

A. I. N° - 207090.0014/12-3
AUTUADO - IPC NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - EDMUNDO NEVES DA SILVA e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 08.04.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-02/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. **a)** RETEVE E RECOLHEU A MENOS. Infração comprovada. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. **c)** RETEVE E NÃO RECOLHEU. Contribuinte apresentou documentos elidindo parte da autuação. Infração parcialmente mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Contribuinte apresentou documentos elidindo parte da autuação. Infração parcialmente mantida. **b)** MERCADORIA DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Infração não comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte apresentou documentos elidindo parte da autuação. Infração parcialmente mantida. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração comprovada. 6. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELAS NÃO SUJEITAS A DILAÇÃO DO PRAZO PARA RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado o acerto da autuação. Infração não caracterizada. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$889.971,04, em razão de:

INFRAÇÃO 01 –07.14.02 - Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Valor histórico R\$13.029,95. Consta ainda da acusação que: Contribuinte adquiriu serviços de transporte intermunicipal de pessoas, de 04 empresas transportadoras, inscritas no Cadastro Estadual: a) IE – 47.749.414 – inscrita como Normal, sem opção de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 17%; b) IE 35.727.457 – inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto, sujeita a alíquota de ICMS de 5%; c) IE 04.574.325 – inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto, sujeita a alíquota de ICMS de 5%; d) IE – 54.058.459 – entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%. A partir de Memória de Cálculo d ST, apresentada pelo contribuinte (cópia anexada aos autos), recompondo-se mensalmente as operações de serviços de transporte

de pessoas tomados, abatendo-se os valores efetivamente recolhidos, chega-se ao valor do ICMS retido e recolhido a menor, que compõe o Levantamento Fiscal – ST / Transporte de pessoas – 2010. Ainda em anexo aos autos, dados do Cadastro Estadual referentes aos transportadores, cópias das NF de serviços de transporte, do extrato da arrecadação do contribuinte – 2007, 2008, 2009 e 2010, do LREntrada e do LRAICMS, referente a 2008, do contribuinte.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$1.356,72.

INFRAÇÃO 03 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$1.862,40.

INFRAÇÃO 04 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor histórico R\$2.380,00.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico R\$ 16.464,56.

INFRAÇÃO 06 – 03.02.02 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico R\$4.899,60.

INFRAÇÃO 07 – 07.09.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado Empresa transportadora não inscrita no Cadastro Estadual. Valor histórico R\$462,00.

INFRAÇÃO 08 – 07.14.01 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais . Valor histórico R\$1.401,34.

INFRAÇÃO 09 – 03.08.03 - Recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Valor histórico R\$ 848.114,47.

O autuado impugna o lançamento, folhas 905 a 951, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente, requerendo que todas e quaisquer notificações e intimações, que sejam expedidas ou veiculadas por meio de publicação em Diário Oficial, sejam também expedidas em nome do advogado, com endereço profissional indicado no cabeçalho do petitório, independentemente, da atuação de outros advogados no feito, sob pena de nulidade. Ressalta a tempestividade da impugnação, faz uma síntese da autuação e um histórico a respeito do perfil da impugnante.

Prosseguindo para “RAZÕES DE MÉRITO”.

INFRAÇÃO 01

Reproduz a imputação e os dispositivos do enquadramento legal.

Aduz que das quatro empresas de transporte interestadual/intermunicipal mencionadas na descrição da infração em análise, apenas duas são alvo efetivo deste Auto de Infração, consoante demonstra o próprio levantamento fiscal a respeito do transporte de funcionários apurado, quais sejam, FIUZA CAR (IE 54.058.459) e ATMO TRANSPORTES (IE 47.749.414).

Diz que a empresa FIUZA CAR, inscrita no cadastro de contribuintes sob o nº. 54.058.459, desde o início da prestação de serviços à impugnante, declarou ser Microempresa enquadrada no regime de apuração do Simples Estadual, estando cadastrada no Simples Nacional desde 01/07/2007 data que coincide com o início da contratação, conforme apontam as Notas Fiscais 80, 81, 82, 83, 86, 01, 03, 04, 06, 07, 08, 09, 11, 12, todas geradas a partir do mês de janeiro até dezembro de 2009.

Dessa sorte, todas as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas pela FIUZA CAR estão em conformidade com o artigo 388, 391 e 392 do Decreto nº. 6284/97, no que tange ao cumprimento das obrigações acessórias. Faz prova desta circunstância o próprio cadastro SINTEGRA [DOC. 03] e o relatório de consulta de optante do Simples Nacional da Receita Federal [DOC. 03]. Logo, a Impugnante, na condição de tomadora de serviço, encontrava-se desobrigada de efetuar a retenção do ICMS da contratada, conforme preceitua o artigo 382, inciso III, alínea c, do Decreto 6284/97:

Art. 382 - Quanto à responsabilidade de que cuida o inciso II do art. 380, nas prestações de serviços de transporte que envolvam repetidas prestações:

III - NÃO SERÁ ATRIBUÍDA A RESPONSABILIDADE DE QUE CUIDA O INCISO I AO TOMADOR DO SERVIÇO:

c) no transporte efetuado por empresa inscrita na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL.

Conclui que as provas colacionadas não deixam dúvida de que o autuante incorreu em lamentável engano, ao aduzir que, a respeito da empresa FIUZA CAR, “entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%”, pois foi justamente o contrário. A partir de 01/07/2007 que ela fez a opção por este regime especial, não tendo sido jamais excluída. Portanto, não há que se falar em retenção e recolhimento a menor do ICMS, pois a regra do artigo 387 do Decreto acima citado é totalmente inaplicável: Art. 387. As microempresas e empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta.

Sobre a empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº. 47.749.414, assegura que as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas estão escrituradas corretamente, pois apesar da apuração pelo regime normal, a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS foi feita com base no que dispõe o art. 380, II, do Regulamento do ICMS então vigente, sendo que à época era perfeitamente cabível ao prestador do serviço “*OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA*”, nos termos do artigo 505-A, inciso V do Decreto 6.284/97.

Art. 505-A. No cálculo do imposto relativo às prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de pessoas, o prestador de serviços de transporte poderá optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, observado o seguinte

V - o imposto a ser pago mensalmente será calculado aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da receita bruta mensal.

* Revogado pelo Decreto nº 13663, de 06/02/12, DOE de 07/02/12

Chama atenção para o fato das empresas TURIM TRANSPORTES (IE 04.574.325) e SANTANA E SÃO PAULO LTDA (IE 35.727.457), ambas fiscalizadas, mas que não ensejaram lançamento de diferença no recolhimento do ICMS foram escrituradas de forma idêntica a utilizada também pela empresa ATMO [DOC. 03], o que leva a crer que as três empresas de transporte têm sua apuração com base na receita bruta e alíquota de 5%.

Questiona: *Ora, sob que fundamento o II. Auditor Fiscal apenas lançou a suposta diferença de recolhimento do ICMS com base nas Notas Fiscais da empresa ATMO se as Notas Fiscais das empresas TURIM TRANSPORTES e SANTANA E SÃO PAULO LTDA tem as mesmas bases?*

Frisa que o mesmo critério adotado para as empresas que não deram azo ao presente lançamento deve ser estendido ao caso da ATMO. Afinal, é válido saber que estas três empresas atendem a IPC nas mesmas condições e diretrizes contratuais. O comportamento adverso a esta noção de equidade viola o princípio da segurança jurídica.

Destaca que a apuração com base na receita bruta não é uma prerrogativa das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, tanto assim que o RICMS BA através do art. 505-A, v, conferiu tal possibilidade. Portanto, as empresas que figuram como substitutas tributárias, tal qual a impugnante, não tem condição de acompanhar o modo como se faz isto em cada pessoa jurídica

que lhe presta serviço. Tratando-se de medida regular, escriturada corretamente (à vista que já foi considerada válida para as empresas não lançadas), a operação de transporte praticada pela ATMO TRANSPORTES LTDA está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança por recolhimento insuficiente.

Argumenta que, pelo exposto, percebe-se que a infração 01 é absolutamente improcedente, seja porque a empresa FIUZA CAR figura na condição de optante pelo SIMPLES NACIONAL desde jul/2007, quando passou a prestar os serviços a Impugnante, justificando-se a alíquota de 5%, bem como pelo fato da empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, apesar da apuração do imposto pelo regime normal, dispor da prerrogativa legal de optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, que prevê a alíquota de 5%.

INFRAÇÕES 02 e 03 –

Reproduz a imputação e os dispositivos do enquadramento legal.

Afirma que a alegação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sustentada pelo ente Autuante, não pode prosperar, haja vista que o crédito respectivo à nota fiscal fiscalizada, da empresa BOMAX, fora estornado, enquanto crédito indevido, na apuração do ICMS do mês de agosto de 2009 no valor de R\$ 1.082,06 (um mil e oitenta e dois reais e seis centavos), conforme documento anexo. Isto porque, o material fora recebido na condição de doação, como demonstração dos produtos pela empresa BOMAX, sendo assim, por não haver o caráter econômico da circulação da mercadoria, não há que se falar em tributação a recolher, a título de ICMS. É o que dispõe o RICMS vigente à época do fato gerador:

Art. 18. São isentas do ICMS as remessas de mercadorias e, quando houver indicação expressa, as prestações de serviços de transporte das mercadorias decorrentes de doação, dação ou cessão:

Esclarece que em virtude da infração mencionada anteriormente foi lavrada a infração 03, que considera a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, consequência da infração 02. Entretanto, o crédito fiscal que se busca consubstanciar na infração 02 não é válido, posto que já demonstrado que fora estornado em sua integralidade, não havendo que se falar de aproveitamento de crédito indevido, além de se tratar de material recebido em doação. Destarte, por não haver tributação incidente sobre a doação de produtos, se mostra completamente improcedente o lançamento do diferencial de alíquota. Logo, a infração 03 deve ser afastada, bem como sua respectiva multa.

INFRAÇÃO 04

Registra que, nesta senda, a IPC também foi autuada sob a alegação de ter utilizado indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Os Fiscais autuantes afirmam que a impugnante adquiriu tanque através da NF 1686, utilizando-se indevidamente de crédito fiscal, pois se trata de mercadoria alheia a atividade do contribuinte. Ao fim, afirma que o produto foi revendido através da Nota Fiscal NF n. 24.103. Entretanto, faz-se necessário demonstrar a realidade material dos fatos e a incoerência em que incide a respectiva infração.

Esclarece que o Tanque a que se refere a infração trata-se de equipamento indispensável para a venda do produto químico produzido pela empresa, de forma a viabilizar o seu acondicionamento e transporte pelo cliente específico. A operação objeto desta infração se refere ao contrato de venda efetuada à Companhia Vale do Rio Doce, cliente da IPC. A referida empresa mundialmente conhecida no ramo de extração de minérios, utiliza o produto vendido pela impugnante, Cloreto de Cálcio, nas montanhas de extração de minérios. Sendo assim, haja vista o difícil acesso às referidas minas, que por vezes localizam a centenas de metros abaixo do subsolo, se fez necessário a transformação do Cloreto de Cálcio em uma espécie de solução, tendo como foco a redução do excesso de poeira.

Ressalta que o produto Cloreto de cálcio é muito utilizado como antipoeira em estradas não pavimentadas e montanhas de minérios. Contudo, para a aplicação do Cloreto de cálcio em solução em montanhas de minérios, se faz necessário, uma logística especial, pois, o acesso só é possível, utilizando veículos fora de estrada. Nesse contexto, a impugnante para viabilizar as vendas do produto, adquiriu da empresa JNJ Eletromecânica Industrial Ltda., nota fiscal nº. 1686, emitida em 21/09/2009 (Doc. 05), um tanque em aço carbono, com capacidade para 17 m³, acoplado com agitador, para ser instalado próximo as montanhas de minérios.

Informa que essa instalação tem como objetivo, facilitar a operação com a diluição do Cloreto de cálcio cristalizado (Pó), para a respectiva aplicação; portanto, sem essa instalação, seria impossível a realização das vendas para a Vale do Rio Doce. O equipamento foi adquirido exclusivamente para a viabilização da operação comercial e por isso, repassado para a empresa Vale do Rio Doce através da nota fiscal de venda nº. 24103 emitida em 23/09/2009. Neste contexto, ao contrário do quanto aludido pelos autores toda a parcela a título de ICMS devida na operação fora devidamente oferecida à tributação. Havendo creditamento apenas do montante legalmente devido em virtude da não cumulatividade da exação e em conformidade com os ditames legais.

Ressalta que a impugnante não causou nenhum prejuízo ao Erário Estadual; pois, adquiriu o equipamento no valor de R\$34.000,00 com alíquota de 7% e realizou a venda no valor de R\$62.000,00 com a alíquota de 12%. Repisa que o equipamento foi revendido com o objetivo exclusivo de viabilidade comercial, conforme preceitua o inciso I do parágrafo 2º do artigo 97 do Decreto 6284/97. Sendo assim, se mostra no todo improcedente a infração ora. Portanto, deve ser excluída do presente auto de infração em sua totalidade.

INFRAÇÕES 05 E 06 - DA DEVIDA REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – VENDA DE INSUMOS AGROPECUÁRIOS - APLICAÇÃO IDÔNEA DO BENEFÍCIO DO ART. 79 DO DECRETO 6.284/97.

Argumenta que é imputa a autuada a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, disposta no art. 79 do Decreto nº 6.284/97. Entretanto, conforme restará aduzido adiante, a impugnante agiu em perfeita consonância legal, dentro dos ditames do regulamento do tributo supracitado. Ocorre que, de acordo com a Infração 03 do Auto ora impugnado, a impugnante efetuou a venda de produtos indicados no art. 20, VI, b, e XI, c, do Decreto mencionado anteriormente, a saber:

“Art. 20 - De 24/06/92 até 30/09/97 e de 06/11/97 até 30/04/05, são isentas do ICMS as operações internas com insumos agropecuários (Convs. ICMS 100/97, 05/99, 10/01, 58/01 e 21/02):

(...)

VI - nas saídas dos seguintes produtos, quando destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal:

(...)

b) sal mineralizado;

(...)

XI - nas saídas dos seguintes produtos:

(...)

c) amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fostato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples ou compostos, fertilizantes e DL metionina e seus análogos, quando produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa”

Aduz que é imputado a autuada ter utilizado, indevidamente, da redução da base de cálculo do ICMS nas respectivas vendas, o que lhe é assegurado pelo art. 79 do Decreto nº 6.284/97, *in verbis*:

“Art. 79 - É reduzida a base de cálculo das operações com insumos agropecuários:

I - nas saídas interestaduais dos produtos a seguir indicados, enquanto perdurar o benefício ali previsto, desde que atendidas as condições estabelecidas no referido artigo, calculando-se a redução em 60% (Conv. ICMS 100/97):

- a) a partir de 06/11/97, os relacionados nos incisos I a X do art. 20;
- b) a partir de 14/10/02, o relacionado no inciso XII do art. 20;
- c) a partir de 01/05/03, o relacionado no inciso XIII do art. 20;

II - nas saídas interestaduais dos produtos relacionados no inciso XI do art. 20, a partir de 06/11/97, enquanto perdurar o benefício ali previsto, desde que atendidas as condições estabelecidas no referido artigo, calculando-se a redução em 30% (Conv. ICMS 100/97)."

Entende ser irrefutável a legalidade da utilização do benefício de redução da base de cálculo para o caso em concreto. Esclarece que o argumento utilizado por esta Superintendência de Administração Tributária, de que os clientes para quem a impugnante realizou a venda dos produtos indicados às notas fiscais anexas (Doc. 06), são "REVENDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS", por si só, não desqualifica o fim para o qual os mesmos foram produzidos, tal argumento sequer guarda relação com a classificação do destino dado aos insumos agropecuários em evidência. Ademais, a BASEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., com Inscrição Estadual nº. 582301671110, com sede no município de Ribeirão Preto, São Paulo, tem como atividade principal a comercialização de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados, CNAE 46.84-2-99 e como secundário, diversas atividades, inclusive a de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Acrescenta que a empresa BASEQUÍMICA tem vários clientes no ramo da agricultura e pecuária, típico da região. Como prova, segue anexa cópia da comprovação da situação cadastral e do DANFE de operações com clientes do seguimento AGROPECUÁRIO (Doc. 06).

Salienta que do mesmo modo está a empresa SUPERQUÍMICA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº. 0240054636, com sede no município de CANOAS, Rio Grande do Sul, que também tem como atividade principal a comercialização de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados, CNAE 46.84-2-99 e como secundário, diversas atividades, inclusive a de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e diversos clientes do ramo agropecuário (Doc. 06).

Entende ser necessário algumas ponderações como segue:

A nobre Auditora Fiscal incorreu em equívoco, pois se ateve exclusivamente ao código principal de atividade da empresa; ou seja, comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos; dessa forma, glosou o benefício por entender que as empresas supracitadas são apenas revendedoras de produtos químicos e por consequência, os produtos não foram destinados para agricultura e pecuária.

Ocorre que, o artigo 20, § 1º do Decreto 6284/97 estabelece que salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida o artigo 20, ALCANÇA toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Vale ressaltar, que o benefício está condicionado a aplicação na pecuária e agricultura, isto é, toda a etapa de circulação será beneficiada, abrangendo dessa forma a PRODUÇÃO e a REVENDA.

Diane do exposto, esclarece-se que as empresas satisfazem, dessa forma, as condições necessárias para usufruir do benefício fiscal. Por fim, repisa-se que ambas são empresas que produzem e revendem produtos químicos para aplicação na área AGROPECUÁRIA e em outros segmentos, conforme previsão no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ/MF. Neste contexto, os produtos adquiridos da IPCNOR foram efetivamente vendidos para uso na AGROPECUÁRIA (Doc. 06); portanto, faz a Impugnante, jus ao gozo do benefício.

Resta claro que, quando da lavratura do Auto em debate, utilizou-se de interpretação genérica e infundada, posto que a simples análise dos sites eletrônicos dos respectivos compradores não é suficiente para a dedução de que os insumos vendidos pela Impugnante não são destinados à utilização na agropecuária.

Não bastasse, verifica-se que o único fundamento utilizado para dar base às infrações 05 e 06, qual seja a análise nos sites dos clientes da IPCNOR, se deu de maneira descuidada, sem a devida apuração das informações capitais para imputar à autuada tal infração, pois, é inequívoco que os ilustres Auditores que procederam com a lavratura deste auto não observaram, na sua própria fiscalização o que se verifica a partir de uma simples visualização no sítio virtual da empresa BASEQUÍMICA, no que diz respeito ao seu objeto.

Tece consideração sobre a empresa Base Química.

Assegura que a verdade material dos fatos é que a autuada efetuou a venda de bicarbonato de sódio e bicarbonato de amônio, produtos registrados no Ministério da Agricultura como insumos agropecuários e efetivamente destinados à utilização na agricultura e/ou pecuária. Com efeito, o bicarbonato de sódio é predominantemente utilizado como tamponante ruminal de bovinos alimentados com altas quantidades de concentrados ou no balanceamento eletrolítico das aves, empregado como suplemento na alimentação animal, auxiliando na produção de leite e ganho de peso, em suplemento à ração. Já o bicarbonato de amônio, por sua vez, é largamente usado como fertilizante, com destaque na cultura do milho, por exemplo, conforme se verifica no Comunicado Técnico 136, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Vejamos:

Afirma que inexiste prova anexada ao Auto de Infração em evidência que corrobore para a alegação de que os produtos citados anteriormente são destinados a fim diverso da agricultura e pecuária – inclua-se aí a alimentação animal e a fabricação de fertilizantes.

No intuito de ratificar o quanto sustentado pela Impugnante, traz ao debate a definição a respeito dos insumos agropecuários, que compreendem os produtos que, empregados no processo de industrialização ou produção rural, irão integrar o produto final e aqueles que, embora não o integrem, forem consumidos imediata e integralmente no aludido processo. Atenta para o fato de que os respectivos produtos são registrados perante o Ministério da Agricultura, assim, a IPCnor está absolutamente apta para comercializar os referidos produtos destinados aos fins da agropecuária.

Aduz que, na verdade, a IPC não procedeu conforme alega o ente Autuante. Nas operações em destaque o que houve foi a aplicação direta do efetivo fator de tributação do ICMS, haja vista a redução da base de cálculo alhures ventilada. Ou seja, ao invés de reduzir a base de cálculo em sessenta por cento (60%), foi destacado no documento fiscal a alíquota de quatro vírgula oito por cento (4,8%); com base na aplicação direta do efetivo fator de tributação do ICMS:

Exemplo – alíquota de 12% com redução da base de cálculo de 60% (-) = 4,8%

Salienta que não houve nenhum prejuízo para o Estado, pois, a redução da base cálculo que faz jus a Impugnante, foi destacada no documento fiscal, utilizando-se, para tanto, a alíquota de 4,8%. Assim, pugna para ver rechaçada a infração 06, bem como afastada a sua multa, por conseguinte.

INFRAÇÃO 07 - CRÉDITO FISCAL DE VALOR ÍNFIMO E O PRINCÍPIO DA BAGATELA OU INSIGNIFICÂNCIA

Aduz que: *Sabe-se que não é do interesse público que o Fisco se ocupe em cobrar créditos absurdamente baixos como os ora mencionados, que sequer perfazem vinte reais. Isso porque, o processamento deste valor na via administrativa certamente irá ultrapassar, e muito, o objeto em discussão, visto que a movimentação dos autos até o seu julgamento final requer o envolvimento de toda a máquina estatal.*

Dessa forma, entende a defesa pela aplicação do princípio da bagatela/ insignificância em favor da impugnante, devendo o crédito da infração ser exonerado. Nascido em meio às discussões de direito penal, o princípio da insignificância, ou também chamado bagatela, ocorre quando uma ação tipificada como crime, praticada por determinada pessoa, é irrelevante, não causando qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima. Não se discute se a conduta praticada é crime ou não, pois é caso de excludente de tipicidade do fato, diante do desvalor e desproporção do resultado, no caso, insignificante, onde a atuação estatal com a incidência de um processo e de uma pena seria injusto.

Entende que adequando tal noção ao caso em exame, do mesmo modo pode-se considerar desinteressante sob o ponto de vista prático, e até econômico, a discussão a respeito de créditos de tão ínfimo valor. Decerto que a exoneracao dos valores relacionados à infração 07 não causará prejuízo aos administrados que se fazem representar por meio da Fazenda Pública do Estado da Bahia, sendo mais provável que isto aconteça se ao final se entender pela confirmação das

penalidades, o que levará a Impugnante a seguir protestando pelo seu direito, ocasionando um custoso e desnecessário debate. Por todo o exposto, requer a desconsideração da infração 07, liberando-se a Impugnante do pagamento correspondente.

INFRAÇÃO 08 - DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PAGAMENTO – INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO IMPUTADA.

Salienta que inobstante a concordância da empresa autuada quanto à substituição tributária, por força do quanto disposto no art. 380 do Decreto 6.284/97, é inadmissível a infração que busca imputar-lhe através do Auto ora combatido, uma vez que a mesma procedeu com o recolhimento devido do ICMS, nas datas e valores abaixo, conforme documento em anexo (Doc. 06):

Valor R\$ 454,58 – Nº. conhecimento 5324 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 454,58 – Nº. conhecimento 5384 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 478,29 – Nº. conhecimento 5582 – Data recolhimento – 16/04/2009

Ressalta que não há que se falar na infração anteriormente descrita, uma vez que extinto o respectivo crédito tributário, com fulcro no Código Tributário Nacional, especialmente em seu art. 156.

DA INFRAÇÃO 09 - RECOLHIMENTO DA PARCELA DE ICMS NÃO INCENTIVADO À ÉPOCA DO FATO GERADOR – DENÚNCIA ESPONTÂNEA

Aduz que a verdade material dos fatos aponta uma conjuntura de acontecimentos e negociações no tocante à definição da parcela mínima de ICMS não incentivada através do Desenvolve que influenciaram diretamente na conduta do contribuinte. De fato, não se está diante de uma simples e injustificada impontualidade no recolhimento da parcela não incentivada de ICMS no período fiscalizado. Em verdade, houve recolhimento pontual em todos os períodos fiscalizados de ICMS, relativo à parte não incentivada pelo Desenvolve, nos termos do pleito de retificação protocolado em janeiro de 2008, após diversas tratativas perante a SICM (Doc. 09).

Ressalta que para compreensão de todo o substrato fático que ensejou na migração de benefícios e recolhimento do ICMS do modo efetuado, há de se remeter ao intrincado suceder de tratativas e acordos sugeridos para tal mister. A Impugnante usufruiu do benefício PROIND/PROBAHIA no período de setembro de 1999 a janeiro de 2005, entretanto, houve a interrupção do benefício PROIND devido ao processo de migração para o incentivo DESENVOLVE por exigência da Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração, com a anuência da SEFAZ.

Recorda que o incentivo denominado de PROBAHIA tinha como característica primordial o fato de ser um incentivo financeiro. Como é cediço, através deste benefício a Impugnante deveria recolher integralmente o ICMS apurado e devido no período, entretanto, recebia de volta 75% do montante do imposto em dinheiro, através do DESENBANCO - DESENBAHIA. Este numerário seria devolvido pelo contribuinte no prazo de até 60 meses, corrigido ao percentual de 3% ao ano.

Destaca que à época da fruição do benefício PROIND, PROBAHIA, a Impugnante possuía o direito aos créditos inerentes aos recolhimentos apurados no período de setembro de 2002 a dezembro de 2004, no montante de R\$863.376,92, valor histórico, somado ao período de janeiro de 2005 a maio 2006 no montante de R\$1.038.817,10, valor histórico, perfazendo um total de R\$1.902.194,02. Entretanto, como condição de admissibilidade para migração do benefício a Impugnante teve que renunciar a todo o crédito que fazia jus, acreditando que o novo incentivo lhe seria outorgado de forma análoga ao que anteriormente fruía, de modo a viabilizar os projetos de desenvolvimento do seu parque produtivo e manter a sua atividade empresarial no Estado. Ao seu turno, o montante acumulado de crédito decorrente do PROIND seria utilizado como base para o novo programa denominado DESENVOLVE, em percentual de incentivo e prazo de utilização.

Argumenta que, como se vê dos documentos anexados pela defesa, foram travadas inúmeras tratativas com os Superintendentes da SEFAZ para migração do benefício conferido pela SEFAZ. Isto porque, não existia à época dispositivos legais que dispusessem especificamente sobre as

condições do novo Benefício a ser instituído. Sendo que, a Impugnante, confiante no intuito do Estado da Bahia em promover o desenvolvimento do Estado através do incentivo e fomentação da Indústria local, houve por bem em finalmente renunciar a todo o crédito que possuía perante o DESENBANCO - DESENBAHIA, para, a partir de então, usufruir do diferimento no pagamento do ICMS, o que ensejaria, através da real redução da carga tributária suportada, a continuidade dos projetos de ampliação e modernização, mesmo frente aos prejuízos fiscais que vinha suportando.

Salienta que, em meio às tratativas, observou-se que o modo de se equalizar e tornar proporcional o Desenvolve em face do benefício ante usufruído era o diferimento de 90% do ICMS apurado no período, que deveria ser recolhido em 60 meses, corrigidos pelo IGPM e recolhimento da parcela mínima de 10%, percentual máximo incentivado pelo Desenvolve, uma vez que o crédito acumulado que possuía e que teve ser renunciado representava 100% do imposto devido no período. Neste contexto, o pedido de migração fora protocolado em dezembro de 2005, sendo deferido tão somente em junho de 2006, com a publicação da Resolução nº. 047/2006. Neste ínterim ficou a impugnante impedida de emitir os DAE's para pagamento do ICMS com base no que fora afirmado durante o processo de migração, em tratativas pessoais e escritas, tendo que recolher o montante integral do imposto devido (Doc. 09).

Sustenta que, com a publicação da Resolução supracitada, verificou-se que a impugnante fora prejudicada com migração do benefício transformado em diferimento no recolhimento do ICMS. Isto porque, o benefício ante conferido, previa o recebimento de 75% do ICMS recolhido no período, em dinheiro e a juros fixados em 3% ao ano, ao passo que o Desenvolve iria ter apenas postergado o recolhimento do ICMS devido, ainda, devendo recolher parcela mínima, fixada pela SEFAZ em montante expressamente calculado e que não correspondia a 10% do montante de ICMS devido, tal como anunciado nas negociações pretéritas perante a SEFAZ.

Diz que ao ser publicada a Resolução nº. 047/2006 ia de encontro com tudo o que fora acordado, pois além de não possuir efeito retroativo, de forma arbitrária, estabeleceu um piso mínimo no valor de R\$44.957,84. Percentual mínimo de recolhimento que resultava em valores em muito superiores a 10% do montante apurado. Ou seja, o montante efetivamente diferido seria sempre menor do que 90% do ICMS apurado. Portanto, vê-se que Resolução não atendia ao que foi negociado e solicitado, estabelecendo de forma arbitrária valor mínimo de recolhimento do ICMS - que não representava sequer percentual do faturamento da empresa com a venda de produtos químicos.

Nesse ponto lembra o quanto disposto no próprio Regulamento do Desenvolve, Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002: “*o incentivo do DESENVOLVE terá valor presente correspondente ao incentivo ou benefício a que a empresa tenha renunciado, tomando-se como base a projeção dos dois fluxos e deságio à mesma taxa. Art. 10, III.*

Salienta que a Resolução nº 047/2006 afrontava diretamente os preceitos instituídos no Regulamento do Desenvolve, não se olvidando do próprio intuito do Programa, o de fomentar o desenvolvimento do Estado, através de políticas afirmativas com a real desoneração da já altíssima carga tributária suportada pelas Indústrias instaladas:

DECRETO Nº 8.205 DE 03 DE ABRIL DE 2002

Art. 1º O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, mediante diretrizes que tenham como foco:

I - o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados;

II - a desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social;

III - a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado;

IV - o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias;

V - a interação da empresa com a comunidade em que pretenda atuar;

VI - a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes;

VII - prevenção dos impactos ambientais dos projetos e o relacionamento da empresa com o ambiente.

Art. 10. Não poderão ser habilitados aos benefícios do DESENVOLVE:

III - o incentivo do DESENVOLVE terá valor presente correspondente ao incentivo ou benefício a que a empresa tenha renunciado, tomando-se como base a projeção dos dois fluxos e deságio à mesma taxa.

Art. 3º O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

§ 1º O prazo e o percentual referidos no caput deste artigo serão definidos de acordo com o índice de aderência do projeto à matriz de desenvolvimento industrial do Estado, conforme graduação estabelecida na Tabela I, anexa a este Regulamento, determinado com base nas diretrizes do Plano Plurianual e nos seguintes indicadores:

I - repercussão do projeto na geração de empregos diretos e indiretos e na multiplicação da renda;

II - capacidade de desconcentração espacial dos adensamentos industriais, favorecendo a regionalização do desenvolvimento;

III - integração e verticalização de cadeias produtivas e de comercialização, inclusive para o Exterior;

IV - vocação para o desenvolvimento regional e sub-regional, em especial das regiões mais pobres;

V - grau de desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e de assimilação de novas tecnologias;

VI - responsabilidade da empresa quanto a aspectos de interesse social na comunidade em que pretenda atuar;

VII - prevenção do impacto ambiental do projeto e o relacionamento da empresa com o ambiente.

Diante do ocorrido, frisa que a impugnante solicitou e protocolou perante a SEFAZ pedido de regularização da Resolução 047/2006 (Documento anexado) ressaltando dois pontos de fundamental importância para migração do incentivo PROBAHIA para o DESENVOLVE como segue:

- 1- *Anterioridade a data do pedido, ou seja, a Resolução não contemplou que o período de fruição abrangido como válido para o incentivo e adesão ao DESENVOLVE fosse a partir de 01 de setembro de 2005 e não da data de sua publicação;*
- 2- *O artigo 2º da Resolução 047/2006, fixou indevidamente o valor mensal não incentivado de R\$ 44.957,84 (Quarenta e quatro mil, novecentos e cinqüenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), pois, esse valor seria absorvido pelos créditos do PROBAHIA que a impugnante tem direito.*

Destaca que o novo Benefício cuja migração fora solicitada por motivos alheios à vontade desta Impugnante deveria guardar correlação de proporcionalidade com o Benefício anteriormente auferido, sob pena de ofensa às garantias constitucionalmente erigidas, ao direito de continuidade da atividade empresarial exercida pela impugnante, sua função e dever social. Todavia, não foi o que ocorreu no caso concreto! É que, para tal migração, a Impugnante fora obrigada por disposição expressa a renunciar do crédito acumulado que possuía perante o DESENBANCO no montante de R\$3.713.348,35.

Assegura que os dois pontos supra destacados foram discutidos e analisados com a SICM antes e na seqüência de sua publicação; inclusive a impugnante foi informada em reuniões posteriores que a correção seria feita no mês subsequente ao da publicação. No entanto, a impugnante não só aguardou a correção da Resolução, como de forma proba reiterou diligências neste sentido, por 04 anos, em total afronta ao princípio da oficialidade e eficiência administrativa e aos ditames expressos do Regulamento do Desenvolve:

Art. 11. O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE deverá pronunciar-se sobre a pretensão da empresa postulante, na primeira reunião a ser realizada após a conclusão da análise, a qual se processará no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da data de recebimento do processo pela Secretaria Executiva.

Parágrafo único. A análise do processo de habilitação obedecerá à seguinte tramitação:

I - verificação, pela Secretaria Executiva, se foram obedecidas todas as formalidades e análise dos diversos aspectos técnicos, no prazo máximo de 50 (cinqüenta) dias;

II - instruído o processo e anexado ao mesmo a análise da Secretaria Executiva, o Presidente do Conselho promoverá distribuição para um dos seus membros, que terá o prazo máximo de 10 (dez) dias para emitir seu parecer.

Art. 12. Verificada a existência de irregularidade no pedido, a Secretaria Executiva determinará a promoção de providências saneadoras quando couber ou, de imediato, o seu arquivamento, quando se tratar de falha insanável.

Art. 13. Do arquivamento do pedido caberá recurso da empresa interessada, ao Conselho Deliberativo, com efeito suspensivo, devendo ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da data de recebimento da notificação.

Art. 14. A Resolução do Conselho que autorizar o tratamento tributário disciplinado neste Regulamento, será publicada no Diário Oficial do Estado e indicará, necessariamente, além das qualificações do contribuinte e do projeto, os benefícios atribuídos, com a respectiva gradação e prazo de dilação quando for o caso.

Art. 15. Após o prazo de 5 (cinco) dias da publicação da Resolução do Conselho que aprovou o projeto, a Secretaria Executiva comunicará à Secretaria da Fazenda, o deferimento do pedido, com a previsão de dilação do prazo de pagamento do ICMS, a partir do início de operação do projeto ou da ampliação ou modernização.

Assevera que compete a própria Administração impulsionar o processo até seu ato-fim, qual seja, a decisão que expressa a vontade última do Estado, o deferimento ou não da solicitação da impugnante acerca do benefício com base no programa DESENVOLVE.

Informa que o artigo 2º, inciso XII da Lei 9.784/99, aplicado subsidiariamente a presente problemática, que a Administração Pública deverá observar diversos critérios no âmbito processual, entre eles a "impulsão de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação de interessados".

Cita doutrina sobre o tema.

Observa então que o transcurso de quase 04 anos entre a solicitação da impugnante até a decisão final – que ainda fora desfavorável aos seus interesses – é algo absolutamente injustificado e conflitante com o princípio da Oficialidade. Ainda, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu, como garantia fundamental, a razoável duração dos processos, tanto na esfera judicial quanto administrativa, ao estabelecer:

Destaca que o prazo para que o Conselho Deliberativo se manifeste sobre pleito do contribuinte é de 60 dias. Ora, não se deve entender como razoável a demora da SEFAZ BA em 04 anos desde a provocação do contribuinte, nem se pode velar os olhos para as consequências do ato omissivo, pois a dúvida relativa a modificação de procedimento decorrente da migração do programa PROIND para DESENVOLVE afetava diretamente toda a operacionalidade da empresa.

Acrescenta que, como se não fosse o bastante, a CF também previu expressamente o princípio da eficiência, o qual consiste em um diretriz fundamental da administração tendo em vista que sua credibilidade está intimamente relacionada com a eficiência de seus serviços e qualificações de seus servidores. Deste modo, cabe a Administração, aqui representada pela Fazenda do Estado da Bahia, zelar pelo seu aperfeiçoamento para que assim consiga manter coerência com sua própria essência.

Afirma que: *Diante deste cenário, à Impugnante recolheu o ICMS relativo à parte não incentivada de acordo com o pleito de retificação retroativa da Resolução que lhe conferiu o Desenvolve (Documento anexado), até a publicação da Resolução nº. 135/2009 expedida em 16 de dezembro de 2009, onde o pleito foi deferido apenas em parte. Ato contínuo, verificadas as diferenças a recolher de ICMS, em cumprimento às obrigações fiscais, todo o montante relativo à diferença da parte não incentivada fora declarado via denúncia espontânea e parcelado.*

Ressalta que o processo de migração além de ter sido solicitado pela Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração, teve participação direta desta Secretaria da Fazenda, através do seu representante, na qualidade de gerente do órgão, o Sr. FREDERICO GUNNAR DÚRR (GEINC/DFF), que sugeriu expressamente a revisão das apurações para formalização da denúncia espontânea.

Frisa que não se está diante de simples descumprimento de obrigação principal relativa a parcela não incentivada pelo Desenvolve, mas de uma toda uma conjuntura de fatos intrincados. Quais sejam:

- 1- *migração de um benefício financeiro para um benefício fiscal;*
- 2- *renúncia do créditos que fazia jus como condição para o deferimento do pedido de migração de benefícios. Migração, vale dizer, que somente veio a efeito por exigência da Sefaz e diante dos atrasos no recebimento do numerário pelo Desenbanco;*
- 3- *Publicação de Resolução do Desenvolve nº 047/2006 que não condizia com os termos das tratativas e negociações travadas entre o contribuinte e a Sefaz para fruição do novo Benefício;*
- 4- *Protocolo de pedido de retificação do incentivo;*
- 5- *Lapso temporal de 04 anos para análise e deferimento do Pedido de retificação;*
- 6- *Recolhimento do ICMS com base nos termos do pedido de retificação, haja vista a mora da Sefaz em analisar o referido pleito;*
- 7- *Publicação da Resolução nº 135/2009 deferindo em parte a retificação da Resolução Desenvolve anterior;*
- 8- *Denúncia espontânea da parcela de incentivo não deferida e recolhimento através de parcelamento.*

Aduz que a denúncia espontânea denota a boa fé da impugnante que não se manteve simplesmente impontual no que toca à parcela não incentivada. Aliás, a Impugnante foi verdadeiro exemplo de diligência e pró atividade durante todo o processo ora descrito sendo, em verdade, induzida a erro, conforme se vê das correspondências anexadas, a efetuar o recolhimento no prazo regulamentar do ICMS nos moldes pleiteados no pedido de retificação da Resolução e, após, efetuar denúncia espontânea da diferença não deferida.

Assegura que, no presente caso, não houve prejuízo ao fisco, conquanto todo o montante devido a título de ICMS relativo à parcela não incentivada fora efetivamente oferecida à tributação, sendo a parte contestável recolhida no prazo regulamentar e a parte controvertida após tornar-se exigível com a publicação da Resolução nº 135/2009. Portanto, se revela verdadeira ofensa à moralidade administrativa, princípio norteador dos atos da Administração Pública, citando doutrina.

Acrescenta: a Carta Magna em seu art. 145, § 1º garantiu a pessoalidade dos impostos através do princípio da capacidade contributiva.

Aduz que os termos da Resolução 135/2009 do Desenvolve não traduzem a realidade contributiva da Impugnante, e afrontou no todo a garantia constitucional da segurança jurídica, haja vista que não guardou compatibilidade com os termos aventados e acordados nas diversas reuniões para migração do ProInd-ProBahia e renúncia do direito ao crédito que possuía à época.

Entende que não há que prosperar a Infração 09, pois ICMS foi sim pago na data regulamentar. Ocorre que, com o advento da Resolução nº 047/2006, verificou-se que o valor foi pago a menor, completamente de encontro com o que foi acordado e negociado nas inúmeras reuniões com o Conselho Deliberativo do Benefício, como alhures explanado. Deste modo, em legítima boa fé, o contribuinte orientado pela própria SEFAZ efetuou a denúncia espontânea e recolheu in totum a diferença a pagar de parcela não incentivada, a partir da sua efetiva exigência com a publicação da Resolução nº 135/2009, acrescidos dos juros de mora. Não se pode negar os benefícios da denúncia espontânea para o contribuinte, pois a mora é justificada e se aplica à respectiva mora da Secretaria da Fazenda em apreciar pleito do contribuinte.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DA MULTA INDEVIDA

Argumenta que a multa aplicada é desproporcional, citando a Constituição Federal.

Ao final, requer pela improcedência da autuação, provar o alegado por todos os meios admitidos, inclusive a prova documental, testemunhal até mesmo pericial.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 1167 a 1178, destaca que, no prazo legal, apresentou defesa, onde, sem alegar qualquer preliminar, contesta o mérito das infrações do referido AI, pedindo pela sua improcedência.

Assegura que mantém as infrações 01 a 09, em todos os seus termos e valores.

Destaca a grande quantidade de cópias juntadas pelo contribuinte ao processo, de maneira desnecessária, por que, ou elas, do processo, já faziam parte, ou por que não guardam relação com as infrações discutidas (veja folhas 974 a 1023, 1048 a 1059 por exemplo). Tal procedimento de maneira nenhuma facilita o julgamento do AI.

Diz que, com relação à defesa apresentada, a informação fiscal se dará infração por infração.

INFRAÇÃO 01

Frisa que a partir da “*Memória de Cálculo da ST*”, apresentada pelo contribuinte, folhas 103 a 114, recompondo-se mensalmente as operações de Serviço de Transporte de Pessoas Tomados, cópia das NFs as folhas 138 a 191, abatendo-se os valores efetivamente recolhidos (destacados na Memória de Cálculo), chega-se ao valor do ICMS retido e recolhido a menor que compõe o “*Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Pessoas – 2010*”, folhas 100 a 102, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte.

Acrescenta que, em anexo ainda, extrato da arrecadação, folhas 20 a 25, cópia do LREntradas e LRAICMS do contribuinte, folhas 486 a 772 e 249 a 286.

Destaca que os impedimentos elencados à Inscrição ao Simples Nacional, folhas 132 e 133 e o art. 387 do RICMS/97, apontam o acerto da autuação, para o transportador IE 54.058.459, que fica mantida em todos os seus termos e valores.

Em relação ao Transportador - IE 47.749.414 afirma que o fato de tal procedimento ser cabível ou possível, de maneira nenhuma indica que foi feito. O exame da folha 115 deste processo, no campo destacado Forma de Apuração do Imposto – indica que o transportador em tela utilizava o Conta Corrente Fiscal e não a apuração pela Receita Bruta. A verificação da folha 117 deste Auto, revela que tal transportador nunca ingressou com processo para obter tal regime (conforme prescrevem os incisos II e III do Art. 505-A do Dec. 6284/97). De maneira cuidadosa, os Auditores Fiscais que lavraram o AI examinado, intimaram o transportador IE 47.749.414 para apresentar o seu RUDFTO – veja folhas 118 e 119 - deste processo – cuja cópia foi anexada, folha 134 a 136, sem que nenhum Termo de Acordo tenha sido encontrado (veja as prescrições do art. 329 e § 4º do RICMS). Todas as cautelas foram tomadas para assegurar o acerto da autuação, que fica mantida em todos os seus termos e valores.

Quanto ao argumento defensivo de que não tem condição de acompanhar o modo como cada pessoa jurídica que lhe presta serviço atua, diz que o autuado assume para si mesmo os riscos de autuação pela sua omissão. Reitera a máxima do Direito que assevera que a ninguém é dado desconhecer a Lei, e o art. 142, I e VIII do Dec. 6284/97, que informa textualmente que, é obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, e também exigir do estabelecimento prestador do serviço os documentos fiscais próprios, sempre que receber ou utilizar serviços sujeitos ao imposto.

Diz ser desnecessária a juntada dos documentos, efetuada pelo autuado, constantes das folhas 987 a 1015, pois tais documentos já faziam parte do processo, folhas 100 a 102 e 138 a 191.

Ao final do exame da infração 01, aduz que na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantém a infração 01.

INFRAÇÃO 02

Ressalta que, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte, folha 192, “*Levantamento Fiscal – Crédito Indevido / Falta de Recolhimento de Diferencial de Alíquota.*” Ainda em anexo, cópia dos documentos, no Levantamento relacionados, folhas 196 a 198), e cópia do LREntradas, folhas 486 a 772, onde os mesmos foram lançados.

Registra que o contribuinte defende-se das infrações 02 e 03, de maneira conjunta, entre as folhas 917 e 920 deste Auto. Reproduz parcialmente Legislação Estadual, até a folha 918.

Verifica a improcedência da citação, pelo contribuinte, na folha 918 deste processo, do art. 18 do RICMS - BA / 97. A autuação fiscal refere-se a crédito indevido (decorrente de operações de ENTRADAS de mercadorias destinadas a uso / consumo da empresa, vedação ao crédito expressa através de literal disposição de Lei). O art. 18 supracitado refere-se a remessas de mercadorias (SAÍDAS), nos casos que indica (dentre as quais não estão as operações autuadas). E para operações iniciadas neste Estado. Verifica-se que não há nenhuma conexão entre a argumentação do contribuinte e o fato concreto examinado.

Diz que foram três os documentos fiscais autuados, nesta infração 02: As Notas Fiscais n.110449, n. 60339 e n. 21969 (veja folhas 196 a 198).

Destaca que a defesa apresentada restringe-se a NF 60399, da Bomax no Brasil Bombas Químicas Ltda., oriunda de São Paulo e que refere-se a partes de um artefato, com valor de ICMS de R\$1.082,06.

Reconhece que, do exame da folha 272 deste processo, que, três meses após o lançamento do crédito indevido, no LREntradas do contribuinte, veja folha 605 deste processo, houve o estorno do crédito indevidamente utilizado, através do LRAICMS.

Acata as explicações do contribuinte, excluindo da infração 02 examinada, o fato gerador de 09/06/2009 no valor de ICMS de R\$ 1.082,06. Para isso, será oferecido novo Levantamento Fiscal – Crédito Fiscal / Falta de Recolhimento de Diferencial de Alíquota (em substituição ao constante da folha 192 deste processo. Em consequência, fica reduzido o valor da ocorrência 13, (de R\$1.303,68 para R\$ 221,62) relacionada no Demonstrativo do Débito do Auto de Infração (veja folha 07 deste processo). Entretanto, subsiste a infração 02, com relação às Nota Fiscais n.110.449 e 21.969, de 16/06/2009, e 24/11/2009, no valor de ICMS, respectivamente de R\$221,62 e de R\$53,04, sobre as quais o contribuinte não se manifestou, ou seja acatou tacitamente a autuação a tais Notas Fiscais atribuídas. Diante da apresentação de elementos modificativos da infração autuada mantém parcialmente a infração 02 do AI examinado.

INFRAÇÃO 03

Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Ressalta que, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Crédito Indevido / Falta de Recolhimento de Diferencial de Alíquota, folha 192. Ainda em anexo, cópia dos documentos, no Levantamento relacionados, folhas 197 a 198), e cópia do LREntradas, folhas 486 a 772, onde os mesmos foram lançados.

Diz que foram dois os documentos fiscais autuados, nesta infração 03: As Notas Fiscais n.110449, n. 60339, folhas 197 a 198. A defesa apresentada resume a negativa parcial da utilização indevida do crédito fiscal, inclusive com a confissão da aquisição para uso / consumo dos produtos da Nota Fiscal 60.339, de 09/06/2009. O contribuinte acata tacitamente a infração 03 quando não contesta a falta do recolhimento do ICMS devido por diferencial de alíquota, nos termos da autuação. Diante da ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantemos a infração 03 examinada, em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 04

Aduz que o contribuinte adquiriu TANQUE, através da NF 1686, folha 200, de 23/09/2009, de Minas Gerais, utilizando-se indevidamente de Crédito fiscal, pois trata-se de mercadoria alheia a atividade do contribuinte. Tal produto foi revendido através da Nota Fiscal 24.103, da mesma data – 23/09/2009, cópia da Nota Fiscal de Saída à folha 859. Infringiu o art. 97, IV, c, parágrafo 2, I, do Dec. 6284 / 97.

Ressalta que o contribuinte não nega os fatos que lhe foram imputados pela fiscalização. Confessa mesmo o ocorrido. Mas alega que “*o equipamento foi adquirido exclusivamente para a viabilização da operação comercial*”. E acrescenta que a Fazenda Estadual não teve prejuízo, vez que na aquisição do tanque houve crédito, e na venda do tanque houve débito do ICMS. Que comprou o bem por R\$34.000,00 e vendeu o mesmo tanque, no mesmo dia, por R\$ 62.000,00. Um ganho de 82,35% sobre a operação instantânea de venda do tanque, realizada.

Frisa que do exame dos dados cadastrais do contribuinte, no Cadastro Estadual, observa-se que sua atividade econômica principal é a fabricação de produtos químicos, folha 13. Ele não é fabricante nem revendedor de tanques. Ao lado disto, existe literal disposição de Lei que informa que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias, quando a operação de aquisição se referir a mercadorias alheias às atividades do estabelecimento - considerando-se alheios às atividades do estabelecimento os bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação.

Concluem que diante da ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantemos a infração 04, examinada, em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 05

Destacam que através de pesquisa nos sites dos clientes, folhas 203 a 211, verifica-se que são revendedores de produtos químicos. Assim sendo, as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal (art. 20, VI, b), como também não são, as operações glosadas, para uso na agricultura ou na pecuária (art. 20, XI, c). destinam-se a revenda. Infringiu também o art. 11 do Dec. 6284/97.

Ressaltam que é parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Redução Indevida de Base de Cálculo, folhas 201. Ainda em anexo, xerox das Notas Fiscais, folhas 212 a 227, no Levantamento elencadas, do LRSaídas onde foram escrituradas, folhas 287 a 485, e do LRAICMS 2009, folhas 249 a 286.

Salientam que a empresa fiscalizada é a IPC do Nordeste Ltda. Partir para a análise destes clientes do revendedor seria invadir outra(s) jurisdiç(ão) (ões), sobre a(s) qua(l) (is), nós, Prepostos Fiscais da Bahia, não temos poder fiscalizatório. O artigo 20, que trata das isenções com produtos agropecuários possui dezoito incisos e diversas alíneas. Para alguns produtos, constam condições para que o benefício da isenção seja usufruído. Tal é o caso dos incisos infringidos pelo contribuinte (art. 20, VI, b e art. 20, XI, c do Dec. 6284/97). Eles possuem condições. E a venda para revenda não é uma delas.

Destacam que, da mesma maneira, o art. 79 do RICMS/BA, quando trata da Redução da Base de Cálculo das operações com insumos agropecuários, nas saídas interestaduais, estabelece que, é necessário que as condições estabelecidas no artigo 20 tenham sido atendidas. E tais condições não foram. Daí a autuação.

Aduzem que a Redução de Base de Cálculo é uma hipótese exonerativa. Equivale a uma isenção parcial, no entendimento do STF. E como tal, é uma norma excepcional. Cria um privilégio / benefício fiscal restrito a apenas um pequeno número de operações. Tal norma deve ser interpretada nos seus restritos termos, cabendo apenas as hipóteses expressamente mencionadas

na Lei. O art. 111 do Código Tributário Nacional não admite a interpretação extensiva da Lei para inclusão de outras hipóteses.

Destacam que o contribuinte não tem direito a redução de base de cálculo que utilizou. Assim foi um comportamento lesivo aos cofres públicos, e como tal foi autuado. Na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantêm a infração 05 do AI examinado, em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 06

Destacam que o contribuinte vendeu mercadorias de sua produção (bicarbonato de sódio), para clientes – EMPRESAS REVENDEDORAS DE PRODUTOS QUÍMICOS, supondo ter direito a redução de base de cálculo prevista no art. 79, combinado com o art. 20, VI, b, do Dec. 6284/97. De maneira equivocada, nas operações interestaduais, ao aplicar a alíquota de 4,8% (ao invés de 12%) sobre a Base de Cálculo da mercadoria, chegou à carga tributária que seria obtida com a redução de BC (em 60%) prevista no art. 79, I, do Dec. 6284/97.

Aduzem que através de pesquisa nos sites dos clientes, folhas 203 a 211, verifica-se que são REVENDEDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS. Assim sendo, as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal (art. 20, VI, b), o que não possibilitaria a Redução de Base de Cálculo imaginada. Infringiu também o art. 11 do Dec. 6284/97.

Acrescentam que é parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Erro na alíquota, folha 224. Ainda em anexo, Xerox das Notas Fiscais, no Levantamento elencadas, folhas 225 a 227, do LRSaídas onde foram escrituradas, folhas 287 a 485, e do LRAICMS referente a 2009, folhas 249 a 286.

Ressaltam que a empresa fiscalizada é a IPC do Nordeste Ltda. Partir para a análise destes clientes do revendedor seria invadir outra(s) jurisdiç(ão) (ões), sobre a(s) qua(l) (is), nós, Prepostos Fiscais da Bahia, não temos poder fiscalizatório. O artigo 20, que trata das isenções com produtos agropecuários possui dezoito incisos e diversas alíneas. Para alguns produtos, constam condições para que o benefício da isenção seja usufruído. Tal é o caso dos incisos infringidos pelo contribuinte (art. 20, VI, b e art. 20, XI, c do Dec. 6284/97). Eles possuem condições. E a venda para revenda não é uma delas.

Destacam que, da mesma maneira, o art. 79 do RICMS/BA, quando trata da Redução da Base de Cálculo das operações com insumos agropecuários, nas saídas interestaduais, estabelece que, é necessário que as condições estabelecidas no artigo 20 tenham sido atendidas! E tais condições não foram! Daí a autuação.

Aduzem que a Redução de Base de Cálculo é uma hipótese exonerativa. Equivale a uma isenção parcial, no entendimento do STF. E como tal, é uma norma excepcional. Cria um privilégio / benefício fiscal restrito a apenas um pequeno número de operações. Tal norma deve ser interpretada nos seus restritos termos, cabendo apenas as hipóteses expressamente mencionadas na Lei. O art. 111 do Código Tributário Nacional não admite a interpretação extensiva da Lei para inclusão de outras hipóteses.

Destacam que o contribuinte não tem direito a redução de base de cálculo que utilizou. Assim foi um comportamento lesivo aos cofres públicos, e como tal foi autuado. Na ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantêm a infração 06 do AI examinado, em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 07

Frisam que trata da falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Empresa transportadora não

inscrita no Cadastro Estadual, conforme Xerox de consulta anexada (veja folha 232 deste processo).

Citam que o extrato da arrecadação referente a 2009 e 2010, folhas 20 a 25, e da memória de cálculo da ST de Transporte, apresentada pelo contribuinte e constante da infração 01 deste Auto, folhas 103 a 114, verifica-se que o substituto tributário deixou de reter e recolher o ICMS devido na operação de transporte, conforme Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Cargas, folha 228, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte. Ainda em anexo, cópia do CTRC n. 319, relacionado no Levantamento, folha 237, do LREntradas, folhas 486 a 772 e do LRAICMS, folhas 249 a 286, referentes a 2009.

Realçam que o contribuinte apenas alega que o valor reclamado é ínfimo.

Aduzem que o contribuinte infringiu literal disposição de Lei, conforme comprovam as provas anexas. Assim, na qualidade de prepostos fiscais, no exercício de atividade vinculada, não nos compete desconsiderar quaisquer infrações relativas ao ICMS encontradas, no curso de fiscalização. Falta-nos poder para tal, assim como a este Colendo Conselho para atender ao pleito da autuada. Ante a ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mantém a infração 07 examinada em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 08

Destacam que as empresas são transportadoras inscritas no Cadastro Estadual, conforme cópia das consultas anexas às folhas 229 a 231. Do exame do extrato da arrecadação referente a 2009 e 2010, folhas 20 a 25, e da Memória de Cálculo da ST de Transporte, apresentada pelo contribuinte, folhas 103 a 114, verifica-se que o substituto tributário deixou de recolher o ICMS devido na operação de transporte, conforme Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Cargas, folha 228, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte. Em anexo, xerox dos CTRCs relacionados no Levantamento, folhas 233 a 236, do LREntradas 2009, folhas 486 a 772, e LRAICMS 2009, folhas 249 a 286.

Ressaltaram que os 04 (quatro) CTRCs compuseram esta infração: O CTRC de n. 5324, n. 5384, n. 5582 e n. 134.491. O contribuinte se defende desta infração 08 (apenas dos CTRCs. 5324, 5384 e 5582), alegando, genericamente, que o débito apurado está extinto por que este já havia sido pago anteriormente, o que resultaria na inocorrência da infração imputada. Mantém-se silente em relação ao CTRC 134.491, acata portanto os termos da autuação em relação a tal CTRC.

Asseguram que comparando o Demonstrativo da folha 104 – referente a fevereiro / 2009 - que compõe a autuação, com o Demonstrativo da folha 1105, anexado pelo contribuinte na peça defensiva, também referente a fevereiro/2009, verifica-se que em nenhum dos dois constam os CTRCs n.5324 e n. 5384, autuados. O DAE que o contribuinte anexa, folha 1106, refere-se ao valor efetivamente recolhido em março/ 2009, por outros CTRCs do mês de fevereiro de 2009, que não compuseram este Auto. Não há nenhuma comprovação de pagamento do ICMS devido por ST, referente aos CTRCs 5324 e 5384.

Acrescentam que, da mesma maneira, comparando-se o Demonstrativo da folha 105 – referente a março / 2009 - que compõe a autuação, com o Demonstrativo da folha 1109, anexado pelo contribuinte na peça defensiva, também referente a março/ 2009 verifica-se que em nenhum dos dois constam o CTRC n.5582, autuado. O DAE que o contribuinte anexa, folha 1110, refere-se ao valor efetivamente recolhido em abril/2009, por outros CTRCs daquele mês de março de 2009, que não compuseram este Auto. Não há nenhuma comprovação de pagamento do ICMS devido por ST, referente ao CTRC 5582.

Concluem assim, que está comprovada a pertinência desta infração 08, que mantém em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÃO 09

Informam que refazendo a apuração do ICMS referente ao exercício de 2009, conforme estabelece a Instrução Normativa n. 27/09, folhas 64 a 69, apurando-se o ICMS devido nas Operações Próprias – incentivadas, uma vez verificada a falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, fato posteriormente confirmado pela Denúncia Espontânea n. 6000000083103, de 14/01/2010, folha 248 deste processo, foi calculado o ICMS devido – abatendo-se o ICMS recolhido a menor, extrato da arrecadação 2009/2010 – código de Receita 0806 – folhas 20 a 25 dos autos, e os valores da Denúncia Espontânea de 14/01/2010. Tudo conforme determina o art. 18, do Dec. 8205/02. Infringiu ainda os art. 11, 116, 124, I, do Dec. 6284/97.

Frisam que são partes integrantes deste Auto e entregues em cópia ao contribuinte – Levantamentos Fiscais:

- a) *Demonstrativo da Atualização da Parcela Fixa, elaborado a partir da variação do IGP-M (dados constantes do site www.portalbrasil.net/igpm.htm) - veja folhas 240 a 241 .*
- b) *Levantamento Fiscal – Créditos Fiscais não Vinculados ao Projeto Aprovado (veja folha 245 deste processo).*
- c) *Levantamento Fiscal – Débitos Fiscais não Vinculados ao Projeto Aprovado (veja folhas 242 a 244).*
- d) *Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS DESENVOLVE (veja folhas 238 e 239), referente a 2009, todos os Levantamentos elaborados conforme determina a Instrução Normativa n. 27/2009.*
Ainda em anexo, extrato da arrecadação 2007, 2008, 2009 e 2010 (veja folhas 16 a 25).

Também anexados cópia do LREntradas, Saídas e Apuração do ICMS, referentes a 2009 (respectivamente folhas 486 a 772, folhas 287 a 485 e 249 a 286), e do Acórdão JJF n. 0336-05/11 (veja folhas 83 a 99) da 5ª. Junta de Julgamento Fiscal e Parecer Getri n. 15.307/10 e 8.873/10 (veja folhas 80 a 82).

Salientam que o contribuinte apresenta a sua defesa para a infração 09, entre as folhas 931 e 951, confessando às folhas 942, 943 e 948 que efetuou uma denúncia espontânea referente a valores da parcela não incentivada, recolhidos a menor, justamente a infração apontada no art. 18 do Dec. 8205/02, folha 77 dos autos.

Quanto à multa de 60% aplicável à infração descrita na autuação, esclarecem que a multa advém da Lei. Novamente afirmam, na qualidade de Prepostos Fiscais, no exercício de atividade vinculada, que a atribuição da multa à espécie está fora de sua alçada de discussão, assim como da deste Colendo Conselho.

Ao final, opinam pela procedência parcial do Auto de Infração.

Às folhas 1187 a 1201, o autuado em sua segunda peça defensiva observa que os autuantes não trouxeram elementos novos a ensejar a manutenção das Infrações 07 e 09, tão somente as mantendo nos termos do Auto de Infração originário. Sendo assim, objetivando evitar que o presente imbróglio se torne prolixo e enfadonho cumpre, do mesmo modo, tão somente destacar suscintamente os termos e documentos da Defesa Administrativa apresentada, requerendo que sejam apreciados em sua integralidade, o qual decreto levará à total improcedência das infrações vergastadas. Neste ínterim, cumpre refutar o quanto apregoado às demais infrações, haja vista que apresentados novos fundamentos na Informação Fiscal.

INFRAÇÃO 01

Ressalta que afirmam na Informação Fiscal que a empresa FIUZA CAR (IE 54.058.459) é impedida de aderir ao Simples Nacional. Ocorre que, tal fundamento não se coaduna com o cadastro estadual da referida empresa, fls. 126, que atesta a condição de Microempresa optante pelo Simples Nacional desde 01/07/2007, anterior ao período fiscalizado.

Reitera que não compete à empresa Autuada avaliar a regularidade da condição da empresa que lhe presta o serviço, apenas lhe sendo devido o pedido de apresentação do documento que comprove a sua situação fiscal. Deste modo, não pode o Fisco imputar ao contribuinte o dever de fiscalizar a regularidade do ato administrativo que concedeu o certificado de Simples Nacional à empresa FIUZA CAR (IE 54.058.459). Logo, a Impugnante, na condição de tomadora de serviço,

encontrava-se desobrigada de efetuar a retenção do ICMS da contratada, conforme preceitua o artigo 382, inciso III, alínea c, do Decreto 6284/97.

Entende que as provas colacionadas não deixam dúvida de que a fiscalização incorreu em lamentável engano, ao aduzir que, a respeito da empresa FIUZA CAR, “entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%”. Foi justamente o contrário!, a partir de 01/07/2007 que ela fez a opção por este regime especial, não tendo sido jamais dele excluída. Portanto, não há que se falar em retenção e recolhimento a menor do ICMS, pois a regra do artigo 387 do Decreto acima citado é totalmente inaplicável.

Sobre a empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº. 47.749.414, destaca que as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela própria empresa apontam a sua condição de pagamento do imposto em função da Receita Bruta ao apontar a alíquota de 5% do ICMS. A fiscalização não acosta documento capaz de refutar tal situação, uma vez que os documentos acostados às fls. 115 a 119 a 134 a 136 não se prestam a comprovar a opção pelo regime de apuração. Tratando-se de medida regular, escriturada corretamente (à vista que já foi considerada válida para as empresas não lançadas), a operação de transporte praticada pela ATMO TRANSPORTES LTDA está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança.

Acrescenta que, quando na informação fiscal é relembrado que não é dado o desconhecimento da lei para fins de exigir do estabelecimento prestador dos serviços os documentos fiscais próprios, vale também relembrar que assim sempre o fez o contratante, colacionado inclusive na defesa os documentos comprobatórios de cada situação de seus prestadores.

Conclui que, pelo exposto, percebe-se que a infração 01 é absolutamente improcedente, seja porque a empresa FIUZA CAR figura na condição de optante pelo SIMPLES NACIONAL desde jul/2007, quando passou a prestar os serviços a Impugnante, justificando-se a alíquota de 5%, bem como pelo fato da empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, apesar da apuração do imposto pelo regime normal, opta pelo regime de apuração em função da receita bruta, que prevê a alíquota de 5%.

INFRAÇÕES 02 e 03

Destaca que a fiscalização insiste em justificar a autuação em total descaracterização da escrita contábil da empresa autuada e, para tanto, desconsidera os esclarecimentos fáticos ventilados na defesa administrativa, que, por consequência, levaram à indicação de dispositivos legais divergentes daqueles apontadas pela fiscalização. Entretanto, conforme fora demonstrado e comprovado, o crédito fora estornado em virtude de se referir a material recebido na condição de doação, e, neste contexto, apontou-se o dispositivo legal que acoberta a isenção da operação de circulação de mercadorias dadas em doação, por não guardar o caráter econômico da circulação da mercadoria.

Frisa que fora acertada a exclusão da infração 02 o valor relativo ao fato gerador relacionado à Nota Fiscal 60399, no montante de R\$ 1.082,06. De forma que ficou a infração 02 reduzida de R\$ 1.356,72 para R\$ 274,66. Deste modo, por consectário, deve igualmente ser reduzida a infração 03, uma vez que se refere à mesma Nota Fiscal 60399, cuja isenção restou comprovada, não havendo que se falar em recolhimento de diferencial de alíquota.

INFRAÇÃO 04

Argumenta que o meio empresarial guarda peculiaridades que muitas vezes fogem à literalidade do quanto previsto genérica e abstratamente pelo Legislador. As empresas de um modo geral precisam se adequar às exigências postas pelo mercado, mormente pelos seus clientes, para que suas operações sejam viabilizadas, e, por conseguinte, sua atividade empresarial.

Reitera os esclarecimentos constantes da defesa administrativa no sentido de que o Tanque a que se refere a infração trata-se de equipamento indispensável para a venda do produto químico produzido pela empresa, de forma a viabilizar o seu acondicionamento e transporte pelo cliente específico. Assim, a impugnante especialmente para viabilizar as vendas do produto da forma solicitada neste específico contrato, adquiriu da empresa JNJ Eletromecânica Industrial Ltda., nota fiscal nº. 1686, emitida em 21/09/2009, um tanque em aço carbono, com capacidade para 17 m³, acoplado com agitador, para ser instalado próximo as montanhas de minérios.

Repisa que o equipamento foi adquirido, repita-se, exclusivamente para a viabilização da operação comercial sob lume e por isso, repassado para a empresa Vale do Rio Doce através da nota fiscal de venda nº. 24103 emitida em 23/09/2009. Neste contexto, ao contrário do quanto aludido pelos autuantes, toda a parcela a título de ICMS devida na operação fora devidamente oferecida à tributação. Havendo creditamento apenas do montante legalmente devido em virtude da não cumulatividade da exação e em conformidade com os ditames legais, não havendo que se falar de forma alguma em aquisição de bem para fins de investimento ou especulação, como entendeu os respeitáveis agentes fiscais. Sendo assim, se mostra no todo improcedente a infração.

INFRAÇÕES 05 E 06

Esclarece que o argumento utilizado por esta Superintendência de Administração Tributária, de que os clientes para quem a Impugnante realizou a venda dos produtos indicados às notas fiscais anexas, são “REVENDEDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS”, por si só, não desqualifica o fim para o qual os mesmos foram produzidos, tal argumento sequer guarda relação com a classificação do destino dado aos insumos agropecuários em evidência. Com efeito, o benefício é dado em função do produto objeto da operação de circulação e não aos sujeitos objetos desta operação. Conforme bem destacado, o artigo 20, § 1º do Decreto 6284/97 estabelece que salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida o artigo 20, alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Ressalta, que o benefício está condicionado à aplicação do produto na pecuária e agricultura, isto é, toda a etapa de circulação será beneficiada, abrangendo dessa forma a PRODUÇÃO e a REVENDA. Não há dispositivo legal que proíba a utilização do crédito na revenda, desde que o produto seja aplicado na agricultura e pecuária. Portanto, ausente a disposição em contrário prevista na legislação, apta a afastar o benefício.

Entende que foram satisfeitas as condições necessárias para fruição do benefício fiscal. Por fim, repisa-se que ambas são empresas que produzem e revendem produtos químicos para aplicação na área AGROPECUÁRIA e em outros segmentos, conforme previsão no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ/MF. Neste contexto, os produtos adquiridos da IPCNOR foram efetivamente vendidos para uso na AGROPECUÁRIA; portanto, faz a Impugnante, jus ao gozo do benefício.

Repisa que a verdade material dos fatos aponta a venda de bicarbonato de sódio e bicarbonato de amônio, produtos registrados no Ministério da Agricultura como insumos agropecuários e efetivamente destinados à utilização na agricultura e/ou pecuária.

Reproduz outros argumentos da defesa anterior.

INFRAÇÃO 07 – Reitera argumento apresentado da defesa anterior.

INFRAÇÃO 08

Aduz que ao contrário do quanto afirmado na Informação Fiscal vê-se que os valores já foram recolhidos integralmente pela empresa autuada, nas datas e valores abaixo, conforme documento 06, anexado à peça de defesa administrativa e documento 01 ora anexado:

Valor R\$ 454,58 – Nº. Formulário 5412 – Número do CTRC 5324 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 454,58 – Nº. Formulário 5475 – Número do CTRC 5384 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 478,29 – Nº. Formulário 5582 - Número do CTRC 5491 – Data recolhimento – 16/04/2009

Frisa que houve apenas um equívoco na indicação do número do Formulário que vem em destaque no instrumento físico que verte em linguagem competente o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas emitido pela Transfinal. Deste modo, ao invés de se indicar os números dos Conhecimentos de transportes, indicou-se os números dos respectivos Formulários, o que levou à infração ora rechaçada.

INFRAÇÃO 09

Destaca que os autuantes restringem a justificar o lançamento da infração aduzindo a um perfuntório relato das alegações da Impugnante sem, contudo, enfrentá-los. Sendo assim, sem o intuito de redizer tudo o quanto explanado e comprovado à exaustão na peça de defesa administrativa, cumpre ratificar a total insubsistência da presente infração, a qual não merece prosperar, resumindo os argumentos anteriores.

Ao final, requer pela improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a segunda informação fiscal, fls. 1222 a 1234, analisando cada infração, informam.:

INFRAÇÃO 01

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, embora a infração não tenha sido retificada, o contribuinte apresenta sua manifestação sobre ela repetindo argumentos anteriormente utilizados e ineficazes para a sua defesa.

INFRAÇÃO 02

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que o contribuinte folhas 1189 e 1190, reconhece que “de forma que ficou a infração 02, reduzida de R\$ 1.356,72 para R\$ 274,66”. Em outras palavras, admite que, subsiste a infração 02, com relação às Notas Fiscais n.110.449 e 21.969, de 16/06/2009, e 24/11/2009, no valor de ICMS, respectivamente de R\$ 221,62 e de R\$ 53,04.

INFRAÇÃO 03 - Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior.

INFRAÇÕES 04, 05, 06, e 07 - Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, embora as infrações não tenham sido retificadas, o contribuinte apresenta sua manifestação sobre elas repetindo argumentos anteriormente utilizados e ineficazes para a sua defesa.

INFRAÇÃO 08

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que na folha 1197 o autuado confessa que cometeu um equívoco e relacionou os CTRCs 5324, 5384 e 5491, pelo número de formulário, ao invés de pelos números de ordem. Conforme está afirmado no art. 89 do Dec. 6284/97, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte. A inconstância de seus lançamentos são de sua exclusiva responsabilidade, e, podem induzir a fiscalização a erro. Mas, sempre em busca da verdade material, acatam as razões do contribuinte, reduzindo os valores da infração 08, examinada:

- a) *Fatos geradores de fevereiro/ 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 909,17, reduzido para R\$0,00.*
- b) *Fato gerador de março / 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 478,29, reduzido para R\$ 0,00*
- c) *Subsiste o fato gerador de maio / 2009, valor de ICMS devido de R\$ 13,88*

Salienta que será oferecido novo Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Cargas – Manifestação Fiscal (em substituição ao constante da folha 192 deste processo). No Demonstrativo do Débito do Auto de Infração (veja folha 08 deste processo, as ocorrências 29 e 30 têm seu valor de ICMS devido reduzidas para R\$ 0,00). Ainda assim, comprovada está a pertinência desta infração 08, que rogamos seja mantida parcialmente.

INFRAÇÃO 09

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, embora a infração não tenha sido retificada, o contribuinte apresenta sua manifestação sobre ela repetindo argumentos anteriormente utilizados e ineficazes para a sua defesa.

Ao final, opinam pela procedência parcial do Auto de Infração.

Às folhas 1239 a 1242, o autuado em sua terceira peça defensiva informa que a nova informação fiscal não trouxe ao debate argumentos inéditos, aptos a ensejar a manutenção das infrações impugnadas pela Autuada. ratifica todos os termos já suscitados em matéria de defesa.

INFRAÇÕES 02 e 03 - No que concerne à isenção do ICMS, posto que, conforme já asseverado em momento oportuno, não há que se falar em tributação de ICMS por tratar-se de operação isenta – doação, no caso específico, nos moldes do artigo 18 do Regulamento do ICMS vigente no Estado da Bahia à época do fato gerador.

INFRAÇÃO 08 - Evidencia que o Preposto Fiscal reconhece, nesta nova Informação Fiscal, a improcedência parcial da infração 08, uma vez comprovado o devido recolhimento do ICMS pela Autuada, o que só reforça a veracidade dos argumentos sustentados pela mesma.

No que cinge à negativa de necessidade e utilidade de perícia que alega o Preposto Fiscal, sob o argumento de que todos os documentos fiscais utilizados nos Levantamentos Fiscais que embasaram a autuação constam deste Auto, entende que diante da complexidade atinente às 09 (nove) infrações apontadas, observa-se que a prova pericial é de suma importância para o deslinde da questão, para se verificar o efetivo cumprimento das obrigações fiscais relativas à apuração e recolhimento do ICMS em todas as suas modalidades no período fiscalizado. Cita entendimento do STF e STJ sobre o tema. Frisa que é um direito constitucional.

Ao final, requer pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a terceira informação fiscal, fls. 1284 a 1297, aduzem que na 1ª. Manifestação Fiscal está entre as folhas 1222 e 1236 deste processo. O AI examinado ficou mantido entre as infrações 1 a 7 e também na infração 9. Porém, na folha 1231, em função de o contribuinte ter reconhecido que cometeu um equívoco e relacionou CTRCs diversos, pelo número do formulário, ao invés de pelos números de ordem, foi necessário reduzir os valores da infração 08, do presente AI. De tal alteração, o contribuinte foi instado a se manifestar.

Passou a tratar cada infração.

INFRAÇÃO 01

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, embora a infração não tenha sido retificada, o contribuinte apresenta sua manifestação sobre ela repetindo argumentos anteriormente utilizados e ineficazes para a sua defesa.

INFRAÇÃO 02

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que o contribuinte folhas 1189 e 1190, reconhece que “de forma que ficou a infração 02, reduzida de R\$ 1.356,72 para R\$ 274,66”. Em outras palavras, admite que, subsiste a infração 02, com relação às Notas Fiscais n.110.449 e 21.969, de 16/06/2009, e 24/11/2009, no valor de ICMS, respectivamente de R\$ 221,62 e de R\$ 53,04.

INFRAÇÃO 03

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, entre as folhas 1189 e 1190, o contribuinte pretende que a redução de valor da infração 02, atinja a infração seguinte, sob o argumento – REPETIDO, porém falso – de que doação é isenta de ICMS por expressa disposição legal. Insiste no mesmo tema, de maneira genérica, na folha 1240 (2ª. Manifestação).

Destacam que o artigo citado trata de isenção das remessas decorrentes de doação, dação ou cessão, nos casos que indica expressamente, quais sejam – saídas de mercadorias para fins de assistência a vítimas de calamidade pública, saídas para o SENAI, doações à rede oficial de ensino, às sociedades civis sem fins lucrativos, para distribuição à pessoas carentes; de doações de mercadorias ao governo do Estado para distribuição gratuita a pessoas necessitadas ou vítimas de catástrofes, nesta linha. Percebe-se então a total improriedade do artigo citado com o caso concreto autuado.

Ao final, destacam que diante da ausência de elementos impeditivos, modificativos ou extintivos da infração autuada, mesmo após o exame da 1^a. e da 2^a. Manifestação do contribuinte, mantém a infração 03 examinada, em todos os seus termos e valores.

INFRAÇÕES 04, 05, 06, 07, e 09 - Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que, embora as infrações não tenham sido retificadas, o contribuinte apresenta sua manifestação sobre elas repetindo argumentos anteriormente utilizados e ineficazes para a sua defesa.

INFRAÇÃO 08

Reproduzem os argumentos da informação fiscal anterior, acrescentando que na folha 1197 o autuado confessa que cometeu um equívoco e relacionou os CTRCs 5324, 5384 e 5491, pelo número de formulário, ao invés de pelos números de ordem. Conforme está afirmado no art. 89 do Dec. 6284/97, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte. A inconstância de seus lançamentos são de sua exclusiva responsabilidade, e, podem induzir a fiscalização a erro. Mas, sempre em busca da verdade material, acatam as razões do contribuinte, reduzindo os valores da infração 08, examinada:

- a) *Fatos geradores de fevereiro/ 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 909,17, reduzido para R\$0,00.*
- b) *Fato gerador de março / 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 478,29, reduzido para R\$ 0,00*
- c) *Subsiste o fato gerador de maio / 2009, valor de ICMS devido de R\$ 13,88*

Salienta que será oferecido novo Levantamento Fiscal – ST / Transporte de Cargas – Manifestação Fiscal (em substituição ao constante da folha 192 deste processo). No Demonstrativo do Débito do Auto de Infração (veja folha 08 deste processo, as ocorrências 29 e 30 têm seu valor de ICMS devido reduzidas para R\$ 0,00). Ainda assim, comprovada está a pertinência desta infração 08, que rogamos seja mantida parcialmente.

Ao final, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Às folhas 1.308, o PAF foi convertido em diligência para que fosse entregue ao autuado cópia da informação fiscal e fosse reaberto o prazo de defesa.

Às folhas 1.311, o PAF foi convertido em nova diligência para fossem atendidos os pedidos da diligência anterior.

Em sua 4^a manifestação defensiva, fls. 1.316 e 1.317, o autuado reitera suas manifestações anteriores.

Em sua 4^a informação fiscal, fls. 1.320 e 1.321, reiteram as informações fiscais anteriores.

VOTO

Inicialmente, em relação as arguições de constitucionalidade ao procedimento, multa e à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato

não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Cabe registrar que os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. O sujeito passivo recebeu cópia de todos os levantamentos fiscais. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes as infrações imputadas.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter retido e recolhido a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Consta ainda da acusação que: Contribuinte adquiriu serviços de transporte intermunicipal de pessoas, de 04 empresas transportadoras, inscritas no Cadastro Estadual: a) IE – 47.749.414 – inscrita como Normal, sem opção de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 17%; b) IE 35.727.457 – inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto, sujeita a alíquota de ICMS de 5%; c) IE 04.574.325 – inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto, sujeita a alíquota de ICMS de 5%; d) IE – 54.058.459 – entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%. A partir de Memória de Cálculo d ST, apresentada pelo contribuinte, recompondo-se mensalmente as operações de serviços de transporte de pessoas tomados, abatendo-se os valores efetivamente recolhidos, chega-se ao valor do ICMS retido e recolhido a menor, que compõe o Levantamento Fiscal – ST / Transporte de pessoas – 2010. Ainda em anexo, dados do Cadastro Estadual referentes aos transportadores, cópias das NF de serviços de transporte, do extrato da arrecadação do contribuinte – 2007, 2008, 2009 e 2010, do LREntrada e do LRAICMS, referente a 2008, do contribuinte.

Em sua defesa o autuado aduz que das quatro empresas de transporte interestadual/intermunicipal mencionadas na descrição da infração em análise, apenas duas são alvo efetivo deste Auto de Infração, consoante demonstra o próprio levantamento fiscal a respeito do transporte de funcionários apurado, quais sejam, FIUZA CAR (IE 54.058.459) e ATMO TRANSPORTES (IE 47.749.414). Diz que a empresa FIUZA CAR, inscrita no cadastro de contribuintes sob o nº 54.058.459, desde o início da prestação de serviços à impugnante, declarou ser Microempresa enquadrada no regime de apuração do Simples Estadual. Em relação empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, com Inscrição Estadual nº 47.749.414, assegura que as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas estão escrituradas corretamente, pois apesar da apuração pelo regime normal, a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS foi feita com base no que dispõe o art. 380, II, do Regulamento do ICMS então vigente, sendo que à época era perfeitamente cabível ao prestador do serviço “*OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA*”, nos termos do artigo 505-A, inciso V do Decreto 6.284/97.

Em relação a empresa FIUZA CAR, cabe registrar que não basta a declaração da mesma de que estaria enquadrada do “*Simples Estadual*” como alegou a defesa. O que prevalece é a real situação constante do Cadastro de Contribuinte. Como bem destacaram os autuantes na informação fiscal, os impedimentos elencados à Inscrição ao Simples Nacional, folhas 132 e 133 e o art. 387 do RICMS/97, apontam o acerto da autuação.

Quanto a empresa ATMO TRANSPORTES LTDA., também não pode ser acolhido o argumento defensivo, considerando que a mesma, conforme exame da folha 115 dos autos, no campo destacado Forma de Apuração do imposto, indica que o transportador em tela utilizava o Regime de Apuração de Conta Corrente Fiscal e não a apuração pela Receita Bruta. A verificação da

folha 117 deste Auto, revela que tal transportador nunca ingressou com processo para obter tal regime (conforme prescrevem os incisos II e III do Art. 505-A do Dec. 6284/97). De maneira cuidadosa, os Auditores Fiscais que lavraram o AI examinado, intimaram o transportador IE 47.749.414 para apresentar o seu RUDFTO, fls. 118 e 119 dos autos, cuja cópia foi anexada, folhas 134 a 136, sem que nenhum Termo de Acordo tenha sido encontrado.

Também não elide a autuação o argumento defensivo de que não tem condição de acompanhar o modo como cada pessoa jurídica que lhe presta serviço atua, uma vez que, agindo dessa forma o autuado assume para si mesmo os riscos de autuação pela sua omissão. Cabe ressaltar que o art. 142, I e VIII do Dec. 6284/97, informa que é obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, e também exigir do estabelecimento prestador do serviço os documentos fiscais próprios.

Logo, a infração 01 fica mantida.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$1.356,72.

Para embasar a infração foi acostado aos autos, folha 192, “*Levantamento Fiscal – Crédito Indevido / Falta de Recolhimento de Diferencial de Alíquota*”, bem como, cópia dos documentos, no Levantamento relacionado, folhas 196 a 198, e cópia do LREntradas, folhas 486 a 772, onde os mesmos foram lançados. Como se observa, foram três os documentos fiscais autuados, Notas Fiscais 110449, 60339 e 21969, folhas 196 a 198.

Ressalto que a defesa apresentada restringe-se a Nota Fiscal 60399, da Bomax no Brasil Bombas Químicas Ltda., oriunda de São Paulo e que refere-se a partes de um artefato, com valor de ICMS de R\$ 1.082,06.

Portanto, não existe lide em relação as Notas Fiscais 110449 e 21969, razão pela qual ficam mantidas na autuação.

Em relação a Nota Fiscal 60399, em sua defesa o autuado alega que o crédito respectivo à nota fiscal fiscalizada, da empresa BOMAX, fora estornado, enquanto crédito indevido, na apuração do ICMS do mês de agosto de 2009 no valor de R\$ 1.082,06, conforme documento acostados aos autos.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acatado, uma vez que o autuado comprovou, mediante apresentação de documento, que realizou o estorno do referido crédito fiscal, antes da ação fiscal. Cabe registrar que, na 1ª primeira informação fiscal, o autuante reconheceu que houve o estorno do crédito indevidamente utilizado.

Portanto, acolho as explicações do contribuinte, excluindo da infração 02, no fato gerador de 09/06/2009 no valor de ICMS de R\$ 1.082,06, ficando reduzido o valor da ocorrência 13, (de R\$1.303,68 para R\$ 221,62) relacionada no Demonstrativo do Débito do Auto de Infração. Entretanto, subsiste a infração 02, com relação às Nota Fiscais 110.449 e 21.969, de 16/06/2009, e 24/11/2009, no valor de ICMS, respectivamente de R\$221,62 e de R\$53,04,

Assim, a infração 02 é parcialmente procedente no valor de R\$274,66, conforme abaixo:

MÊS/ANO OCORR	ICMS DEVIDO
JUN/06	221,62
NOV/06	53,04
TOTAL	274,66

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$1.862,40.

Para embasar a infração foi acostado aos autos Levantamento Fiscal – Crédito Indevido / Falta de Recolhimento de Diferencial de Alíquota, folha 192, cópia dos documentos, no Levantamento relacionados, folhas 197 a 198, e cópia do LREntradas, folhas 486 a 772, onde os mesmos foram lançados. Como se observa, foram dois os documentos fiscais autuados, Notas Fiscais 110449 e. 60339, folhas 197 a 198.

Assim como na infração anterior, a defesa apresentada restringe-se a Nota Fiscal 60399, da Bomax no Brasil Bombas Químicas Ltda., oriunda de São Paulo e que refere-se a partes de um artefato, com valor de ICMS de R\$1.545,80, cobrado na infração.

Portanto, não existe lide em relação as Nota Fiscal 110449, razão pela qual fica mantida na autuação o ICMS no valor de R\$316,59.

Em relação a Nota Fiscal 60399, em sua defesa o autuado esclarece que em virtude da infração mencionada anteriormente foi lavrada a infração 03, que considera a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, consequência da infração 02. Entretanto, o crédito fiscal que se busca consubstanciar na infração 02 não é válido, posto que já demonstrado que fora estornado em sua integralidade, não havendo que se falar de aproveitamento de crédito indevido.

De igual modo, entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que a infração em exame é decorrente da infração anterior, sendo a mesma nota fiscal, comprovado a devolução da mercadoria, também de ser excluída da infração 03.

Assim, a infração 03 é parcialmente procedente no valor de R\$316,59.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor histórico R\$2.380,00.

Em sua defesa o sujeito passivo esclareceu que o Tanque a que se refere a infração trata-se de equipamento indispensável para a venda do produto químico produzido pela empresa, de forma a viabilizar o seu acondicionamento e transporte pelo cliente específico. A operação objeto desta infração se refere ao contrato de venda efetuada à Companhia Vale do Rio Doce, cliente da IPC. A referida empresa mundialmente conhecida no ramo de extração de minérios, utiliza o produto vendido pela impugnante, Cloreto de Cálculo, nas montanhas de extração de minérios. Sendo assim, haja vista o difícil acesso às referidas minas, que por vezes localizam a centenas de metros abaixo do subsolo, se fez necessário a transformação do Cloreto de Cálculo em uma espécie de solução, tendo como foco a redução do excesso de poeira. Nesse contexto, a impugnante para viabilizar as vendas do produto, adquiriu da empresa JNJ Eletromecânica Industrial Ltda., nota fiscal nº. 1686, emitida em 21/09/2009, um tanque em aço carbono, com capacidade para 17 m³, acoplado com agitador, para ser instalado próximo as montanhas de minérios.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que o autuado comprovou o equipamento foi adquirido exclusivamente para a viabilização da operação comercial e por isso, repassado para a empresa Vale do Rio Doce através da nota fiscal de venda nº 24103 emitida em 23/09/2009. Neste contexto, o contribuinte autuado adquiriu o equipamento no valor de R\$34.000,00 com alíquota de 7% e realizou a venda no valor de R\$62.000,00 com a alíquota de 12%. Portanto, tem direito ao crédito pela entrada, compra, bem como tem o dever de se debitar na saída, venda, o que foi observado pelo mesmo.

Infração não comprovada.

na infração 05 é imputado ao autuado ter recolhido a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico R\$16.464,56.

Em sua defesa o autuado argumenta que os clientes para quem realizou a venda dos produtos indicados às notas fiscais, são “REVENDEDORES DE PRODUTOS QUÍMICOS”, por si só, não desqualifica o fim para o qual os mesmos foram produzidos, sustentando que o benefício é dado em função do produto objeto da operação de circulação e não aos sujeitos objetos desta operação.

Na informação fiscal os autuantes destacaram que a pesquisa nos sites dos clientes, folhas 203 a 211, verifica-se que são revendedores de produtos químicos. Assim sendo, as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal (art. 20, VI, b), como também não são, as operações glosadas, para uso na agricultura ou na pecuária (art. 20, XI, c), destinam-se a revenda. Infringiu também o art. 11 do Dec. 6284/97. Salientam que o artigo 20, que trata das isenções com produtos agropecuários possui dezoito incisos e diversas alíneas. Para alguns produtos, constam condições para que o benefício da isenção seja usufruído. Tal é o caso dos incisos infringidos pelo contribuinte (art. 20, VI, b e art. 20, XI, c do Dec. 6284/97). Eles possuem condições. E a venda para revenda não é uma delas. Destacam que, da mesma maneira, o art. 79 do RICMS/BA, quando trata da Redução da Base de Cálculo das operações com insumos agropecuários, nas saídas interestaduais, estabelece que, é necessário que as condições estabelecidas no artigo 20 tenham sido atendidas. E tais condições não foram.

Entendo que o argumento da defesa não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a Redução de Base de Cálculo é uma hipótese exonerativa, equivalente a uma isenção parcial, no entendimento do STF, sendo, portanto, uma norma excepcional, que cria benefício fiscal restrito a apenas um pequeno número de operações. Portanto, deve ser interpretada nos seus restritos termos, cabendo apenas as hipóteses expressamente mencionadas na Lei. O art. 111 do Código Tributário Nacional não admite a interpretação extensiva da Lei para inclusão de outras hipóteses.

Logo, infração 05 fica mantida.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico R\$4.899,60.

Em sua defesa o sujeito passivo apresentou o mesmo argumento.

Assim como a infração anterior, entendo que defesa não elidiu a infração 06, uma vez que restou comprovado que o autuado vendeu mercadorias de sua produção (bicarbonato de sódio), para clientes – EMPRESAS REVENDADORAS DE PRODUTOS QUÍMICOS, supondo ter direito a redução de base de cálculo prevista no art. 79, combinado com o art. 20, VI, b, do Dec. 6284/97. De maneira equivocada, nas operações interestaduais, ao aplicar a alíquota de 4,8% (ao invés de 12%) sobre a Base de Cálculo da mercadoria, chegou à carga tributária que seria obtida com a redução de BC (em 60%) prevista no art. 79, I, do Dec. 6284/97. Assim sendo, as vendas dos produtos não se destinam a alimentação animal ou emprego na fabricação de ração animal (art. 20, VI, b), o que não possibilitaria a Redução de Base de Cálculo imaginada. Infringiu também o art. 11 do Dec. 6284/97.

Portanto, o argumento da defesa não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a Redução de Base de Cálculo é uma hipótese exonerativa, equivalente a uma isenção parcial, no entendimento do STF, sendo, portanto, uma norma excepcional, que cria benefício fiscal restrito a apenas um pequeno número de operações. Portanto, deve ser interpretada nos seus restritos termos, cabendo apenas as hipóteses expressamente mencionadas na Lei. O art. 111 do Código Tributário Nacional não admite a interpretação extensiva da Lei para inclusão de outras hipóteses.

Logo, infração 06 fica mantida.

Na infração 07 é imputado ao autuado ter deixando de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Empresa transportadora não inscrita no Cadastro Estadual.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que o valor é ínfimo, devendo o crédito da infração ser exonerado.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, esta restou caracterizada. Não foi apresentado nenhum questionamento em relação ao mérito da mesma.

Quanto ao pedido de exoneração o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal.

Assim, a infração 07 fica mantida.

Na infração 08 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais.

Em sua defesa o sujeito passivo assegura procedeu com o recolhimento devido do ICMS, nas datas e valores abaixo, conforme abaixo:

Valor R\$ 454,58 – Nº. conhecimento 5324 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 454,58 – Nº. conhecimento 5384 – Data recolhimento – 16/03/2009

Valor R\$ 478,29 – Nº. conhecimento 5582 – Data recolhimento – 16/04/2009

Em sua segunda manifestação defensiva frisou que houve apenas um equívoco na indicação do número do Formulário que vem em destaque no instrumento físico que verte em linguagem competente o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas emitido pela Transfinal. Deste modo, ao invés de se indicar os números dos Conhecimentos de transportes, indicou-se os números dos respectivos Formulários, o que levou à infração ora rechaçada.

Entendo que os argumentos apresentados nas manifestações defensivas devem ser acolhidos, uma vez que foram, apurados em documentos, os quais foram analisados e acolhidos pelos autuantes.

Logo, a infração 08 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 13,88, conforme abaixo:

- a) Fevereiro/ 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 909,17, reduzido para R\$0,00;
- b) Março / 2009 – valor do ICMS devido – de R\$ 478,29, reduzido para R\$ 0,00;
- c) Maio / 2009, valor de ICMS devido de R\$ 13,88.

Na infração 09 é imputado ao autuado a falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Valor histórico R\$ 848.114,47.

Em sua defesa o sujeito passivo argumenta que usufruiu do benefício PROIND/PROBAHIA no período de setembro de 1999 a janeiro de 2005, entretanto, houve a interrupção do benefício PROIND devido ao processo de migração para o incentivo DESENVOLVE por exigência da Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração, com a anuência da SEFAZ. Destaca que à época da fruição do benefício ProInd, Probahia, possuía o direito aos créditos inerentes aos recolhimentos apurados no período de setembro de 2002 a dezembro de 2004, no montante de R\$863.376,92, valor histórico, somado ao período de janeiro de 2005 a maio 2006 no montante de R\$1.038.817,10, valor histórico, perfazendo um total de R\$1.902.194,02. Entretanto, como condição de admissibilidade para migração do benefício teve que renunciar a todo o crédito que fazia jus, acreditando que o novo incentivo lhe seria outorgado de forma análoga ao que anteriormente fruía, de modo a viabilizar os projetos de desenvolvimento do seu parque produtivo e manter a sua atividade empresarial no Estado. Ao seu turno, o montante acumulado de crédito decorrente do ProInd seria utilizado como base para o novo programa denominado DESENVOLVE, em percentual de incentivo e prazo de utilização.

Diz ainda o defendente, que ao ser publicada a Resolução nº 047/2006 ia de encontro com tudo o que fora acordado, pois além de não possuir efeito retroativo, de forma arbitrária, estabeleceu um piso mínimo no valor de R\$44.957,84. Percentual mínimo de recolhimento que resultava em

valores em muito superiores a 10% do montante apurado. Ou seja, o montante efetivamente diferido seria sempre menor do que 90% do ICMS apurado. Diante do ocorrido, frisa que solicitou e protocolou perante a SEFAZ pedido de regularização da Resolução 047/2006. Observa então que o transcurso de quase 04 anos entre a solicitação da impugnante até a decisão final – que ainda fora desfavorável aos seus interesses – é algo absolutamente injustificado e conflitante com o princípio da Oficialidade. Ainda, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu, como garantia fundamental, a razoável duração dos processos, tanto na esfera judicial quanto administrativa. Aduz que a denúncia espontânea denota a boa fé da impugnante que não se manteve simplesmente impontual no que toca à parcela não incentivada.

Entendo que os argumentos trazidos pela defesa não são capazes de elidir a autuação, pois os autuantes procederam em conformidade com legislação em vigor, em especial a Instrução Normativa n. 27/09, refazendo a apuração do ICMS referente ao exercício de 2009, apurando-se o ICMS devido nas Operações Próprias – incentivadas, uma vez verificada a falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, fato posteriormente confirmado pela Denúncia Espontânea n. 600000083103, de 14/01/2010, folha 248 dos autos, calculando o ICMS devido – abatendo-se o ICMS recolhido a menor, extrato da arrecadação 2009/2010 – código de Receita 0806 – folhas 20 a 25 dos autos, e os valores da Denúncia Espontânea de 14/01/2010. Tudo conforme determina o art. 18, do Dec. 8205/02. Infringiu ainda os art. 11, 116, 124, I, do Dec. 6284/97.

Saliento que, para embasar a autuação, os autuantes acostaram aos autos e entregou cópia ao contribuinte os seguintes Levantamentos Fiscais:

- a) *Demonstrativo da Atualização da Parcela Fixa, elaborado a partir da variação do IGP-M (dados constantes do site www.portalbrasil.net/igpm.htm) - veja folhas 240 a 241.*
- b) *Levantamento Fiscal – Créditos Fiscais não Vinculados ao Projeto Aprovado (veja folha 245 deste processo).*
- c) *Levantamento Fiscal – Débitos Fiscais não Vinculados ao Projeto Aprovado (veja folhas 242 a 244).*
- d) *Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS DESENVOLVE (veja folhas 238 e 239), referente a 2009, todos os Levantamentos elaborados conforme determina a Instrução Normativa n. 27/2009.*

Ainda em anexo, extrato da arrecadação 2007, 2008, 2009 e 2010 (veja folhas 16 a 25).

Também anexados cópia do LREntradas, Saídas e Apuração do ICMS, referentes a 2009 (respectivamente folhas 486 a 772, folhas 287 a 485 e 249 a 286), e do Acórdão JJF n. 0336-05/11 (veja folhas 83 a 99) da 5ª. Junta de Julgamento Fiscal e Parecer Getri n. 15.307/10 e 8.873/10 (veja folhas 80 a 82).

Assim, a infração 09 fica mantida.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor de R\$883.575,71, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE	13.029,95
2	PROCEDENTE EM PARTE	274,66
3	PROCEDENTE EM PARTE	316,59
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROCEDENTE	16.464,56
6	PROCEDENTE	4.899,60
7	PROCEDENTE	462,00
8	PROCEDENTE EM PARTE	13,88
9	PROCEDENTE	848.114,47
TOTAL		883.575,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0014/12-3, lavrado contra **IPC NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$883.575,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$883.561,83, e de 150% sobre R\$13,88, prevista no art. 42, II, “a”, “e”, “f” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR