescido da multa de 60%;,

12. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de outubro a dezembro de 2009, sendo exigido o valor de R\$3.286,96, correspondente ao percentual de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente;

13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de setembro de 2009, janeiro, junho, setembro e dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$90.877,82, acrescido da multa de 60%;

14. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de setembro de 2009, fevereiro e março de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$590,53, acrescido da multa de 60%;

15. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de janeiro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$474,11, acrescido da multa de 60%;

16. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de setembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.709,71, acrescido da multa de 60%. Consta se referir ao lançamento extemporâneo de vendas interestaduais de mercadorias sujeitas ao benefício do Decreto n. 7.799/00 com imposto destacado de 12% do período de 2006 a março/2009, conforme Demonstrativo do Estorno de Débito Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, e fotocópias do citado livro fiscal anexo IV;

17. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.543,23, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte se creditou no livro RAICMS de valores superiores aos créditos lançados no CIAP,

conforme photocópias dos livros fiscais respectivos e Demonstrativos do Crédito Fiscal Lançado a Maior no LRAICMS (Ativo Imobilizado- CIAP) anexo XIVI.

O autuado apresentou defesa (fls. 764a787 – volume II) consignando, quanto à infração 01, que o entendimento da autuante está impregnado de insanável vício de interpretação, já que, para efeito de caracterização da infração que impõe, inova na estrutura legal do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, ao arguir como pressuposto basilar para a constituição do suposto crédito fiscal a tese de que o “contribuinte inscrito na condição especial” se equipara ao “não contribuinte”.

Afirma que tal entendimento encontra resistência firmada em bases sólidas no próprio Regulamento do ICMS, precisamente, no inciso V do artigo 150, define que na condição de Contribuinte Especial, serão inscritas *as pessoas jurídicas não obrigadas a inscreverem-se mas que, por opção própria, requererem inscrição, inclusive*:

Aduz que, pelo que prescreve, o texto legal define a condição de Contribuinte Especial, e que ela tem-se por finalidade, a habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento e o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas.

Salienta que, em paralelo a este consagrado entendimento, haja vista integrar de forma positiva, no sentido da literalidade formal do dispositivo regulamentar, também prevê o artigo 1º do Decreto 7.799/00, cuja redação transcreve.

Assevera que, pela simples análise e apreciação do disciplinamento expresso no “caput” do artigo 1º do Decreto 7.799/00, pode se inferir que não existe distinção do tipo da inscrição do contribuinte destinatário, para a legislação em análise. Ou seja, tanto faz para fins de aplicação se o destinatário for contribuinte normal, contribuinte especial ou qualquer outro tipo, mas sim unicamente o fato de ser inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Afirma que se não existe condicionante legal que restrinja a fruição do benefício previsto no Decreto 7.799/00, quando o destinatário for inscrito na condição de contribuinte especial no cadastro de ICMS da Bahia, ex-vi o *caput* do artigo 1º do Dec. 7.799/2000, não poderia o autuante ter destituído o seu direito, e assim gerado um Auto de Infração sem qualquer embasamento legal.

Frisa que vale dizer que o legislador ao afirmar expressamente no *caput* do artigo 149 do RICMS a necessidade do registro no cadastro do ICMS para a *habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento*, quis com isso ressaltar não só a parte obrigacional acessória contida neste instituto, mas sobretudo as prerrogativas decorrentes do atendimento e cumprimento da condição de contribuinte cadastrado, seja na condição de normal ou especial.

Aduz que, diante dos modestos esclarecimentos jurídicos expressados, que só ressaltam a norma positiva vigente expressada, já que consubstanciados de forma direta no próprio texto da lei, solicita que este Conselho de Fazenda, liminarmente, fazendo Justiça, determine o cumprimento da Lei vigente, sobretudo o *caput* do artigo 1º do Decreto 7.799/00 c/c o *caput* do artigo 149 do RICMS/BA e declare improcedente a infração 01, já que, para fins de aplicação do artigo 1º do Decreto 7.799/00, não existe distinção entre o destinatário inscrito na condição de contribuinte normal ou destinatário inscrito na condição de contribuinte especial.

Sustenta que não restam dúvidas quanto à interpretação semântica da concepção do termo “contribuinte inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”.

Assinala que, de fato, o mínimo que se pode deduzir, com base na própria lógica legalista, é que o próprio Decreto 7.799/00 não estabelece em seu artigo 1º qualquer espécie de restrição quanto à extensão do tratamento tributário previsto às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) destinadas a não contribuintes do ICMS, desde que inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte especial.

Ressalta que ao observar tudo quanto exposto, por ora, não está tratando apenas do Auto de Infração em questão, mas sim, e principalmente, da segurança jurídica das relações tributárias no Estado da

Bahia, pois, com efeito, o *caput* do artigo 1º do Decreto 7.799/00, refere-se a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, sem estabelecer qualquer ressalva quanto à condição de sua inscrição, se contribuinte normal, contribuinte especial ou qualquer outra que seja.

Aduz que a falta da segurança jurídica manifestada no presente processo denota, por iniciativa do autuante, no desfazimento da valência do inciso V, alínea “b”, itens 01 a03, do artigo 150 do RICMS/BA, dando margem a deduzir que tais pessoas jurídicas, por terem se inscritos por opção própria, não poderiam ser consideradas contribuintes especiais, à revelia da norma legal, e, portanto, não possuiriam nem os deveres nem os direitos como tais, assegurando ser esse o caso de hospitais e clínicas de saúde.

Assevera que tal entendimento é totalmente absurdo e jamais poderia nortear a ação fiscal, pois vilipendia a mais elementar interpretação do “*caput*” do artigo 149 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que define que a inscrição no cadastro do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) tem por finalidade a habilitação para o exercício dos *direitos*, relativos ao cadastramento.

Salienta que, entretanto, uma coisa não resta dúvida, isto é, trata-se de uma questão de direito, e, para tanto, mister se faz a análise por um Procurador de Estado, assumindo neste ponto do processo a condição de *custus legis*, para que possa esclarecer a devida interpretação da lei. Requer que seja produzido Parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, para apurar a real interpretação da norma tributária que definiu o fato descrito no Auto de Infração em lide.

Observa que a tese jurídica a ser desvendada é a seguinte: Impõe o *caput* do artigo 149 do RICMS o registro no cadastro do ICMS para a “habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento”. Caso assim seja, a fruição da redução da base de cálculo na aquisição de mercadorias junto a atacadistas signatários do termo de acordo previsto pelo Decreto nº 7.799/2000, não poderia ser considerado um destes direitos, já que é aplicável ao contribuinte inscrito no CAD-ICMS, independente da condição de Contribuinte Normal ou Especial, haja vista que ambos, semanticamente, são tratados como contribuintes?

Frisa que tal questionamento se sobrepõe a outros a serem analisados pelo douto parecerista designado, pois deste entendimento depende a manutenção ou não da infração 01, nos termos da segurança jurídica garantida nas relações existentes entre o fisco e o contribuinte.

No que tange à infração 02, argui a sua nulidade, uma vez que esta faz referência a venda de mercadorias para contribuintes com inscrições canceladas e baixadas, contudo, não consta nos autos, nenhum demonstrativo ou planilha indicando quais inscrições estavam baixadas ou canceladas, e nem em quais períodos assim estiveram, limitando sobremaneira a capacidade de interpor recurso sob algo incerto e que não lhe é dado conhecimento.

Alega que se vê no caso em questão, é uma limitação intransponível ao pleno exercício do direito de defesa que integra o devido processo legal, limitando o contraditório, que deveria estar garantido de acordo com o ditame constitucional, e, sobretudo, descumprindo um dos princípios mais basilares do contencioso administrativo tributário, que é a garantia de plena defesa.

Diz que desse modo, torna-se inevitável que esta infração tenha sua nulidade declarada de ofício, por cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal.

Com relação à infração 03, reitera a argumentação da infração 02, inclusive quanto ao cerceamento de defesa e ao descumprimento do devido processo legal.

Quanto à infração 04, diz que em que pese eventualmente existir alguma mercadoria com o errôneo cadastramento da alíquota, uma situação salta aos olhos e passou desapercebida da autuante, pois considerou as “cestas natalinas” como mercadoria tributável, não atentando que a tributação sobre as mercadorias contidas já teriam ocorrido quando do momento da formação de Kits, quando item por item foi tributado.

Alega que tributar a “cesta natalina” novamente, significaria bitributar o mesmo produto. Frisa que a título de exemplo, pede que a autuante que se afaste um pouco dos números frios dos arquivos

magnéticos e verifique "in loco" as notas fiscais emitidas e verá aquelas cuja operação reside em "agregação/desagregação" de Kits de Cestas Natalinas, e se certificará de que os produtos que os integram são devidamente tributados, conforme prevê a legislação do ICMS.

Diz que a título de colaboração com o devido processo legal, pede que as planilhas encaminhadas pela autuante, sejam fornecidas também em Excel, para que possa manipulá-las e assim excluir as cobranças que entende como indevidas. Acrescenta que, não sendo assim possível, suplica que o presente PAF seja convertido em diligência à Assessoria Técnica deste CONSEF, para que esta, através de fiscal estranho ao feito, proceda as devidas correções no levantamento original.

Assevera que, em síntese, a infração 04 está impregnada de erro técnico, já que dedica boa parte de seu crédito reclamado à cobrança de ICMS sobre a "cesta natalina", cujos produtos já tiveram sua tributação aplicada quando da formação dos Kits.

Relativamente à infração 05, observa que diz respeito ao estorno de débito relacionado as operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, e cuja forma de resarcimento do tributo pago se deu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual.

Ou seja, a maior parte destas operações se deu para o Estado de Sergipe e outros da Região Nordeste, o que poderia ter sido identificado pela autuante se ela tivesse lhe consultado a respeito de suas operações e procedimentos adotados.

Requer que o PAF seja convertido em diligência, para que a ASTEC/CONSEF possa dirimir qualquer mal-entendido.

Salienta que estará encaminhando aditamento à peça de defesa, trazendo todos os demonstrativos necessários a esclarecer estes créditos.

No respeitante à infração 06, sustenta que o levantamento realizado pela autuante não procede, pois maculado por uma grande falha ao dizer que houve utilização de crédito fiscal de ICMS referente à "aquisição" de mercadorias beneficiadas com não incidência de imposto. Acrescenta que a autuante deixou de observar que as notas elencadas em seus demonstrativos (Anexo VI) referiam-se a 2tipos de devoluções: a) No primeiro caso, a devolução de "cestas natalinas" integrais ou itens em separados (ainda que registrados nos AM como cestas natalinas), que apesar de lançados nos arquivos magnéticos como "cestas natalinas - agregação/desagregação de Kits", foram lançados itens por itens nas suas respectivas notas fiscais, como poderá ser verificado pela simples análise das NFs, à disposição das autoridades fazendárias. b) No segundo caso, refere-se à devolução de operações interestaduais envolvendo arroz, feijão (diversos tipos) e outros produtos que, por força do artigo 87 do RICMS, têm sua base de cálculo reduzida em 100% nas operações internas, mas, quando comercializadas para outros Estados, são tributadas e por consequência suas devoluções, também, terão o destaque do ICMS.

Requer que seja determinada diligência, no sentido de se verificar as suas alegações, já que a pura e distante análise dos arquivos magnéticos abre possibilidades para a interpretação errônea dos fatos.

No que diz respeito à infração 07, afirma que a autuante levou em consideração que as operações que originaram tais estornos, em sua essência se referem a devoluções e vendas canceladas, sendo, em alguns casos, operações interestaduais, com tratamento tributário distinto do aplicado nas operações internas, o que gerou distorções na aplicação da planilha da auditora fiscal.

Solicita que seja feita uma avaliação analítica, nota a nota citada no demonstrativo, para que se determine com precisão a existência de qualquer débito fiscal, pois todos os estornos se deram à luz do Regulamento do ICMS Bahia, não havendo porque descartar o fato de que algumas notas fiscais, por se referirem a operações interestaduais, não haveriam de ter dado tratamento diferenciado aos produtos nela relacionados.

Pede que seja determinada diligência por preposto indicado por este CONSEF, no sentido de dirimir a dúvida que se opera, bem como refazer os demonstrativos com base no que de fato ocorreu e está devidamente documentado pelas notas fiscais que emitiu.

Quanto à infração 08, afirma que a autuante se baseou em seu levantamento em uma suposta constatação de que havia Notas Fiscais Eletrônicas sem registros na sua escrita fiscal, contudo, não verificou quais destas notas fiscais teriam sido objeto de cancelamento, devolução ou efetiva não entrega ao destinatário, o que lhe forçou a solicitar de seus fornecedores cópias de livros fiscais, declarações ou registros de cancelamento de notas fiscais eletrônicas, expondo-o a um constrangimento no mínimo injusto.

Assegura que o fato é que, não existem notas fiscais sem registro na sua escrita fiscal, e para provar o quanto alega, desde já, anexa cópia de declarações de fornecedores, ao tempo em que solicita que a autuante promova a devida exclusão de todos os registros em que não tenha efetivamente comprovação de que o requerente veio a receber tais produtos.

Pede que a autuante apresente uma única nota fiscal em que tenha assegurado uma comprovação de recebimento por sua parte, mediante assinatura no canhoto da nota fiscal, ou mesmo uma duplicata paga, de forma a materializar-se a infração do qual é acusado.

Solicita que seja recebida por este CONSEF, cópia das declarações encaminhadas pelos seus fornecedores, bem como que seja determinada diligência, a fim de se comprovar o quanto alegado.

No que concerne à infração 09, reitera os argumentos apresentados na infração 08.

Com relação à infração 10, afirma que não conseguiu localizar qualquer demonstrativo que contivesse o débito de R\$20.967,28, com fato gerador ocorrido em 30/12/2009, razão pela qual requer a sua nulidade, por indeterminação do fato imponível e cerceamento de defesa.

No tocante à infração 11, consigna que constatou que a autuante, por equívoco, deu a Champagne e ao Vinho Chileno o tratamento previsto no RICMS/BA para o vinho fortificado/modificado, descartando-o da condição de mercadoria inclusa no Decreto 7.799/00, gerando um montante de ICMS muito superior ao devido, o que gerou este item da autuação.

Pede sejam feitos os levantamentos com a exclusão dos referidos produtos, para que, ao fim seja concedido novo prazo para que se manifeste.

Quanto à infração 12, afirma que não procede, pois o que de fato ocorreu é que algumas devoluções de operações realizadas junto a clientes de outros Estados, sobremaneira, São Paulo, foram interpretadas pela autuante como aquisição de mercadorias, o que pode ser plenamente comprovado pela simples análise dos documentos fiscais aduzidos pela própria autuante em seus demonstrativos.

Requer a realização de diligência no sentido de dirimir esta dúvida, interpretando a oportuna juntada das notas fiscais constantes no levantamento fiscal.

No que concerne à infração 13, diz que as aquisições referem-se a produtos antecipados, isto é, com a fase de tributação encerrada, não sendo justificável o pagamento do diferencial de alíquota, já que os tributos foram quitados quando da aquisição.

Relativamente à infração 14, consigna que em face do pequeno valor, e por espelhar uma circunstância meramente eventual, optou por reconhecer esta infração sem apresentar impugnação específica.

No respeitante à infração 15, diz que em face do pequeno valor, e por espelhar uma circunstância meramente eventual, optou por reconhecer esta infração sem apresentar impugnação específica.

No que tange à infração 16, argui que é nula por não discriminá-la de maneira analítica, quais elementos serviram de respaldo para embasar o entendimento firmado pela autuante de que o estorno real deveria ser R\$3.883,81, o que impossibilita que possa exercer de forma plena o seu contraditório, cerceando-lhe sua capacidade defensiva e descumprindo o devido processo legal.

Solicita que este órgão julgador, a partir unicamente dos elementos constantes no demonstrativo elaborado pela autuante possa exprimir uma opinião quanto ao mérito abordado.

No que diz respeito à infração 17, afirma que todos os créditos referentes a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento foram oriundos da aquisição de bens para integrar o ativo permanente, eventualmente alguma nota fiscal que deixou de ser relacionada no Livro CIAP, mas que efetivamente se encontra lançada no Livro Diário, inexistindo qualquer diferença de tributo a recolher.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, que a Procuradoria do Estado, através de seu representante neste Conselho de Fazenda, se manifeste, como “custus legis”, através de Parecer, na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, no sentido de apurar a real interpretação da norma tributária que definiu o fato descrito no presente Auto de Infração. Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos, inclusive laudos periciais expedido por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 799 a 819 – volume II) consignando que o autuado reconheceu as infrações 14 e 15 e impugnou os demais itens da autuação.

Contesta os argumentos defensivos, esclarecendo que a exigência do imposto ocorreu em função de diversas infrações a legislação tributária estadual, tendo como respaldo legal o RICMS/BA aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, bem como o Decreto nº 7.799/00 (Termo de Acordo Atacadista), cujas multas encontram-se prevista no art. 42 inc. II alíneas “a”, “e”, “d” e “f”, inc. VII alínea “a”, inc. IX, inc. XI da Lei nº 7.014/96.

Registra que para instruir o processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, bem como os livros e documentos fiscais, ou seja, os Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais – Vendas para não Contribuintes, Livro Registro de Saídas, photocópias de notas fiscais de saídas e Relatório INC – anexo I (fls. 99 à 147), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Inaptos – anexo II (fls. 148 à 185), Demonstrativo Auditoria da Substituição Tributária – Falta de Retenção Contribuintes Inaptos - anexo III (fls. 186 à 235), Demonstrativos do Erro na Determinação da Alíquota – anexo IV (fls. 236 à 267), Demonstrativos do Crédito Indevido – Aquisição de Mercadorias Enquadradadas no Regime de Substituição Tributária – anexo V (fls. 268 à 292), Demonstrativo do Crédito Indevido – Aquisição de Mercadorias Isentas/Não Tributadas – anexo VI (fls. 293 à 310), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Estorno de Débito a Maior – anexo VII (fls. 311 à 349), Demonstrativos das Notas Fiscais de Entradas não Registradas e photocópias dos Livros Registro de Entradas – anexo VIII (fls. 350 à 510), Demonstrativo do Estorno de Débito a Maior nas Vendas Interestaduais de Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária – anexo IX (fls. 511 à 548), Demonstrativo da Antecipação Tributária – anexo X (fls. 549 à 553), Demonstrativo da Antecipação Parcial – anexo XI (fls. à 574), Demonstrativos do Cálculo do DIFAL e photocópias de notas fiscais de entradas - anexo XII (fls. 575 à 599), Demonstrativo do Crédito com Alíquota a Maior – anexo XIII (fls. 600 à 602), Demonstrativo do Estorno de Débito Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS - anexo XIV (fls. 603 à 628), Demonstrativos do Crédito Fiscal Lançado a Maior no LRAICMS – Ativo Imobilizado e Livros Registro de Apuração do ICMS anexo XV (fls. 629 à 715), tendo sido fornecido photocópias dos citados demonstrativos e planilhas em meio magnético (CD-R) conforme declarado pela autuada nos citados demonstrativos e nos Recibos de Arquivos Eletrônicos fls. 752 e 753, tendo portanto o contribuinte total condição de defender-se.

Salienta que todos os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos arquivos magnéticos que espelham os livros e documentos fiscais da autuada, conforme se pode comprovar através das photocópias dos Termos de Intimação e de Arrecadação anexos às fls. 21 a 27 dos autos.

No que diz respeito à infração 01, observa que se refere à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS – isentos e especial, com previsão legal nos artigos 11, 87 e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, bem como no art. 1º parágrafo 3º do Decreto nº 7.799/00, que deixa claro que só é permitida a utilização do citado benefício nas operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos na condição de especial sob os códigos de atividades econômicas específicos constantes do Anexo Único itens 13 (Comércio atacadista de artigos de escritório e papelaria), 14-A (Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (Comércio atacadista de material elétrico) e 14-C (Comércio atacadista de material de construção em geral).

Observa que a SEFAZ não obriga o contribuinte a possuir Termo de Acordo, tendo sido uma opção do mesmo, acordado através do processo n. 028.558.200/07. Acrescenta que a concessão do benefício da redução de base de cálculo prevista no citado Decreto é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte, que passou a ficar sujeito às condições gerais e específicas para esse uso.

Diz que estando o autuado inscrito no cadastro sob o código de atividade econômica constante do item 8 do Anexo Único do citado Decreto, ou seja, Comércio Atacadista de Gêneros Alimentícios em geral, as vendas para contribuintes especiais não possuem o benefício da redução da base de cálculo prevista no citado Decreto, ficando tais operações tributadas com a alíquota de 17%, conforme Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Não Contribuintes (fls. 99 à 147).

Diz que diante do exposto, ratifica este item da autuação. Opina pelo não atendimento da solicitação de diligência a Procuradoria da Fazenda.

No que concerne às infrações 02 e 03, afirma que não procede o argumento do autuado de que não consta dos demonstrativos as inscrições que se encontram canceladas e baixadas, bem como o período dessa situação. Observa que se verifica nos anexos II (fls. 148 a 185) e III (fls. 186 a 235) do presente processo que constam os números das inscrições estaduais, bem como as datas de emissão das notas fiscais respectivas nos Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Inaptos e Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção, estando todas as empresas listadas nos citados demonstrativos inaptas no cadastro da SEFAZ no período fiscalizado.

Salienta que, apesar de o autuado não ter solicitado na defesa, está anexando Relatórios INC (Informações do Contribuinte) de empresas fornecedoras constantes dos demonstrativos das infrações acima descritas que se encontravam na situação de baixado ou inapto no cadastro, no período fiscalizado.

No tocante à infração 04, diz que o contribuinte é réu confesso, pois reconhece ter cadastrado algumas mercadorias com alíquota indevida.

Sustenta que não procede a afirmação de que o produto “cesta natalina” é não tributável, tendo vendido o citado produto com tributação, conforme Notas Fiscais nºs 84257 e 84984 (janeiro/2009) e 33935, 33526, 34924 (dezembro/2009), 88334, 89790, 89829, 90459 e 90935 (dezembro/2010), constantes dos seus Livros Registro de Saídas anexo em CD-R fl. 754 do PAF. Registra que a empresa não mantém uniformidade nos lançamentos utilizando-se de dois procedimentos, ou seja, em algumas notas fiscais de saída de cestas natalinas se debitou do imposto normal, em outras notas fiscais não se debitou. Manifesta o entendimento de que o imposto deve ser pago na forma, condições e prazo determinados pela legislação descabendo ao contribuinte o direito de escolher ao seu alvedrio como irá satisfazer a obrigação tributária.

Informa que o autuado se creditou do imposto destacado nos documentos de aquisição dos itens para a formação das cestas, bem como das cestas formadas, e nas vendas se debitou do imposto

devido por itens e deixou de se debitar de diversas notas fiscais quando das vendas das “cestas natalinas”, conforme Demonstrativos do Erro na Determinação da Alíquota anexo IV fls. 236 à 267.

Quanto à infração 05, assevera que não procede o argumento defensivo de que se creditou do imposto antecipado e deu saída para outros Estados com alíquota interestadual, tendo em vista que o crédito reclamado na presente infração refere-se ao imposto normal nas aquisições de produtos sujeitos a substituição tributária.

No respeitante à infração 06, frisa que se refere à utilização indevida de crédito fiscal, quando adquiriu mercadorias isentas/não tributadas, se creditando indevidamente em seus livros fiscais, conforme Demonstrativos dos Créditos Indevidos – Aquisição de Mercadorias Isentas/Não Tributadas constantes do anexo VI fls. 294à310.

Consigna quanto ao crédito indevido nas aquisições de “cesta natalina”, que verificou que o autuado se creditou do imposto destacado nos documentos de aquisição dos itens para a formação das cestas, bem como das cestas formadas através do CFOP 1926. Quanto às aquisições de produtos da “cesta básica” no Estado, afirma não poderia o autuado se creditar, pois, conforme previsão do art. 87 do RICMS/BA, tais produtos têm sua base de cálculo reduzida em 100% nas operações internas. Assevera, também, que não procede a afirmação defensiva de que os créditos indevidos se referem a devoluções de operações interestaduais, pois consta dos demonstrativos CFOP de Compra para Comercialização (1102, 2102 e 2910).

No tocante à infração 07, observa que o autuado estornou o débito a maior quando das vendas interestaduais de mercadorias tributadas, se utilizando do benefício do Decreto nº 7.799/00 (alíquota de 10%), infringindo o art. 1º do citado Decreto, quando o correto é a alíquota interestadual de 12%, conforme “Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Estorno de Débito a Maior” anexo VII, fls. 312 a 349.

Assegura que não procede o argumento defensivo de que tais estornos são oriundos de devoluções e vendas canceladas. Frisa que se observa que nos demonstrativos anexos ao PAF que se trata de operações de saídas interestaduais, através do CFOP 6102, na totalidade.

No tocante às infrações 08 e 09, observa que se refere a falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas e não tributadas respectivamente na escrita fiscal, tendo como prova das mesmas os Demonstrativos das Notas Fiscais de Entradas não Registradas e fotocópias dos livros Registro de Entradas constantes do anexo VIII fls. 351 à 510, bem como fora dado fotocópias dos citados demonstrativos ao contribuinte, conforme declarado pelo mesmo nos demonstrativos.

Salienta que as notas fiscais arroladas no levantamento são de empresas fornecedoras do autuado, tendo sido coletadas através de Notas Fiscais Eletrônicas, sendo prova suficiente da realização das operações de aquisição das mercadorias nelas consignadas e destinadas ao autuado, cujos documentos não foram registrados em sua escrita fiscal, consoante cópias do Livro Registro de Entradas dos anos de 2009 e 2010 e NF-e anexas ao processo em CD-R (fl. 754).

Assinala que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital não podendo ser impressa, possuindo validade jurídica garantida pela assinatura digital, substituindo a nota fiscal modelo 1/1A. Após ter sido autorizada pela SEFAZ a NF-e não pode sofrer alterações, pois qualquer modificação no seu conteúdo invalida a sua assinatura digital. Acrescenta que a impressão do conteúdo da NF-e não tem valor jurídico, tampouco fiscal/contábil, sendo obrigação do destinatário verificar a autenticidade da NF-e através de consulta ao Portal Nacional ou ao site da SEFAZ autorizadora. Salienta que solicitou o arquivo digital no Sistema SEFAZ “NF-e Nota Fiscal Eletrônica”, sendo o pedido formulado, o arquivo foi disponibilizado através de senha informada pelo gestor do sistema, servindo as mesmas de prova de aquisição das mercadorias nelas constantes.

Assevera que não procede a afirmação do autuado que anexou em sua defesa declarações de não recebimento das mercadorias pelos fornecedores, não comprovando através de documentos que as

mercadorias constantes das notas fiscais motivo das presentes infrações foram devolvidas, canceladas ou que não recebeu tais mercadorias, não cabendo simplesmente a alegação do autuado de que não as adquiriu.

Ressalta que, apesar de o autuado não ter solicitado na defesa, está fornecendo meio magnético (CD-R), com as notas fiscais eletrônicas de entradas dos exercícios de 2009 e 2010, constantes do presente processo.

Relativamente à infração 10, afirma que não deve prosperar o pedido de nulidade com base nas alegações do autuado de cerceamento do direito de defesa, pois o que ocorreu foi um erro de digitação em que a data de ocorrência no demonstrativo do débito do mês de dezembro foi digitado 31/12/2009 quando o correto é 31/12/2010 conforme Demonstrativo do Estorno de Débito a Maior nas Vendas Interestaduais de Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária anexo ao processo, tendo o autuado recebido cópia do mesmo. Salienta que fora detectado o equívoco na assinatura do Auto de Infração pelo representante do autuado, não correspondendo à verdade o argumento de desconhecimento do fato.

Informa que retificou o citado demonstrativo, tendo sido dada cópia ao contribuinte do novo Demonstrativo do Débito, conforme vias que anexou ao presente processo.

Com relação à infração 11, sustenta que não procede o argumento defensivo de que os produtos “champagne” e “vinho chileno” (NCM 2204) não estão sujeitos a antecipação tributária, pois as aquisições dos citados produtos ocorreram no exercício de 2010, período em que todos os tipos de bebidas alcoólicas passaram a ser sujeitas a substituição tributária através dos Decreto nº 11.806/09 e 11.982/10.

Quanto à infração 12, diz que como prova, foram anexados os Demonstrativos da Antecipação Parcial (anexo XI fls. 554 à 574), bem como photocópias dos Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 651 à 715), tendo sido dado cópias dos citados demonstrativos e planilha em meio magnético (CD-R) conforme declarado pelo autuado nos citados demonstrativos e nos Recibos de Arquivos Eletrônicos fls. 752 e 753 do processo.

Registra que nos demonstrativos anexos se verifica que foram consideradas para o cálculo da antecipação parcial as compras de mercadorias (CFOP 2102e2910), e não as devoluções como afirma o autuado em sua defesa.

No tocante à infração 13, sustenta que não procede a alegação defensiva de que tais aquisições são de mercadorias com fase de tributação encerrada, conforme se verifica nas photocópias de notas fiscais de entradas anexo fls. 585 a 599.

No que tange à infração 16, registra que se refere ao estorno de débito lançado a maior no livro registro de apuração do ICMS, quando do lançamento extemporâneo de vendas interestaduais de mercadorias sujeitas ao benefício do Decreto nº 7.799/00 com imposto destacado de 12% no período de 2006 a março/2009, conforme Demonstrativo do Estorno de Débito Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS em setembro/2009 anexo XIV fl. 604, bem como o Demonstrativo dos Produtos Enviados para Fora do Estado elaborados pela autuada e anexo fls. 605 à 628. Observa-se que autuada não comunicou o lançamento do crédito extemporâneo à Repartição Fiscal, descumprindo o art. 101 §1º do RICMS/BA.

Observa que o autuado estornou no livro RAICMS o valor de R\$30.593,52, quando o estorno corretamente calculado seria R\$3.883,81, gerando uma diferença lançada a maior no citado livro fiscal no valor de R\$26.709,71, conforme demonstrativo acima identificado e photocópias do livro Registro de Apuração do ICMS fl. 670 do PAF.

Relativamente à infração 17, observa que o autuado se creditou no Livro Registro de Apuração do ICMS, de valores superiores aos lançados no CIAP, conforme Demonstrativos do Crédito Fiscal Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS anexo XV fls. 630 a 715.

Assinala que os citados créditos fiscais são oriundos de aquisições de bens do ativo permanente constantes dos Livros Registro de Apuração do ICMS (CFOP 2551), conforme fotocópias do citado livro fiscal, não procedendo a alegação defensiva de que não existe diferença a recolher.

Assinala que em toda a defesa o autuado apresentou alegações, negando o cometimento das infrações, porém não carreou ao processo qualquer elemento material comprovando suas alegações, conforme previsão no art. 8º inc. IV e §1º do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Aduz que, segundo o art. 123 do citado regulamento, o sujeito passivo tem o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhado de provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes à suas alegações.

Diz que se verifica que o pedido de improcedência ou nulidade, carece de consistência e não está previsto nos dispositivos regulamentares, notadamente no art. 18 do RPAF/BA. Acrescenta que no presente processo constam os elementos suficientes para a formação de juízo de valor, conforme prevê o art. 147 inc. I alínea “a” do RPAF/BA, constando nos seus anexos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, tendo sido dado cópia ao contribuinte e fartamente documentado o PAF, através de fotocópias de livros e documentos fiscais, possuindo o mesmo total condições de defender-se, não havendo portanto o que se falar em cerceamento de defesa.

Consigna que diante do exposto e possuindo o presente processo elementos necessários à caracterização das infrações cometidas, entende ser desnecessária revisão por fiscal estranho ao feito.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. a 861 – vol.III) consignando que optou pela forma simples e direta de expor as suas ponderações, atendendo assim ao princípio da economia processual que deve nortear, em nome da celeridade e da economicidade, o processo administrativo fiscal.

Sustenta que as alegações firmadas pela autuante quanto à infração 01, não avançam no que tange ao posicionamento original e nem desconstituem as ponderações defensivas, cabendo apenas ratificar os termos da peça de defesa inicial, ao tempo em que suplica pelo acompanhamento ministerial desta questão, já que trata da de uma discussão quanto a interpretação da Lei, no caso o Dec. 7.799/00 X Dec. 6.284/97 [RICMS/BA/97], o que diz implicar em uma superior apreciação da Procuradoria Geral do Estado, representada por seus prepostos na SEFAZ.

No respeitante às infrações 02 e 03, manifesta o entendimento de que a própria autuante reconhece que não atendeu a todos os requisitos que compõem o devido processo legal de forma a permitir a sua ampla defesa. Acrescenta que a simples indicação dos números de inscrições estaduais, bem como a data de emissão das notas fiscais, não atende aos requisitos essenciais de caracterização da infração. Alega que o fato de só na peça contestatória ter encaminhado o Relatório INC de empresas fornecedoras constante nos demonstrativos, não elide a falta do elemento formal original, o que, inquestionavelmente, implica na nulidade dos itens impugnados. Argumenta que a simples abertura do prazo para sua manifestação não encerra a capacidade defensiva do sujeito passivo, o que demanda a imediata decretação de nulidade para o tema em questão. Diz que isso é fato, os documentos reclamados não se resumem aos simples relatórios INC, os quais, por si só, já deveriam ser integrantes originais da peça acusatória, e, como tal, necessitariam do prazo de trinta dias para serem contestados, mas, sobretudo, a indicação do intervalo de tempo em que o destinatário esteve efetivamente inapto, seja por cancelamento ou baixa, o que, decididamente, não foi feito pela autuante.

No que concerne à infração 04, alega que a própria informação da fiscal da autuante dá mostras de que ela não entendeu bem as argumentações da defesa. Diz que, de fato, alguns itens, em determinados períodos, podem, eventualmente, ter tido a alíquota indevidamente aplicada, contudo a própria autuante identificou o "porque" do produto "cesta natalina" não vir com o destaque do ICMS, conforme declara em sua própria informação fiscal: *"cabe-nos informar que a autuada se creditou do imposto destacado nos documentos de aquisição dos itens para a formação das cestas,*

bem como das cestas formadas, e nas vendas se debitou do imposto devido por itens e deixou de se creditar de diversas notas fiscais quando das vendas das "cestas natalinas", conforme Demonstrativo de Erro na Determinação das Alíquotas fls. 236à267."

Aduz que se a própria autuante já identificou que o contribuinte *nas vendas se debitou do imposto devido por itens*, por que deveria se debitar reiteradamente quando da saída das cestas, haja vista que nesse caso estaria se tributando duas vezes indevidamente, gerando um débito de ICMS inexistente. Acrescenta que esse caso sequer é hipótese de compensação, e sim de tributação com base nos itens que formam a "cesta natalina", e não com base na saída da "cesta natalina", o que é perfeitamente admissível pela legislação tributária.

Quanto à infração 05, diz que mais uma vez há um equívoco da autuante em sua informação fiscal, uma vez que a referida infração, refere-se ao estorno de débito relacionado as operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, e cuja forma de resarcimento do tributo pago se deu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual. Ou seja, a maior parte destas operações se deu para o Estado de Sergipe e outros da Região Nordeste, o que poderia ter sido identificado pela autuante se ela tivesse lhe consultado a respeito de suas operações e procedimentos adotados.

No tocante a infração 06, afirma que as considerações apresentadas pela autuante não procedem, haja vista que baseadas em alegações errôneas, a saber: quando se refere a utilização de crédito fiscal de ICMS referente a "aquisição" de mercadorias beneficiadas com a não incidência de imposto, deixou de observar que as notas elencadas em seus demonstrativos (Anexo VI) referiam-se a 2 tipos de devoluções: "a). No primeiro caso, a devolução de "cestas natalinas" integrais ou itens em separados (ainda que registrados nos AM como cestas natalinas), que apesar de lançados nos arquivos magnéticos como "cestas natalinas - agragação/desagregação de Kits", foram lançados itens por itens nas suas respectivas notas fiscais, como poderá ser verificado pela simples análise das NFs, à disposição das autoridades fazendárias. b) No segundo caso, refere-se a devolução de operações interestaduais envolvendo arroz, feijão (diversos tipos) e outros produtos que por força do artigo 87 do RICMS tem sua base de cálculo reduzida em 100% nas operações internas, mas que, quando comercializadas para outros estados, são tributadas e por consequência suas devoluções, também, terão o destaque do ICMS."

Relativamente à infração 07, afirma que a levou em consideração que as operações que originaram tais estornos, em sua essência se referem a devoluções e vendas canceladas, sendo, em alguns casos, operações interestaduais, com tratamento tributário distinto do aplicado nas operações internas, o que gerou distorções na aplicação da planilha. Acrescenta que, nesse caso, mais uma vez, solicita que seja feita uma avaliação analítica, nota a nota citada no demonstrativo, para que se determine com precisão a existência de qualquer débito fiscal, pois todos os estornos se deram à luz do RICMS/BA/97, não havendo porque descartar o fato de que algumas notas fiscais, por se referirem a operações interestaduais, não haveriam de ter dado tratamento diferenciado aos produtos nela relacionados. Pede que seja determinada diligência por preposto indicado por este CONSEF, no sentido de dirimir a dúvida que se opera, valendo-se a problemática como o próprio questionamento, bem como refazer os demonstrativos com base no que de fato ocorreu e está devidamente documentado pelas notas fiscais que emitiu.

No que concerne às infrações 08 e 09, diz que a autuante confessa que inexiste qualquer elemento físico que assegure que as notas fiscais indicadas por ela não foram registradas. Alega que de que simples elementos coletados através de Notas Fiscais Eletrônicas são provas suficientes não procede e nem estão previstas na legislação, devendo a autuante ter providenciado o canhoto de recebimento ou entrega da mercadoria e até mesmo o DANFE, a fim de não cometer os erros constatados, a exemplo dos cometidos pela empresa Cerealista Ipiranga, cujo destinatário verdadeiro de suas mercadorias foi a Aceb Associação Cultural e Esportiva Braskem, mas o CNPJ e a Inscrição Estadual que consta nos documentos pertencem ao seu estabelecimento, conforme documento anexo. Acrescenta que tal falha, repetida diversas vezes deveria ter sido percebida pela autuante, que

no entanto, por motivo alheio à boa técnica, preferiu dispensar os elementos probatórios para fundamentar sua autuação em presunções não autorizadas, tal como dispensar o meio físico como elemento de prova e disparar comodamente o reclame de tributo inexistente, com base em registros efetuados no sistema de nota fiscal eletrônica, sem comprovação de entrega ao destinatário ou outro requisito semelhante.

Frisa que relativamente a essas infrações, ainda, está encaminhando documentação anexa, contendo declarações de diversos fornecedores de que as notas relacionadas pela autuante foram canceladas ou que não lhe foram destinadas.

No que diz respeito a infração 10, salienta que a própria autuante reconhece não ter fornecido o demonstrativo correto, sob a justificativa de que se tratava de "um erro de digitação". Afirma que sem demonstrativo não há defesa, sem defesa não há contraditório, sem contraditório não se cumpre o processo legal, logo a Infração 10 é nula.

Alega que o fornecimento intempestivo do demonstrativo não abre brechas sequer para a reabertura do prazo de defesa, pois deveria integrar a peça original e não ser trazido aos autos, sob pena de inovação processual. Sustenta que descabe, portanto, o argumento da autuante, que tenta compensar eventuais falhas no preparo, transferindo, indevidamente, o ônus para o sujeito passivo.

Quanto à infração 11, diz que apesar das considerações da autuante, ratifica que esta, por equívoco, deu a "Champagne" e ao "Vinho Chileno" o tratamento previsto no RICMS/BA para o vinho fortificado/modificado, descartando-o da condição de mercadoria inclusa no Decreto 7.799/00, gerando um montante de ICMS muito superior ao devido, o que resultou neste item da autuação. Pede que sejam refeitos os levantamentos com a exclusão dos referidos produtos, para que, ao fim seja concedido novo prazo para que se manifeste. Assevera que a alegação de que as aquisições dos referidos produtos só ocorreram no exercício de 2010, não procede, bastando para desqualificar essa assertiva a simples análise dos próprios demonstrativos afixados pela autuante.

Com relação a infração 12, assevera que não procede, dizendo que de fato ocorreu é que algumas devoluções de operações realizadas junto a clientes de outros Estados, sobremaneira, São Paulo, foram interpretadas pela autuante como aquisição de mercadorias, o que pode ser plenamente comprovado pela simples análise dos documentos fiscais aduzidos pela própria autuante em seus demonstrativos, bem como foram incluídas notas fiscais que a autuante alega que não teriam sido registradas, o que é incabível, já que estas notas foram objetos de contestação. Acrescenta que na busca da verdade real, roga a este CONSEF, que determine diligência no sentido de dirimir esta dúvida, interpretando a oportuna juntada das notas fiscais constantes no levantamento fiscal.

No que tange à infração 16, consigna que a autuante reduz a infração ao descumprimento de fato do art. 101, § 1º do RICMS/BA, ou seja, a falta de comunicação da utilização extemporânea do crédito fiscal, e apesar de só encontrar esse argumento, questiona o valor do estorno efetuado no "LRAICMS", pelo no valor original de R\$30.593,52, não discriminando, contudo, de maneira analítica, quais elementos serviram de base para firmar entendimento de que o estorno real deveria ser R\$3.883,81, desqualificando o efetuado, com todos os elementos probatórios e de convencimento apresentados, impossibilitando-lhe que possa exercer de forma plena o seu contraditório, cerceando-lhe sua capacidade defensiva e descumprindo o devido processo legal. Solicita que o Julgador, a partir unicamente dos elementos constantes no Demonstrativo elaborado pela autuante possa exprimir uma opinião quanto ao mérito abordado.

Conclui ratificando o pedido de improcedência do Auto de Infração. Renova ainda o pedido, para que a Procuradoria do Estado, através de seu representante neste CONSEF, se manifeste, como "custus legis", através de Parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, no sentido de apurar a real interpretação do artigo 1º do Dec. 7799/00, à luz dos fatos que geraram a Infração 01.

A autuante se pronunciou (fls. 1.185 a 1.188 – vol. IV) consignando que, após exame da documentação anexada pelo autuado, verificou que diversas notas fiscais de entradas foram

registradas na escrita fiscal, o resultou na redução das infrações 08 e 09, para os valores de R\$64.685,03 e R\$734,85, respectivamente. Quanto às demais infrações, ratificou os termos da informação fiscal inicial, mantendo integralmente a autuação.

Cientificado sobre o pronunciamento da autuanteo autuado se manifestou (fls. 1.213 a 1.222 – vol. IV)reiterando os seus argumentos apresentados na defesa inicial e manifestação posterior.

Diz que, mesmo a autuante efetuando uma redução de mais de R\$100.000,00 no valor originalmente exigido nas infrações 08 e 09, ainda mantém inúmeras notas fiscais em que inexiste qualquer elemento físico que indique a efetiva circulação e que não foram registradas.Consigna que a afirmação de que simples elementos coletados através de Notas Fiscais Eletrônicas são provas suficientes não procede e nem estão previstas na legislação, cabendo a autuante providenciar o canhoto de recebimento ou entrega da mercadoria e até mesmo o DANFE, a fim de não cometer os erros constatados.

No que tange à infração 10, consigna que, mais uma vez, a autuante deixa de fornecer o demonstrativo correto, conforme aventado na defesa inicial, cerceando o seu direito do contraditório, razão de nulidade da autuação.Reitera os argumentos quanto às demais infrações.

A autuante se pronunciou (fls. 1.245 a 1.249 – vol. IV)mantendo as infrações, inclusive o resultado apresentado na Informação Fiscal sobre a manifestação do autuado atinente às infrações 08 e 09.

Conclui que o autuado em sua nova manifestação não trouxe qualquer fato novo que não tivesse sido apreciado, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência a INFAZ ATACADO(fls.1.262/1.263),a fim de que a autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

1. Quanto às Notas Fiscais Eletrônicas arroladas nas infrações 08 e 09, cujas entradas no estabelecimento o autuado diz não reconhecer, deveria o diligenciador juntar aos autos os documentos comprobatórios das operações de vendas realizadas pelos fornecedores, a exemplo, de comprovantes de pedidos, comprovantes de pagamentos, comprovantes de entrega, com correspondentes lançamentos nos livros fiscais e contábeis, etc;
2. Caso não fosse comprovada a efetiva entrega das mercadorias ao autuado, mediante um dos elementos aduzidos no item 1, deveria o diligenciador efetuar a exclusão das Notas Fiscais não comprovadas, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos para as infrações 08 e 09.

Foi solicitado ainda, que em seguida deveria a Repartição Fazendária intimar o impugnante, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado apresentado pelo diligenciador e, se fosse o caso, dos novos demonstrativos referentes às infrações 08 e 09e do termo de diligência.

Quanto à infração 10, no intuito de afastar a possibilidade de cerceamento do direito de defesa e do contraditório do contribuinte, conforme suscitado pelo impugnante, entregasse ao autuado, mediante recibo específico, cópia do “Demonstrativo do Estorno de Débito a Maior nas Vendas Interestaduais de Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária”, Anexo IX, fls. 512 a548, e do novo demonstrativo de débito contendo a retificação da data de ocorrência para 31/12/2010. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

A autuante cumpriu a diligência(fls. 1.267 a 1.270 – volume IV). Esclarece, no que tange às infrações 08 e 09, que não conseguiu fazer contato com as empresas Qualida Comércio de Alimentos Ltda., Leo e Mar Com. E Imp. De Produtos Alimentícios Ltda., e Porto Global Com. Imp. e Exp. Ltda., localizadas em São Paulo, razão pela qual excluiu do novo Demonstrativo as notas fiscais emitidas pelos referidos contribuintes.

Consignou, ainda, que relativamente ao fornecedor Fabíola Alvares de Souza, este emitiu notas fiscais eletrônicas com o CNPJ e Inscrição Estadual referente à empresa autuada erroneamente, tendo emitido carta de correção, cujo destinatário é Aceb Associação Cultural e Esportiva Braskem, assim como formalizado o Processo nº 023909/2012-2 junto a SEFAZ, em 10/02/2012, conforme cópias das mencionadas cartas.

Quanto às empresas Pontual Distribuidora de Doces Ltda., Perdigão Agroindustrial S/A e Daria Rosane Lima Santos, registra que não foram localizadas, estando na condição de inaptas no cadastro da SEFAZ/BA, conforme Relatórios INC – Dados Cadastrais anexos, tendo sido retiradas do demonstrativo as notas fiscais respectivas.

Observa, também, que algumas empresas emitiram notas fiscais de saída e de devolução de vendas das mesmas, conforme documentos anexos, tendo sido retirados do novo demonstrativo.

Conclui consignando que a infração 08, após as exclusões, fica reduzida para o valor de R\$22.629,48. Já a infração 09 fica reduzida para o valor de R\$257,82.

No que tange a infração 10, diz que fica mantida integralmente. Registra que foi fornecida ao autuado cópia do demonstrativo, contendo a retificação da data de ocorrência para 31/12/2010, conforme recibo anexo, apesar de já ter sido entregue fotocópia das fls. 1.185 a 1.208, conforme intimação anexada à fl.1.211.

Finaliza registrando que o Auto de Infração fica reduzido de R\$652.888,39 para R\$610.355,81.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 1.992 a 1.997 – volume VI) salientando a constatação de vício técnico e falha no levantamento fiscal que integra as infrações 08 e 09, com o consequente reconhecimento pela própria autuante do montante originalmente apurado.

Consigna no que diz respeito a algumas infrações, que ratifica o pedido original de manifestação dos órgãos técnicos revisionais e jurídicos, como forma de dar suporte à pretensão fiscal, ora impugnada.

Com relação à infração 01, reafirma as alegações firmadas. Reitera os termos da peça defensiva, ao tempo em que, pede pelo acompanhamento ministerial, sob forma de Parecer, já que trata da de uma discussão quanto a interpretação do Decreto nº 7.799/00 versus o Dec. 6.284/97 [RICMS/BA/97], o que torna necessário uma superior apreciação da Procuradoria que atua na SEFAZ.

Com respeito às infrações 02 e 03, diz que acata em parte a revisão de base de cálculo e, consequentemente, do montante reclamado, todavia, protesta por todos os meios de direito que alguns lançamentos não foram observados, conforme demonstrativo que apresenta em anexo. Diz que, no mais, ratifica o pedido de nulidade, por entender que a simples reabertura do prazo para sua manifestação não encerra a capacidade defensiva do sujeito passivo, o que demanda a imediata decretação de nulidade para o tema em questão. Acrescenta que protesta pela falta de indicadores que apontem de forma precisa a indicação do intervalo de tempo em que o destinatário esteve efetivamente inapto, seja por cancelamento ou baixa, o que, decididamente, não foi feito pela autuante.

Com relação à infração 04, ratifica o pedido de revisão técnica, haja vista ter sido identificado o "porque" do produto "cesta natalina" não virem com o destaque do ICMS, conforme declara em a autuante em sua própria informação fiscal.

Frisa que se a própria autuante identificou que o contribuinte nas vendas se debitou do imposto devido por itens, por que deveria se debitar reiteradamente quando da saída das cestas, haja vista que nesse caso estaria se tributando duas vezes indevidamente, gerando um débito de ICMS inexistente. Vale dizer que esse caso sequer é hipótese de compensação, e sim de tributação com base nos itens que formam a "cesta natalina", no momento de sua confecção ou formação, e não com base nas saídas das "cestas natalinas", o que é previsto em nossa legislação tributária.

Quanto à infração 05, entende que se refere ao estorno de débito relacionado as operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, cuja forma de ressarcimento do tributo pago se deu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual.

Afirma que diante disso, inexiste qualquer diferença a recolher com relação a esta infração, sendo totalmente improcedente.

Com relação à infração 06, sustenta que é totalmente improcedente. Reitera os argumentos apresentados na defesa inicial, já que está baseada em premissas falsas, conforme repete.

Com relação à infração 07, também reitera a argumentação apresentada na defesa inicial de que não foi observado pela autuante se referem a devoluções e vendas canceladas, sendo, em alguns casos, operações interestaduais, com tratamento tributário distinto do aplicado nas operações internas. Solicita que seja feita uma avaliação analítica, para que se determine com precisão a existência (ou não), de qualquer débito fiscal.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Reitera o pedido, para que a Procuradoria do Estado, através de seu representante neste CONSEF, se manifeste, como “custus legis”, através de Parecer, na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, no sentido de apurar a real interpretação do artigo 1º do Dec. 7799/00, à luz dos fatos que geraram a infração 01, bem como, que seja determinado a realização de diligencia técnica a fim de que sejam dirimidas as dúvidas arroladas suscitadas, que nesses casos tomam pro forma a quesitação inerente ao pedido de diligência técnica, ora formulado.

A autuante se pronunciou (fls. a 2005–vol.VI) consignando que, em resposta a nova manifestação do autuado, mantém os termos e cálculos apresentados na última informação fiscal acerca da manifestação de fls. 1245 a 1250, referente às infrações 01 a 07, 11 a 13 e 16 a 17, bem como da diligência de fls. 1267 a 1989, referente às infrações 08 a 10 quando retificou o valor total do débito do presente Auto de Infração de R\$652.888,39 para R\$610.355,81.

Tece as seguintes considerações:

- quanto à infração 01, o valor do débito deste item da autuação fica mantido conforme argumentos constantes da Informação Fiscal acerca da manifestação do autuado (fls. 1245 a 1250), tendo em vista que o autuado não trouxe nenhum fato novo que não tenha sido analisado;
- quanto às infrações 02 e 03, o autuado afirma que acata em parte a revisão de base de cálculo e o montante reclamado, fato esse que não ocorreu, pois o total do débito das referidas infrações foram mantidos conforme argumentos constantes da Informação Fiscal, não tendo anexado demonstrativos comprovando suas alegações como afirma na sua manifestação;
- quanto à infração 04, o autuado se limitou a repetir os argumentos da defesa, ficando o valor do débito da citada infração mantido conforme argumentos constantes da Informação Fiscal;
- quanto à infração 05, tendo em vista que o autuado se limitou a repetir os argumentos da defesa, mantém o valor do débito deste item da autuação, conforme argumentos constantes da Informação Fiscal;
- quanto à infração 06, não procede alegação do autuado de que os créditos indevidos se referem a devoluções. Conforme consta dos demonstrativos (anexo VI fls. 294 a 310), os CFOP são de compra para comercialização (1102, 2102 e 2910). Consigna que, tendo em vista que o autuado se limitou a repetir os argumentos da manifestação, mantém o valor do débito desta infração integralmente;
- quanto à infração 07, diz que tendo em vista que o autuado se limitou a repetir os argumentos da defesa, não carreando aos autos documentos que comprovem suas alegações, mantém o valor do débito desta infração, conforme argumentos constantes da Informação Fiscal;
- quanto às infrações 08 e 09, o valor do débito destas infrações fica mantido, conforme argumentos constantes da diligência (fls. 1267 a 1869), tendo em vista que o autuado não apresenta nenhum fato

novo, comprovando que não recebeu as mercadorias constantes dos documentos fiscais relativos aos novos Demonstrativos das Notas Fiscais de Entradas não Registradas anexos às fls. 1283a1288;

- quanto às infrações 10 a 13 e 16 a 17, o autuado não questionou estes itens em sua nova manifestação, ficando mantido o valor do débito conforme argumentos constantes da Informação Fiscal.

Salienta que a manifestação, nada traz que des caracterize o mérito do presente Auto de Infração, pois falta à mesma a prova material.

Finaliza dizendo que, tendo em vista que o autuado em sua nova manifestação não trouxe nenhum fato novo que ainda não tenha sido apreciado, opina pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, realizada no dia 17/09/2013, o representante legal da empresa no exercício do direito de sustentação oral de suas razões, além de reiterar os argumentos defensivos apresentados na peça de defesa inicial e manifestações posteriores, também aduziu que os elementos que estava apresentando ratificavam as suas argumentações de improcedência das infrações impugnadas.

Em face das alegações defensivas e documentos apresentados na sustentação oral, o ilustre Julgador José Raimundo Conceição pediu vista do processo, sendo que na sessão de julgamento do dia 24/09/2013, após análise e discussão, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do feito em diligência a Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que adotasse as seguintes providências, com relação às infrações abaixo identificadas:

INFRAÇÃO 04

Verificasse nos livros e documentos fiscais do autuado e informasse se, de fato, o procedimento por este adotado para formação de “kits” de “cesta natalina” fora realizado com tributação das mercadorias contidas na “cesta natalina” no momento da formação de “Kits”, quando item por item foi tributado, conforme alega. Caso necessário, intimasse o autuado para apresentar planilha, demonstrativo, além de outros elementos que permitissem facilitar a análise do quanto alegado;

INFRAÇÃO 05

Quanto à infração 05, verificasse e informasse se a alegação defensiva de que o estorno de débito relacionado às operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, e cuja forma de resarcimento do tributo pago ocorreu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual, sendo que a maior parte destas operações se deu para o Estado de Sergipe e outros da Região Nordeste, efetivamente, procede. Caso necessário, intimasse o autuado para apresentar planilha, demonstrativo, além de outros elementos que permitissem facilitar a análise do quanto alegado;

INFRAÇÃO 06

No respeitante à infração 06, verificasse e informasse sobre a alegação defensiva de que as notas fiscais arroladas no demonstrativo, Anexo VI, dizem respeito a dois tipos de devoluções, ou seja:

- no primeiro caso, a devolução de "cestas natalinas" integrais ou itens em separados, ainda que registrados nos arquivos magnéticos como “cestas natalinas”, que apesar de lançados nos arquivos magnéticos como “cestas natalinas - agregação/desagregação de Kits”, foram lançados itens por itens nas suas respectivas notas fiscais, como poderá ser verificado pela análise das Notas Fiscais à disposição das autoridades fazendárias;

- no segundo caso, refere-se à devolução de operações interestaduais envolvendo arroz, feijão (diversos tipos) e outros produtos que, por força do artigo 87 do RICMS, têm sua base de cálculo reduzida em 100% nas operações internas, mas, quando comercializadas para outros Estados, são tributadas e por consequência suas devoluções, também, terão o destaque do ICMS. Caso necessário

intimasse o autuado para apresentar planilha, demonstrativo, além de outros elementos que permitam facilitar a análise do quanto alegado;

INFRAÇÕES 08 E 09

Intimasse o autuado para que apresentasse os elementos necessários – livros, documentos fiscais, planilhas, etc.- que permitissem comprovar a sua alegação de que as notas fiscais arroladas nestes dois itens da autuação, que remanesceram após o resultado trazido pela autuante, são indevidas;

INFRAÇÃO 11

Elaborasse planilha e demonstrativo de débito segregando do levantamento levado a efeito pela autuante os valores - por item e por período mensal - referentes às mercadorias “Champagne” e“Vinho Chileno”.

INFRAÇÃO 12

Verificasse nos livros e documentos fiscais do autuado e informasse se, de fato, as operações dizem respeito a devoluções de operações realizadas junto a clientes de outros Estados e não de aquisições de mercadorias, conforme a autuação. Caso necessário, intimasse o autuado para que apresentasse planilha, demonstrativo, além de outros elementos que possibilitem a análise do quanto alegado;

INFRAÇÃO 16

Intimasse o autuado para apresentar elementos- livros e documentos fiscais, planilhas, etc. - que possibilitem comprovar a origem do estorno de débito realizado no valor de R\$26.709,71. Caso o contribuinte atendesse a intimação confrontasse com os elementos trazidos pela autuante, que indicou como valor do estorno correto R\$3.883,81. , se fosse o caso, novos demonstrativos, com os valores corretos.

INFRAÇÃO 17

Verificasse nos livros e documentos fiscais do autuado e informasse se, de fato, todos os créditos fiscais foram oriundos da aquisição de bens para integrar o ativo permanente, sendo que, eventualmente existiu alguma nota fiscal que deixou de ser relacionada no Livro CIAP, mas que efetivamente se encontra lançada no Livro Diário, inexistindo qualquer diferença de tributo a recolher. Caso necessário, intimasse o autuado para apresentar planilha, demonstrativo, além de outros elementos que possibilitem a análise do quanto alegado.

Foi solicitado que, após as verificações acima referidas, deveria o diligenciador, se fosse o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários, para cada infração acima referida.

Também foi solicitado que, em seguida, deveria o PAF ser encaminhado à INFRAZ/ATACADO, para que o órgão competente intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, recibo específico,cópia do resultado da diligência e de diligência. Na oportunidade, deveria também ser entregue ao autuado cópia dos Relatórios INC (Informações do Contribuinte) de empresas fornecedoras constantes dos demonstrativos das infrações 02 e 03, que se encontravam na situação de baixada ou inapta no cadastro, no período fiscalizado, acostados aos autos pela autuante na Informação Fiscal. Deveria ainda ser informado ao autuado do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que apresentasse manifestação. Após deveria ser dada ciência a autuante.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº 76/2014(fls. 2.016 a 2.022 – volume VII), a Auditora Fiscal que cumpriu a diligência esclareceu, inicialmente, que o autuado foi intimado em 18/03/2014 a apresentar os demonstrativos e respectivos documentos fiscais. No dia 15/04/2014 apresentou os documentos anexados às fls. 2.050 a 2.301, sendo que solicitou mais prazo para organizar e apresentar melhor os demonstrativos e documentos, o que foi atendido com a concessão do prazo até 15/05/2014 (fl. 2.045). No dia 02/06/2014 o autuado solicitou, novamente, prorrogação do prazo, sendo-lhe concedido para 18/06/2014 (fl.2.041). Observa que as planilhas e documentos somente foram apresentados no dia 08/07/2014, em face das festas juninas e jogos da Copa do Mundo realizada no Brasil.

Salienta que, após análise e confronto dos dados demonstrados com os documentos fiscais apresentados realizou os seguintes ajustes:

INFRAÇÃO 04

O autuado apresentou novas planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, os valores alterados, conforme se verifica nas planilhas de fls. 2.312 a 2.318. Observa que, em relação às saídas de cestas natalinas, no mês de dezembro de 2010, foram apresentadas as notas fiscais que foram debitadas, de acordo com as mercadorias que formaram as cestas natalinas como “FORMAÇÃO/DESAGREGAÇÃO KIT – código fiscal 5926 – e no livro Registro de Apuração do ICMS consta o débito do imposto referente ao código 2926.

Conclui que, desse modo, após as devidas exclusões, o ICMS desta infração foi reduzido para R\$14.165,53;

INFRAÇÃO 05

O autuado apresentou novas planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, os valores alterados, conforme se verifica nas fls. 2.321 a 2.329 e documentos fiscais de fls. 2.330 a 2.397 dos autos.

Conclui que o valor desta infração foi reduzido de R\$63.804,07 para R\$49.845,68;

INFRAÇÃO 06

O autuado apresentou novas planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, os valores alterados, conforme se verifica às fls. 2.398 a 2.405 e notas fiscais às fls. 2.406 a 2.559 dos autos.

Conclui que o valor desta infração foi reduzido para R\$15.609,59.

INFRAÇÃO 08

Foi excluído o valor total de R\$64.478,66 do total demonstrado pela autuante, às fls. 1.283 a 1.286, da informação fiscal, fls. 1.267 a 1.270, referentes às Notas Fiscais nºs 1056270, 1065183, do mês 10/2009, 27223, do mês 07/2010, 1083404, mês 11/2010, 1121643, 1140176, do mês 12/2010, nos valores de R\$20.086,52, R\$16.050,00, R\$12.500,00, R\$8.822,96, R\$5.192,84, R\$1.826,34, haja vista que foram registradas no livro Registro de Entradas, conforme cópias dos livros às fls. 2.262, 2.263, 2.276, 2.290, 2.292, 2.295.

Conclui que, desse modo, a base de cálculo desta infração foi alterada de R\$226.294,80 para R\$161.816,11 e o valor da multa foi reduzido para R\$16.181,61.

INFRAÇÃO 09

Foi excluído o valor de R\$1.200,00 do total demonstrado pela autuante às fls. 1.287/1.288, da informação fiscal, fls. 1.267 a 1.270, referente à Nota Fiscal nº 2036, do mês 12/2009, haja vista que foi registrada no livro Registro de Entradas, conforme cópia à fl. 2.299.

Conclui que, desse modo, a base de cálculo desta infração foi reduzida para R\$24.581,52 e o valor da multa reduzido para R\$245,82.

INFRAÇÃO 10

Diz que nada foi apresentado pelo autuado.

INFRAÇÃO 11

Diz que os valores desta infração não foram alterados, haja vista que não foram devidamente comprovados os cálculos indicados nas planilhas apresentadas às fls. 2561/2569.

INFRAÇÃO 12

Os cálculos apresentados pelo autuado, conforme planilhas de fls. 2.571 a 2.613, comprovam que não é devido o valor da multa neste item da autuação, haja vista que, de acordo com modificação no Decreto nº 11.462/09, a carga tributária dos contribuintes que se dedicam à atividade de comércio atacadista nas operações internas com vinhos e aguardente de cana, aguardente de

melaço, aguardente simples de agave ou de outras plantas e outras aguardentes simples da posição NCM 2208 foi reduzida para 12%.

Conclui que esta infração é insubstancial, por não ser devida a multa indicada na autuação.

INFRAÇÃO 16

Diz que nada foi apresentado pelo autuado.

INFRAÇÃO 17

Diz que nada foi apresentado pelo autuado.

Conclusivamente, consignou que com base nos demonstrativos e documentos apresentados pelo autuado, após os devidos ajustes na base de cálculo, foram elaborados novos demonstrativos de débitos, atinentes às infrações 04,05,06,08 e 09, dos valores remanescentes e excluído o valor da infração 12.

A autuante científica do Parecer ASTEC Nº 76/2014 acusou a ciência (fl. 2.656 – volume VII), contudo, não se manifestou.

O autuado foi científico do Parecer ASTEC Nº 76/2014 (fls. 2.654/2.655 – volume VII) e se manifestou (fls. 2.659/2.660, 2.839/2.840) consignando o seguinte:

INFRAÇÃO 01

Alega que o art. 1º do Decreto nº 7.799, cujo teor reproduz, lhe protege quanto a esta infração, haja vista que determina que a base de cálculo do ICMS poderá ser reduzida em 41,176% para as vendas destinadas a Contribuintes inscritos no CAD-ICMS da Bahia, não excluindo os Contribuintes Especiais ou de qualquer outro tipo. Afirma que o referido decreto não faz distinção do tipo de Contribuinte, mas exige que ele seja inscrito.

Afirma que, desse modo, se não existe condição legal que restrinja a fruição do benefício previsto no citado decreto, poderia sim ter utilizado o direito de redução de 41,176% da base de cálculo do ICMS do período.

INFRAÇÕES 02 e 03

Alega que se encontra impossibilitado de elaborar uma defesa, pois, estas infrações mencionam que realizou vendas para Contribuintes com inscrições canceladas e baixadas, contudo, não consta nos autos demonstrativos de quais inscrições estavam nessas condições.

Afirma que, sem tais dados fica impossível averiguar e se defender.

Diante disso, pede a nulidade destes itens da autuação.

INFRAÇÃO 10

Alega que ficou impossibilitado de se apresentar defesa, haja vista que não consta nos autos demonstrativos com fato gerador em 30/12/2009.

Afirma que, sem tais dados fica impossível averiguar e se defender.

Diante disso, pede a nulidade destes itens da autuação.

INFRAÇÃO 11

Exercício de 2009

Consigna que o imposto recolhido referente à competência de 05/09 foi alterado de R\$426,58 para R\$468,35, conforme extrato apresentado.

Registra que anexou planilha devidamente corrigida e que os comentários referentes às correções estão na coluna observações na própria planilha.

Exercício de 2010

Afirma que as notas fiscais necessárias para comprovação de devoluções e afins foram anexadas. Observa que, em síntese, o total da 14^a coluna cujo valor é de R\$89.699,92 se refere aos itens que utilizou a redução da base de cálculo, conforme explicações e justificativas na própria planilha.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de dezessete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 14 e 15 e impugnou as demais infrações.

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99 -, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento, portanto, inocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art.18 do referido RPAF/99, relativamente à todas as infrações apontadas no Auto de Infração em lide.

No que tange ao pedido do impugnante para que seja ouvida a Procuradoria Geral do Estado, no intuito de emitir parecer sobre os pontos suscitados na impugnação, certamente que, no caso em exame, não há necessidade de tal oitiva, haja vista que inexiste dúvida sobre a correta aplicação da lei, portanto, necessidade de emissão de parecer jurídico sobre a matéria.

Ademais, registre-se, trata-se de matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões sobre o assunto.

Diante disso, indefiro o pedido formulado pelo impugnante.

Quanto à solicitação de realização de diligência, cabe consignar que, para aquelas infrações em que houve necessidade de esclarecimentos esta JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência, em duas oportunidades. A primeira foi solicitada a própria autuante. A segunda à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF. Ambas as diligências foram cumpridas. Os seus resultados serão objeto de apreciação a seguir.

No mérito, quanto à infração 01, verifico que diz respeito à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº7.799/00, nas vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS “isentos e especial.”

Observo que, em apertada síntese, o autuado alega que o próprio Decreto 7.799/00 não estabelece em seu artigo 1º qualquer espécie de restrição quanto à extensão do tratamento tributário previsto às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) destinadas a não contribuintes do ICMS, desde que inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte especial.

Vejo também que a autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que estando o autuado inscrito no cadastro sob o código de atividade econômica constante do item 8 do Anexo Único do citado Decreto, ou seja, Comércio Atacadista de Gêneros Alimentícios em geral, as vendas para contribuintes especiais não possuem o benefício da redução da base de cálculo prevista no citado Decreto, ficando tais operações tributadas com a alíquota de 17%, conforme Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Não Contribuintes (fls. 99 à 147).

No caso desta infração constato que a autuação se apresenta correta, haja vista que o art. 1º, § 3º do Decreto nº 7.799/00, estabelece que o benefício alcança as operações internas realizadas por contribuintes do ICMS inscritos sob os códigos de atividades econômicas específicos constantes do Anexo Único itens 13 (Comércio atacadista de artigos de escritório e papelaria), 14-A (Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (Comércio atacadista de material elétrico) e 14-C (Comércio atacadista de material de construção em geral), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, inclusive inscritos na condição de especial.

Ocorre que, o autuado tem como atividade o comércio atacadista de produtos alimentícios, atividade esta não contemplada pelo referido dispositivo legal, nas vendas realizadas para empresas inscritas na condição de especial.

Além disso, há que se observar que as empresas inscritas na condição de especial não são, de fato, contribuintes do ICMS, haja vista que o contribuinte tem a sua definição precisa no art. 36 c/c 182, ambos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA -, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Dessa forma, a infração 01 é subsistente.

Quanto às infrações 02 e 03, constato que incorre em equívoco o impugnante quanto à alegação de que, não constamos demonstrativos as inscrições que se encontram canceladas e baixadas, bem como o período dessa situação.

Claramente se verifica nos anexos II (fls. 148 a 185) e III (fls. 186 a 235) que os demonstrativos elaborados pela autuante, indicam os números das inscrições estaduais, bem como as datas de emissão das notas fiscais respectivas nos “Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Inaptos e Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção,” estando todas as empresas listadas nos citados demonstrativos inaptas no cadastro da SEFAZ no período fiscalizado.

Ademais, a juntada pela autuante na informação fiscal dos Relatórios INC- Informações do Contribuinte- de empresas fornecedoras constantes dos demonstrativos das infrações 02 e 03, que se encontravam na situação de baixado ou inapto no cadastro, no período fiscalizado, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, afasta a possibilidade de dúvidas quanto a estes itens da autuação.

Diante disso, as infrações 02 e 03 são subsistentes.

Relativamente à infração 04, observo que foi objeto de diligência realizada por Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, a fim de que fosse verificado nos livros e documentos fiscais do autuado e informado se, de fato, o procedimento por este adotado para formação de “kits” de “cesta natalina” fora realizado com tributação das mercadorias contidas na “cesta natalina” no momento da formação de “Kits”, quando item por item foi tributado, conforme alega.

A diligência foi cumprida. A diligenciadora esclareceu que o autuado apresentou novas planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, os valores alterados, conforme as planilhas de fls. 2.312 a 2.318. Registrhou que, em relação às saídas de cestas natalinas, no mês de dezembro de 2010, o autuado apresentou as notas fiscais que foram debitadas, de acordo com as mercadorias que formaram as cestas natalinas, como “FORMAÇÃO/DESAGREGAÇÃO KIT – código fiscal 5926 –” sendo que no livro Registro de Apuração do ICMS consta o débito do imposto referente ao código 2926, ,após as devidas exclusões, o ICMS desta infração foi reduzido para R\$14.165,53.

Acolho o resultado apresentado pela diligenciadora, haja vista que a alegação defensiva de que as mercadorias que formaram as cestas natalinas foram tributadas, restou devidamente comprovada parcialmente.

Diante disso, este item da autuação é parcialmente subsistente, passando o valor do ICMS originariamente exigido de R\$50.647,22 para R\$14.165,53.

No respeitante à infração 05, também foi objeto de diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, a fim de que a diligenciadora verificasse e informasse se a alegação defensiva de que o estorno de débito relacionado às operações de vendas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária para outros Estados, e cuja forma de resarcimento do tributo pago ocorreu pela forma de se creditar do valor do imposto antecipado e dar a saída das mercadorias, debitando-as com a alíquota interestadual, sendo que a maior parte destas operações se deu para o Estado de Sergipe e outros da Região Nordeste, efetivamente, procede.

A diligência foi cumprida. A diligenciadora esclareceu que o autuado apresentou novas planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, os valores alterados, conforme se verifica nas fls. 2.321 a 2.329 e documentos fiscais de fls. 2.330 a 2.397 dos autos.

Concluiu que o valor desta infração foi reduzido de R\$63.804,07 para R\$49.845,68.

Trata-se de matéria fática. O autuado comprovou parcialmente o alegado. A diligenciadora de forma escorreita efetuou os devidos ajustes, excluindo da exigência os valores do estorno de débito legítimos e manteve a glosa do crédito quanto ao estorno indevido.

Acolho o resultado da diligência. Infração parcialmente subsistente no valor de R\$49.845,68.

Com relação à infração 06, também foi objeto de diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJJ, a fim de que fosse verificado e informado sobre a alegação defensiva de que as notas fiscais arroladas no demonstrativo, Anexo VI, dizem respeito a dois tipos de devoluções, ou seja:

- devolução de "cestas natalinas" integrais ou itens em separados, ainda que registrados nos arquivos magnéticos como "cestas natalinas", que apesar de lançados nos arquivos magnéticos como "cestas natalinas - agregação/desagregação de Kits", foram lançados itens por itens nas suas respectivas notas fiscais;
- devolução de operações interestaduais envolvendo arroz, feijão (diversos tipos) e outros produtos que, por força do artigo 87 do RICMS, têm sua base de cálculo reduzida em 100% nas operações internas, mas, quando comercializadas para outros Estados, são tributadas e por consequência suas devoluções, também, terão o destaque do ICMS.

Conforme consignado pela diligenciadora e consta dos autos, o autuado apresentou planilhas justificando e comprovando, detalhadamente, as devoluções realizadas, conforme se verifica às fls. 2.398 a 2.405 e notas fiscais acostadas às fls. 2.406 a 2.559 dos autos. Concluiu que o valor desta infração foi reduzido para R\$15.609,59.

Trata-se de matéria que, necessariamente, exige a comprovação dos fatos alegados, no caso, a ocorrência das devoluções. O autuado comprovou parcialmente o alegado com apresentação de elementos de provas de fls. 2.398 a 2.405 e notas fiscais de fls. 2.406 a 2.559 dos autos. A diligenciadora procedeu aos ajustes necessários, o que resultou na redução do valor do ICMS exigido de R\$24.492,48 para R\$15.609,59.

Desse modo, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$15.609,59.

No tocante à infração 07, verifico que assiste razão a autuante, uma vez que, o autuado estornou o débito a mais quando das vendas interestaduais de mercadorias tributadas, se utilizando do benefício do Decreto nº 7.799/00 ("alíquota de 10%"), infringindo o art. 1º do citado Decreto, quando o correto é a alíquota interestadual de 12%, conforme "Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Estorno de Débito a Maior" anexo VII, fls. 312a349.

Noto que, de fato, não procede o argumento defensivo de que tais estornos são oriundos de devoluções e vendas canceladas, haja vista que nos demonstrativos acostados aos autos se observa que se trata de operações de saídas interestaduais com CFOP 6102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - na sua totalidade.

Desse modo, esta infração é subsistente no valor originalmente exigido de ICMS de R\$3.828,81.

No tocante às infrações 08 e 09, observo que foi objeto de diligência, tendo a autuante excluído da exigência fiscal as notas fiscais cujas comprovações junto aos fornecedores não foram obtidas, no sentido de confirmar as operações.

A autuante cumpriu a diligência (fls. 1.267 a 1.270 – volume IV). Esclarece, no que tange às infrações 08 e 09, que não conseguiu fazer contato com as empresas Qualida Comércio de Alimentos Ltda., Leo e Mar Com. E Imp. De Produtos Alimentícios Ltda., e Porto Global Com. Imp. e Exp. Ltda.,

localizadas em São Paulo, razão pela qual excluiu do novo Demonstrativo as notas fiscais emitidas pelos referidos contribuintes.

Consignou, ainda, que relativamente ao fornecedor Fabíola Alvares de Souza, este emitiu notas fiscais eletrônicas com o CNPJ e Inscrição Estadual referente à empresa autuada erroneamente, tendo emitido carta de correção, cujo destinatário é Aceb Associação Cultural e Esportiva Braskem, assim como formalizado o Processo n. 023909/2012-2 junto a SEFAZ, em 10/02/2012, conforme cópias das mencionadas cartas.

Quanto às empresas Pontual Distribuidora de Doces Ltda., Perdigão AgroindustrialS/A e Daria Rosane Lima Santos, registra que não foram localizadas, estando na condição de inaptas no cadastro da SEFAZ/BA, conforme Relatórios INC – Dados Cadastrais anexos, tendo sido retiradas do demonstrativo as notas fiscais respectivas.

Observa, também, que algumas empresas emitiram notas fiscais de saída e de devolução de vendas das mesmas, conforme documentos anexos, tendo sido retirados do novo demonstrativo.

Concluiu consignando que a infração 08, após as exclusões, fica reduzida para o valor de R\$22.629,48. Já a infração 09 fica reduzida para o valor de R\$257,82.

Ocorreu que, o autuado ao tomar ciência da diligência cumprida pela autuante, por solicitação desta JJF, consignou, ainda, o seu inconformismo, alegando que as notas fiscais arroladas nestes dois itens da autuação, que remanesceram após o resultado trazido pela autuante,também são indevidas.

Considerando a alegação defensiva, esta JJF converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que o diligenciador intimasse o autuado para que apresentasse os elementos necessários – livros, documentos fiscais, planilhas, etc.- que permitissem comprovar a sua alegação de que as notas fiscais arroladas nestes dois itens da autuação, que remanesceram após o resultado trazido pela autuante,também são indevidas.

A diligenciadora da ASTEC/CONSEF cumpriu a diligência. Esclareceu, no que se refere à infração 08, que excluiu o valor total de R\$64.478,66 do total demonstrado pela autuante, às fls. 1.283 a 1.286, da informação fiscal, fls. 1.267 a 1.270, referentes às Notas Fiscais nºs 1056270, 1065183, do mês 10/2009, 27223, do mês 07/2010, 1083404, mês 11/2010, 1121643, 1140176, do mês 12/2010, nos valores de R\$20.086,52, R\$16.050,00, R\$12.500,00, R\$8.822,96, R\$5.192,84, R\$1.826,34, haja vista que foram registradas no livro Registro de Entradas, conforme cópias dos livros às fls. 2.262, 2.263, 2.276, 2.290, 2.292, 2.295.

Concluiu que, desse modo, a base de cálculo desta infração foi alterada de R\$226.294,80 para R\$161.816,11 e o valor da multa foi reduzido para R\$16.181,61.

Acolho o resultado da diligência apresentado pela diligenciadora da ASTEC/CONSEF. O autuado comprovou parcialmente as suas alegações, após a diligência realizada pela autuante. As notas fiscais excluídas do levantamento, efetivamente, se encontravam escrituradas, descabendo, portanto, a autuação também quanto a estes documentos fiscais.

Diante disso, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$16.181,61.

Relativamente à infração 09, verifico que a diligenciadora da ASTEC/CONSEF acertadamente excluiu da exigência fiscal o valor de R\$1.200,00 do total demonstrado pela autuante às fls. 1.287/1.288, da informação fiscal, fls. 1.267 a 1.270, referente à Nota Fiscal nº 2036, do mês 12/2009, haja vista que, de fato, foi escriturada no livro Registro de Entradas, conforme cópia à fl. 2.299.

Dessa forma, acolho o resultado da diligência, ficando a base de cálculo desta infração reduzida para R\$24.581,52 e, consequentemente,o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória reduzido para R\$245,82. Infração parcialmente subsistente.

No que concerne à infração 10, a nulidade arguida pelo autuado por cerceamento do direito de defesa, em razão de constar na data de ocorrência no demonstrativo de débito do Auto de Infração 31/12/2009 quando o correto é 31/12/2010, certamente não pode prosperar, haja vista que foi solicitado a autuante que corrigisse o erro e fosse informado ao contribuinte sobre o equívoco

incorrido, inclusive com a concessão do prazo de 30 dias para que apresentasse defesa, o que foi cumprido pela autuante, conforme consta nos autos.

Desse modo, considerando que a falha incorrida pela autuante é plenamente sanável com a indicação correta da data de ocorrência e reabertura do prazo de defesa, este item da autuação é subsistente.

No tocante à infração 11, também foi objeto de diligência realizada pela ASTEC, por solicitação desta JJF. A diligenciadora cumpriu a diligência. Esclareceu que os valores desta infração não foram alterados, haja vista que não foram devidamente comprovados os cálculos indicados nas planilhas apresentadas pelo autuado de fls. 2561/2569.

Verifico que o impugnante ao ser cientificado sobre o resultado da diligência se manifestou, consignando que estava apresentando os elementos comprobatórios de suas alegações.

Entretanto, a exemplo do que ocorreu na diligência cumprida pela ASTEC, o autuado não comprova as suas alegações com os elementos trazidos aos autos na manifestação.

Dante disso, esta infração é subsistente.

Quanto à infração 12, esta JJF converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que se verificasse nos livros e documentos fiscais do autuado e informasse se, de fato, as operações objeto da autuação dizem respeito a devoluções de operações realizadas junto a clientes de outros Estados e não de aquisições de mercadorias, conforme a autuação.

A diligenciadora cumprindo a diligência esclareceu que os cálculos apresentados pelo autuado, conforme planilhas de fls. 2.571 a 2.613, comprovam que não é devido o valor da multa imposta neste item da autuação, haja vista que, de acordo com modificação no Decreto nº 11.462/09, a carga tributária dos contribuintes que se dedicam à atividade de comércio atacadista nas operações internas com vinhos e aguardente de cana, aguardente de melaço, aguardente simples de agave ou de outras plantas e outras aguardentes simples da posição NCM 2208 foi reduzida para 12%. Conclui que esta infração é insubsistente, por não ser devida a multa indicada na autuação.

Na realidade, a solicitação da diligência foi no sentido de confirmar a alegação defensiva de que as operações objeto da autuação dizem respeito a devoluções de operações realizadas junto a clientes de outros Estados e não de aquisições de mercadorias.

A diligenciadora trouxe outro esclarecimento. O que se vê no Anexo XI atinente a esta infração (fls. 554 a 574) é que o levantamento levado a efeito pela autuante arrolou, além das bebidas aduzidas pela diligenciadora, diversos tipos de mercadorias, como ameixa seca, azeite, passas, etc., sendo possível identificar no “Demonstrativo Auditoria da Antecipação Parcial” a existência dentre outras das colunas “Icms dest.”; “Icms devido”; sendo que os valores da coluna “Icms Dev. Comp.” e “Icms Recolh” foram totalizados, ou seja, não houve a indicação do ICMS devido e do ICMS recolhido por produto, mas sim a indicação do valor total do ICMS recolhido e da diferença a recolher em cada período. Vale observar que a exigência fiscal diz respeito apenas aos meses de outubro a dezembro de 2009, totalizando o valor da multa R\$3.286,96.

Desse modo, como a diligenciadora identificou na revisão realizada que o contribuinte comprovou que não é devido o valor da multa imposta neste item da autuação, em face de o autuado exercer a atividade de comércio atacadista nas operações internas com vinhos e aguardente de cana, aguardente de melaço, aguardente simples de agave ou de outras plantas e outras aguardentes simples da posição NCM 2208, cuja carga tributária foi reduzida para 12%, acolho o resultado da diligência, sendo, portanto, insubsistente este item da autuação. Infração insubsistente.

No tocante à infração 13, constato que não procede a alegação defensiva de que as aquisições são de mercadorias com fase de tributação encerrada. Na realidade, as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas neste item da autuação, cujas fotocópias se encontram acostadas autos às fls. 585 a 599, permitem constatar que se trata de mercadorias tributadas normalmente, isto é, que não têm o imposto devido por antecipação ou substituição tributária.

Desse modo, esta infração é subsistente.

No que tange à infração 16, também foi objeto de diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que o diligenciador intimasse o autuado para apresentar elementos- livros, documentos fiscais, planilhas, etc. - que possibilassem comprovar a origem do estorno de débito realizado no valor de R\$26.709,71. Caso o contribuinte atendesse a intimação confrontasse com os elementos trazidos pela autuante, que indicou como valor do estorno correto R\$3.883,81.

Conforme esclarecido pela diligenciadora da ASTE/CONSEF, apesar de intimado para apresentar os elementos comprobatórios de sua alegação, o autuado nada apresentou.

Independentemente disso, observo que a autuação diz respeito ao estorno de débito lançado a mais no livro Registro de Apuração do ICMS, quando do lançamento extemporâneo de vendas interestaduais de mercadorias sujeitas ao benefício do Decreto nº7.799/00 com imposto destacado de 12% no período de 2006a março/2009, conforme “Demonstrativo do Estorno de Débito Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS” em setembro/2009, anexo XIV fl. 604, bem como o “Demonstrativo dos Produtos Enviados para Fora do Estado” elaborados pelo autuado e anexo fls. 605 a 628.

No caso, o autuado estornou no livro RAICMS o valor de R\$30.593,52, quando o estorno corretamente calculado seria R\$3.883,81, gerando uma diferença lançada a mais no citado livro fiscal no valor de R\$26.709,71, conforme demonstrativo acima identificado e photocópias do livro Registro de Apuração do ICMS fl. 670 do PAF.

A diligência foi no sentido de que o autuado comprovasse o alegado. Isso não ocorreu, ou seja, nada trouxe que pudesse elidir a acusação fiscal.

Assim sendo, este item da autuação é subsistente.

Relativamente à infração 17, a solicitação de diligência, desta JJF à ASTEC/CONSEF, foi no sentido de que se verificasse nos livros e documentos fiscais do autuado e informasse se, de fato, todos os créditos fiscais foram oriundos da aquisição de bens para integrar o ativo permanente, sendo que, eventualmente existiu alguma nota fiscal que deixou de ser relacionada no Livro CIAP, mas que efetivamente se encontra lançada no Livro Diário, inexistindo qualquer diferença de tributo a recolher, conforme alegado pelo impugnante.

A diligenciadora esclareceu que, intimado, o autuado nada apresentou.

No caso deste item da autuação, apesar de o autuado não ter atendido a intimação, verifico que assiste razão a autuante, haja vista que o autuado lançou a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS, valores superiores aos lançados no CIAP, conforme “Demonstrativos do Crédito Fiscal Lançado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS”, anexo XV, fls. 630 a 715.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Quanto às infrações 14 e 15, foram reconhecidas pelo autuado, sendo, desse modo, ambas subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206881.0003/11-2, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$524.858,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, 'a", "e", "d", "f e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$16.427,43**, previstas no art. 42, IX e XI, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

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, 16 de dezembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO- JULGADOR