

A. I. Nº - 269132.0001/12-4
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.03.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-05/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 4. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Recalculado o imposto devido com o acolhimento parcial dos argumentos defensivos. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado pelo autuado que não foi computada a parcela do Fazcultura e não cabia aplicação do teto mínimo. Reduzida a exigência. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$673.122,32 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 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. ICMS com valor de R\$43.998,60. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS com valor de R\$701,93. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre o valor recolhido e o lançado no livro Registro de Apuração de ICMS. O ICMS com valor de R\$6.127,21. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia. O ICMS com valor de R\$176.788,82. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS com valor de R\$445.505,76. Multa de 60%.

A defesa argumenta, às fls. 156 e 166, preliminarmente, que ao discorrer da leitura do Anexo VI alegando o cerceamento ao direito de defesa ficando caracterizada pela falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo e invoca a Sumula nº 1, do CONSEF, que assim resume as reiteradas decisões daquela corte.

“SÚMULA CONSEF Nº 01

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.
FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO**

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo

Sendo assim, requer a declaração de nulidade do auto e acolhimento da preliminar suscitada por ser questão de justiça.

Inicialmente, aduz que o prazo decadencial tem início a partir do momento em que o direito a que se refere já pode ser exercitado. “Só existe o crédito tributário quando o acertamento é feito pela autoridade administrativa” Portanto, o lançamento constitui o crédito tributário.

Entende que no caso do ICMS o pagamento do tributo é antecipado. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Salienta que o Auto de Infração se refere a lançamentos fulminados pela decadência visto que tendo sido lavrado em 31.05.2012 as imputações referentes ao período compreendido entre 30/01/2007 a 30/04/2007 decaíram. Portanto, no período apontado, pode observar de forma clara que o Estado decaiu em seu direito de constituir o crédito tributário com fundamento no art. 150, §4º, do CTN.

Alude que, em face do princípio da eventualidade e caso este órgão não acolha as preliminares suscitadas, passa a discorrer sobre o mérito.

Em relação à infração 1, aduz consistir o demonstrativo Anexo I de diversas notas fiscais relativas a entradas de mercadorias, que não se referem a aquisições para uso/consumo e, consequentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas.

Isto posto, afirma a empresa impugnante, apresentar novos cálculos expurgando os valores indevidos onde informa, outrossim, na coluna “Descrição do Produto” o motivo da exclusão. Saliente-se que os documentos comprobatórios foram anexados a presente peça de defesa tornando irrefutável a argumentação defensiva.

No que alude à infração 02, assinala que a diferença imputada decorre da inclusão indevida no demonstrativo Anexo II, das notas fiscais identificadas no demonstrativo, que não se referem à aquisição interestadual de mercadorias para comercialização.

Assegura que o fato gerador para a exigência do tributo seria aquisição interestadual de mercadorias para comercialização, entretanto os documentos fiscais listados na tabela abaixo referem-se a outro tipo de operação que não se enquadra nesta definição. Complementa que, conforme tabela abaixo transcrita esta infração subsiste apenas no valor de R\$17,00 (dezessete reais) tão somente porque a Nota Fiscal nº 15968 não foi localizada na contabilidade da empresa dificultando a avaliação de seu conteúdo e sua impertinência face ao caso em tela.

MÊS/ANO	Nº NF	CNPJ EMITENTE	V. PROD.	V. COBRADO	NOTAS
01/07	289298	02292656/0002-31	3.800,00	380,00	A. Imobilizado
03/07	71414	61074506/0001-30	1.481,04	148,10	R. Vasilhame
03/07	71754	61074506/0001-30	261,36	26,14	R. Vasilhame
03/07	71756	61074506/0001-30	130,68	13,07	R. Vasilhame
03/07	71758	61074506/0001-30	348,48	34,85	R. Vasilhame
03/07	71760	61074506/0001-30	479,16	47,92	R. Vasilhame
04/07	94430	61074506/0001-30	348,48	34,85	R. Vasilhame
08/07	15968	12303616/0004-63	340,00	17,00	D. não localizado

Consigna que a infração 3 foi irregularmente imposta, pois tem como referência o recolhimento a menor do ICMS relativo à comercialização de refeições. Contudo, a empresa impugnante não comercializa este tipo de mercadoria nem tampouco esta ocupação faz parte da atividade econômica descrita em seus estatutos constitutivos.

Afirma que, da leitura do Auto de infração em tela assim como de seus anexos especialmente o enunciado do demonstrativo Anexo III, pode-se depreender que a aludida infração se reporta a falta de recolhimento do ICMS deferido, relativamente à aquisição de refeições para os seus empregados.

Ademais, ressalta que a infração também não merece acolhida porque, novamente, a diferença imputada ao autuado decorre da inclusão indevida no demonstrativo Anexo III de notas fiscais, que não se referem à aquisição de refeição sujeita ao deferimento do imposto, conforme abaixo se discrimina:

MÊS/ANO	Nº NFs	CNPJ EMITENTE	V. COBRADO	NOTAS
02/07	2647	08100974/0001-59	229,90	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/07	2650	08100974/0001-59	23,41	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/07	2960	08100974/0001-59	234,90	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/07	3161	08100974/0001-59	40,04	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/07	3427	08100974/0001-59	207,90	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/07	3422	08100974/0001-59	20,41	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/07	3484	08100974/0001-59	40,07	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
07/07	4536	08100974/0001-59	227,53	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
07/07	4537	08100974/0001-59	26,53	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
10/07	5737	08100974/0001-59	25,79	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
11/07	6526	08100974/0001-59	335,50	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
11/07	6522	08100974/0001-59	35,91	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
11/07	202269	15178551/0002-06	98,20	Aquisição Panetone – Obras Ass Irmã Dulce
03/08	5816	00658059/0001-71	78,77	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/08	5817	00658059/0001-71	201,71	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/08	5818	00658059/0001-71	91,66	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/08	5819	00658059/0001-71	28,67	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
03/08	5820	00658059/0001-71	9,37	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/08	6135	00658059/0001-71	71,93	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/08	6136	00658059/0001-71	24,87	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
04/08	6137	00658059/0001-71	8,50	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
05/08	3405	03315303/0001-28	396,14	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
08/08	7406	00658059/0001-71	328,52	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
08/08	7407	00658059/0001-71	97,79	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
08/08	7410	00658059/0001-71	30,96	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
08/08	7411	00658059/0001-71	9,22	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
09/08	14782	09278910/0001-05	423,36	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
09/08	14822	09278910/0001-05	43,68	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial
12/08	8963	00658059/0001-71	386,12	Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial

Frisa, ainda, que a aquisição de gêneros alimentícios não se enquadra na hipótese de deferimento prevista no art. 343, Inc XVIII do RICMS vigente a época dos fatos.

Argumenta, ainda, quanto aos demais valores cobrados em relação ao CNPJ 02.195.552/0001-28, as Notas Fiscais foram emitidas pela empresa Luzia Almeida Leal, fornecedora de alimentação, nos meses e valores abaixo indicados, contudo a exação está fulminada pela Decadência.

MÊS/ANO	Nº NFs	V. COBRADO
02/07	19	258,12
03/07	22	599,94
03/07	24	868,32
04/07	28	683,46

Salienta que referente à infração 4, quanto ao cálculo do valor dilatado do Desenvolve a empresa autuada concorda com os demonstrativos elaborados pelos auditores fiscais, exceto em relação ao lançamento relativo ao mês de FEVEREIRO/2007 visto que não foi abatido do saldo devedor apurado o valor de R\$7.200,00 relativo ao programa Fazcultura.

Portanto, entende que feito este ajuste, o valor a recolher neste mês é de R\$20.917,51. – Em Anexo cópia do Registro de Apuração comprovando o lançamento.

Aduz, em relação à infração 5, que este lançamento está fulminado pela decadência conforme

argüido em preliminar de mérito. Afirma que a acusação é de venda para micro e pequenas empresas, com a aplicação da alíquota de 7% ao invés de 17%, conforme faculta o Artigo 51, I, “c”, do RICMS vigente à época dos fatos, sem o cumprimento da exigência prevista no § 1º, deste mesmo artigo, que abaixo transcrevemos:

Art. 51,

...
§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

...
II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Argumenta que a autuação refere-se aos exercícios de 2007 e 2008, contudo, os demonstrativos Anexos VI-A, B e C, elaborados pelos autuantes, estão em desconformidade com a regra, são nulos de pleno direito visto que não contém elementos suficientes para demonstrar com segurança a motivação da infração em tela configurando um verdadeiro cerceamento de defesa.

Argüí que os aludidos anexos não se prestam ao caso em concreto, visto que ao compulsar, por amostragem (face ao grande volume de notas fiscais), as notas fiscais de venda da autuada, pode-se depreender que o seu *modus operandi* está totalmente em conformidade com as exigências contidas no dispositivo legal acima transcrito.

Destaca que as notas fiscais colacionadas (retiradas aleatoriamente de três períodos de apuração de cada um dos exercícios), o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%, ficando o valor total pelo preço líquido, conforme demonstrado em planilha anexa que comprova numericamente a concessão dos descontos. Diante dos fatos e documentos apresentados, entende restar patenteado que nada subsiste nesta infração.

Consigna que embora não esteja claro, que os autuantes estão questionando os preços praticados pela autuada, entretanto é de conhecimento público e notório que a forma de pagamento, o volume do pedido, o prazo de entrega entre outros fatores interferem na determinação do preço que é fruto de negociação entre as partes envolvidas.

Entende que, em um país, de livre economia de mercado e de livre negociação não se pode fazer vinculações de preços. Nestes termos afirma não merecer acolhida a presente infração.

Conclui, pedindo a improcedência parcial do Auto de Infração considerando as exclusões comprovadas indevidas nesta defesa.

O autuante, às fls. 367 a 373, apresenta a informação fiscal, aduzindo, (infração 5) quanto à alegação do sujeito passivo de cerceamento de direito de defesa por “falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo” “quando da leitura do Anexo VI”, destaca que, ao mencionar “Anexo VI”, inexistente no processo, a autuada esteja se referindo aos Anexos “VI-A” e “VI-B”.

Alude que os referidos Anexos VI-A e VI-B foram elaborados com criterioso cuidado didático, conforme detalhadamente explicado em cada cabeçalho de coluna. A base de cálculo é o valor da operação, não havendo lugar para dúvida. A razão da infração foi à aplicação de alíquota incorreta (de 7%) para valores excedentes aos que fazem jus a tal benefício. O que pode sim causar espécie à autuada, mas sobremaneira familiar para os julgadores, é que o sistema de lavratura de Auto de Infração – Seai, exige que informemos apenas o valor de ICMS devido a cada período, além da alíquota aplicável, e o mesmo calcula a base de cálculo “*de trás para frente*”, informando-a no demonstrativo principal do auto de infração.

Argumenta que em sua defesa, a Autuada, ao analisar as infrações que constituem o presente

Auto de Infração, alegou decadência do direito de o Fisco Estadual constituir crédito tributário relativo ao período de 31/01/2007 a 30/04/2007, com base no CTN – Código Tributário Nacional, Artigo 173 (lançamento de Ofício) e Artigo 150, parágrafo 4º (Por Homologação). Argumenta que o preceito legal desse mesmo diploma legal que se aplica aos prazos de decadência para a Fazenda Pública Estadual é o artigo 173, inciso I que compõe a Seção IV – Demais modalidades de extinção – do Capítulo IV – Extinção do crédito tributário.

Desta forma, salienta que todos os débitos das infrações cujas datas de ocorrência estiverem compreendidas entre os meses de agosto a novembro de 2006 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes, portanto procedentes.

No que tange as infrações 1, 2 e 3, alinha que a autuada, ao apresentar as informações via Sintegra referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como Consumo Diversos, Material de Escritório no caso do Uso/Consumo, Produtos Terceirizados para a Antecipação Parcial, e Gêneros Alimentícios para Diferido Alimentação. Ao solicitar uma amostragem dos documentos fiscais em questão, não foram detectadas as notas apresentadas pela impugnante na defesa, o que fez crer que todos os documentos faziam parte das respectivas operações. Entretanto, diante dos demonstrativos apresentados e cópias das notas fiscais pela autuada, acatou os valores apresentados como devidos, que a seguir transcreve:

Infração 01 - 08/2008 o valor de R\$886,49
Infração 02 - 08/2007 o valor de R\$17,00
Infração 03 - 02/2007 o valor de R\$258,12
- 03/2007 o valor de R\$1.468,26
- 04/2007 o valor de R\$683,46.

Quanto à infração 4, argumenta que a impugnante reconhece os valores reclamados relativos aos meses de 10/2008 e 12/2008, quanto ao mês de Fev/2007, questiona parcialmente, onde reconhece somente o valor de R\$20.917,51 e alega que o restante R\$7.200,00 corresponde ao programa Fazcultura.

Afirma o autuante que realmente não foi computada a parcela do Fazcultura, portanto concorda com a argumentação apresentada. Ficando como valores já reconhecidos pela autuada, que a seguir transcreve como sendo:

02/2007 - o valor de R\$ 20.917,51
10/2008 – o valor de R\$ 6.748,34
12/2008 – o valor de R\$ 141.922,97.

Aduz que a infração 5 foi caracterizada pelo uso da alíquota de 7% quando a condição imposta pelo RICMS (a de repassar o benefício resultante para o cliente na forma de desconto) não foi respeitada.

Entende que, na omissão de orientação de procedimentos no dispositivo normativo, o benefício (da aplicação da alíquota de 7%) foi reconhecido pelos autuantes até os valores em que os clientes poderiam ter sido contemplados com o desconto de 10% sobre o preço normal praticado. Considerando que a autuada preferiu não conceder o desconto aos ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte (às vezes, vendendo ainda mais caro para tais clientes do que vendeu para contribuintes normais no mesmo dia – conforme comprovado no Anexo VI-C), então, somente o excedente aos valores pretendidos pelo RICMS (ou seja, preço normal praticado com o abatimento de 10%) é que foram considerados no cálculo para serem tributados à alíquota de 17%, sem se esquecer de conceder o crédito dos 7% já tributados, restando apenas complementar em 10% a alíquota que foi erroneamente aplicada a esses excedentes. Esse foi o cálculo feito.

Alude que, em relação à infração 5, o impugnante afirma que os demonstrativos da infração são nulos de pleno direito, mas tal alegação foi matéria das preliminares, já categoricamente combatida. Em seguida, afirma que “os aludidos anexos não se prestam ao caso concreto” por

pensar, equivocadamente, que os demonstrativos se basearam em amostragem. Frisa que a totalidade das operações praticadas pela autuada a cada ano foi considerada no cálculo, de modo a se evitarem os erros e aproximações inerentes aos trabalhos por amostragem. Portanto, não se usou amostragem no levantamento.

Na sequência, entende que a autuada informa que “*o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%*”, e que “*resta patenteado que nada subsiste nesta infração*”.

Afirmam os autuantes, que sempre reconheceram a aplicação de tal desconto sobre o preço unitário da nota, esclarecem, contudo que a autuada habitualmente majora bastante o preço unitário da mercadoria quando da venda para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte de modo que, mesmo aplicando o desconto alegado, ainda acaba vendendo para estes (que deveriam ser os verdadeiros contemplados pelo benefício) por um preço ainda maior do que vende, no mesmo dia, para contribuintes enquadrados na condição “Normal”. Para evidenciar a fraude na fruição do benefício, analisa alguns casos concretos já documentados na peça inicial (Anexo VI-C):

CASO 1: no dia 09-01-2007, o produto PHYSICAL D33 BORDADO 1,280x1,880x0,1700 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 68195843 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$160,34 (vide fl. 121 do processo). No mesmo dia (vide fl. 120 do processo), para vender à microempresa I.E. 58913491 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$187,95, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço final para 3 unidades do produto ficou em R\$503,22, ou seja, a autuada cobrou do contribuinte de menor capacidade econômica o preço unitário final de R\$503,22 ÷ 3 = R\$167,74.

CASO 2: no dia 25-05-2007, o produto PRO SAUDE D45 C/PILLOW 1,580x 1,980x 0,0200 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 54874895 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$575,94 (vide fl. 127 do processo). No mesmo dia (vide fl. 128 do processo), para vender à microempresa I.E. 68207541 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$659,87, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$588,92.

CASO 3: no dia 24-05-2008, o produto LIGHT 45 1,380x 1,880x 0,2000 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 52897928 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$233,00 (vide fl. 139 do processo). No mesmo dia (vide fl. 138 do processo), para vender à microempresa I.E. 73386501 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tão escandalosamente o preço unitário, fixando-o em R\$319,15, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$284,83.

Então questiona: “*onde está o real desconto exigido pela legislação para a fruição do benefício?*”

Mais adiante, assegura que a autuada acusa a Fiscalização de estar “questionando os preços praticados pela autuada”, e acrescenta que “*vivemos num país de livre economia de mercado e de livre negociação*”, concluindo que “*não merece acolhida a presente infração*”.

Informam os autuantes que consideram legal e constitucional o livre arbítrio da autuada na determinação do preço pelo qual ela faz vendas a quaisquer de seus clientes. Se a autuada opta por vender para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte por valores superiores aos praticados nas vendas para contribuintes normais, ela tem todo o direito de fazê-lo, e a Fiscalização nunca poderá questionar tal ato volitivo. Só o que precisa ficar muito claro no presente processo é que, se ela opta em não repassar um desconto real ao contribuinte de menor capacidade econômica, ela não está satisfazendo a condição legal imposta para fruição do benefício (conforme caput e inciso II do parágrafo 1º do artigo 51 do RICMS), devendo, nesse caso, utilizar-se da alíquota regulamentar de 17%, o que não fez, incorrendo em infração à legislação.

Por fim, pede que o processo seja julgado Procedente em Parte, por terem os autuantes acatado parcialmente as argumentações apresentadas pela autuada referente às infrações 1, 2, 3 e 4, com manutenção na íntegra da infração 5 do presente processo fiscal.

O autuado, às fls. 378 a 381 dos autos, volta a se manifestar afirmando que o autuante não consegue elidir a preliminar de nulidade, bem como a de decadência.

Sobre a infração 1, alude que o autuante reconhece a argüição da defesa, assim como a infração 2, bem como a infração 3, reduzindo os valores respectivamente para R\$886,49, no mês 08/2008; R\$17,00, mês 08/2007, bem como a infração 3, nos valores acatados.

Sobre a infração 4 alude que foram reconhecidos erros a serem abatidos na apuração da competência 02.2007, bem como novos documentos colhidos na contabilidade da autuada não foram incluídos na defesa. Alude que foram apresentados documentos importantes que provam serem indevidos os valores cobrados.

No que alude a infração 5, discorda o autuante quanto a sua metodologia de argüir por amostragem. Reafirma que cumpriu a legislação com a concessão do desconto. Entende que as microempresas adquirentes não adquirem em quantidades suficientes para a redução do preço.

Registra que, na assentada do julgamento, em sua sustentação oral, o representante legal do sujeito passivo, solicita e protocola documentos fiscais através dos quais pretende demonstrar a improcedência da infração 4, tendo em vista erro na apuração imposto devido através DESENVOLVE.

Nas fls. 385/394, consta Acórdão JJF nº 0298-02/12, no qual fora julgado o presente processo pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$618.407,91.

Nas fls. 408/419, consta a interposição do Recurso Voluntário, no qual o contribuinte alega preliminares de nulidade (cerceamento de defesa) e as questões de mérito do Auto de Infração. E nas fls. 453/454, consta Parecer da PGE/PROFIS, no qual a procuradora opina pela nulidade da Decisão recorrida.

Já na 2ª Instância, através da 3ª CJF, à qual foi submetido o presente processo, confirma o opinativo da PGE/PROFIS - Nula a Decisão recorrida, no intuito de devolver os autos à Primeira Instância para novo julgado devido à "*atender aos princípios da verdade material, do informalismo e da ampla defesa, dentre outros princípios ali tratados. Entendimento contido no Parecer de fls. 453 e 454, previsto no art. 123, do RPAF/99, não deve se sobrepujar aos princípios norteadores do processo administrativo fiscal, especialmente aos princípios da ampla defesa e da verdade material*".

Conclui a 3ª CJF pela Nulidade da decisão do Acórdão 2ª JJF nº 0298-02/12 para que sejam analisados os documentos apresentados na assentada do julgamento acima referido.

Após retornar a primeira instância, o relator converte, à fl. 477, os autos em diligência à INFRAZ de origem com o objetivo de que o autuante examine os documentos, acostados nas fls. 423/447 do Recurso Voluntário e que apresente nova informação fiscal sobre o assunto que o mesmo elide a exigência tributária em lume. Cientificar o autuado e reabrir o prazo de defesa em 30 (trinta) dias para sua manifestação, caso haja os argumentos defensivos, elabore nova informação com base nos novos resultados abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, conforme o disposto do art. 127, §6º do RPAF/99.

Os autuantes apresentam a diligência solicitada, à fl. 480, alinhando que, quanto à infração 04, o impugnante reconhece as ocorrências dos meses de 10/2008 e 12/2008, no entanto após o julgamento, contesta alegando que a dedução do valor do piso, inexiste para efeito de cálculo da parcela dilatada e apresenta resoluções com textos onde não expressa em nenhum momento a inexistência da parcela em lide. Portanto, entende que não há o que se considerar quanto às alegações apresentadas haja vista não existir nada de novo comprobatório capaz de alterar os valores já apurados durante a realização dos trabalhos de fiscalização concluídos pelos autuantes.

No que pertine à infração 5, reafirma o que fora exposto na informação fiscal, fls. 368/373, tendo em vista que o autuado não tenha apresentado nada de novo.

Conclui que se mantenha o resultado expedido pela 2ª JJF - ACÓRDÃO JJF Nº 0298-02/12 -

Procedente em Parte.

Nas fls. 482/483, consta o pedido de aditamento da impugnação do contribuinte e anexa aos autos a decisão da 3^a CJF número 0468-13/13, que contempla a decisão sobre o Benefício do Desenvolve, acolhendo a argüição do autuado relativo a não utilização do teto para cálculo do aludido benefício.

Consta à fl. 499, Termo de Confissão de Dívida no valor de R\$3.313,33.

Nas fls. 509/512, a representante apresenta nova defesa, inicialmente, pondera que o artigo 127 do RPAF/99, em seu § 6º, alinha que a informação fiscal deve ser prestada sobre a defesa, abordando todos os seus aspectos com clareza e precisão.

Diz que a peça analisada pelo órgão julgador está desprovida das exigências básicas constantes do dispositivo anteriormente citado, é superficial, sequer aborda todos os temas levantados pela defesa e portanto, em nada contribui para o deslinde do caso em concreto razão pela qual a autuada aproveita o ensejo para refutá-la com veemência.

Assinala que na reabertura de prazo para defesa a empresa impugnante, com espeque no princípio da informalidade do processo administrativo assim como face aos princípios da celeridade e economia processual, requer que todos os documentos e demonstrativos de cálculo já acostados pelo autuado integrem a presente defesa, inclusive aqueles colacionados em sede de instância superior, assim como reitera os argumentos de mérito apresentados no recurso voluntário que passam a compor a presente peça contestatória.

No mérito da infração 4, pontua que o equívoco nos cálculos feitos pelo fisco refere-se à dedução do valor do piso inexistente para cálculo da parcela dilatada no caso em concreto. Salienta que com a transferência do incentivo, pela incorporação, a autuada passou a utilizar o benefício fiscal de acordo com a Resolução nº 090/2005 conforme autorizado mediante publicação no DOE. Desta forma, o valor cobrado é indevido razão pela qual a autuada apresentou novo demonstrativo com retificação das falhas, tudo, conforme cálculos apresentados na oportunidade do recurso voluntário.

Quanto à quinta infração, que versa sobre recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, os debates são de cunho legal. Salienta que o artigo 51 do RICMS/97, e seu § 1º, II, traz as condições para que a tributação seja feita com a aplicação de uma alíquota menor. Em nenhum momento a legislação determina regras para a prática de preços, como condição para a validade do benefício. Ressalte-se que os descontos foram consignados nas notas fiscais conforme se comprovou por meio da amostragem apresentada pelo autuado.

Ademais, assevera que os Auditores Fiscais, no que tange esta infração, desenvolveram cálculos que se revelam de forma incontestável um verdadeiro arbitramento sem amparo legal. O próprio artigo 937, invocado na autuação, não prevê tal forma de arbitramento o que aniquila o lançamento por flagrante desobediência ao devido processo legal. Portanto, a autuada pugna pela sua improcedência.

Repete, novamente, que o já citado Artigo 937 do RICMS/97 proíbe o arbitramento quando não forem demonstradas as ocorrências de sonegação e a impossibilidade de determinação da base de cálculo por outro método.

Em tempo, para ilustrar e reforçar as alegações defensivas a autuada anexa inteiro teor de precedente do Acórdão CJF Nº 0468-13/13 que versa sobre a mesma matéria. Reitera os demais argumentos apresentados à impugnação e requer a improcedência do auto de infração em tela especialmente quanto as infrações 4 e 5 já que quanto às demais infrações a empresa impugnante acatou a decisão inicial de primeira instância tendo inclusive efetuado o pagamento por oportunidade do REFIS-ESTADUAL, fl. 499, tudo, por ser questão de justiça.

Em nova informação fiscal, 526/527, os autuantes informam, que em atendimento ao quanto deliberado pela 5^a JJF, conforme fl. 477 do presente processo o seguinte:

1. Após apreciação dos documentos acostados às fls. 423 a 447, foi prestada informação fiscal à folha 480, pugnando pela manutenção da decisão da 2ª JJF em seu acórdão 0298-02/12. Com isso, reabriu-se prazo de 30 (trinta) dias para nova defesa por parte da autuada;
2. Intimada da informação fiscal acima referida, a autuada apresentou nova peça de defesa, fls. 509 a 512, sem apresentar nenhuma nova tese ou alegação de fato sobre os quais já não tenha havido manifestação em momentos pregressos do presente processo.
3. Assim sendo, reiteramos o quanto já argumentado tanto na informação original (fls. 368 a 373) como na última informação prestada (fl. 480), em atendimento à deliberação assentada à fl. 477.

Requer ao Conselho de Fazenda que o auto de infração em discussão seja julgado Procedente em Parte, por ter acatado parcialmente as argumentações apresentadas referentes às infrações 1, 2, 3 e 4, com manutenção, na íntegra, da infração 5, tudo conforme detalhado em peça às fls. 368 a 373.

Assegura que, na presente informação fiscal, não foram aduzidos fatos novos nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos.

Nas fls. 531/532, consta extrato de pagamento do SIGAT referente às infrações 1, 2 e 3, no qual o autuado reconhece a redução proferida pela fiscalização.

Na fl. 534, o relator, novamente, converte os autos em diligência, à ASTEC/CONSEF, no sentido de se verificar na infração 4, a alegação "*de que houve equívoco nos cálculos feitos pelo fisco relativos a dedução do valor do piso inexistente para cálculo da parcela dilatada do DESENVOLVE, bem como após a incorporação passou a utilizar o benefício com base na Resolução nº 090/2005, apresentando decisão da 3ª CJF ACÓRDÃO N° 0468-13/13, às fls. 484 à 494 nesse sentido, que não contempla a dedução do aludido piso*", no qual "*deliberou o encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que se recalcule o benefício sem considerar o disposto no art. 2º da Resolução nº 66/2005, à fls. 412 dos autos, ou seja, eliminando a parcela fixa nele prevista*".

Após deliberada a solicitação pede que seja científica as partes, no caso, do autuado reabrir o prazo de defesa (30 dias) e que o autuante elabore nova informação com os novos resultados.

No Parecer da ASTEC nº 079/2014, o diligente estranho ao feito iniciou os trabalhos e constatou que os elementos integrantes do presente processo (demonstrativos, planilhas, documentos, etc.), são suficientes para manifestar quanto ao cumprimento da diligência solicitada, no qual pede pelo recálculo do benefício fiscal do DESENVOLVE, objeto da infração 4, sem considerar o disposto no art. 2º da Resolução nº 66/2005, que descreve: "*Art. 2º Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, em o que exceder a R\$183.830,22 (cento e oitenta e três mil, oitocentos e trinta reais e vinte e dois centavos), corrigido este valor a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M*".

Afirma que reconstituiu o demonstrativo que fundamenta a infração 4, na forma da Planilha de Cálculo à fl. 539, mais especificamente em relação às datas de ocorrências 30/09/2008 e 30/12/2008 acostada às fls. 80/81 dos autos, agora sem considerar a parcela fixa prevista no art. 2º da Resolução nº 66/2005, observa-se que não há ICMS Normal devido para as datas de ocorrências em destaque. Sendo assim, disse que a análise do demonstrativo reconstituído da citada infração, na forma da Planilha de Cálculo à fl. 539, indica que resta devido o valor de R\$20.917,51 para a ocorrência de 28/02/2007, acatado pelas partes na forma dos termos da Informação Fiscal à fl. 371 dos autos.

Conclui que à luz do solicitado pelo Sr. Relator à fl. 534 dos autos, o demonstrativo de débito da infração 4, após refeito, resta assim constituído:

Dt. Ocorr	Dt. Venc.	Vlr Histótico
28/02/2007	09/03/2007	20.917,51
30/10/2008	09/11/2008	-
30/12/2008	09/01/2009	-

Pontua que em conformidade com despacho do Sr. Relator à fl. 534 dos autos, científica o

autuado do resultado da diligencia, informando a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos e, manifestando, destaca que deve ser dada ciência aos autuantes para que elaborem nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva. Consta na fl. 540, a ciência das partes (autuado e autuante) sobre o resultado da diligencia, sendo que o AR está na fl. 544 e a intimação na folha seguinte.

Na 3^a manifestação do contribuinte, fls. 549/554, salienta que acatou a informação fiscal e o Acórdão nº 0298-02/12 da 2^a Junta de Julgamento no que tange à infração 1- imputando o valor de R\$ 886,49, à infração 2 – imputando o valor de R\$ 17,00 e à infração 3 – imputando o valor de R\$ 2.409,84 o que torna as aludidas questões controversas. No que se refere à infração 4 acata os cálculos elaborados no Parecer ASTEC nº 079/2014.

Quanto à infração 5, reitera todas as peças de defesa, e espera seja declarada sua nulidade pelos fatos e fundamentos. Diz que a infração ora discutida versa sobre recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível.

Sustenta que o levantamento fiscal foi realizado apurando o valor total das vendas, a quantidade de unidades vendidas, encontrando-se o valor unitário. Tal postura se configura um verdadeiro arbitramento não previsto em lei. O levantamento fiscal deveria ter sido feito nota a nota apurando cada diferença em relação ao documento fiscal pertinente.

Frisa que o Artigo 937 do RICMS/97 proíbe o arbitramento quando não forem demonstradas a ocorrência de sonegação e a impossibilidade de determinação da base de cálculo por outro método.

Destaca que anexou aos autos amostragem de notas fiscais onde consta a aplicação do desconto de 10,75269%. Desta forma, no caso em concreto, o levantamento realizado torna insegura a apuração do valor exigido no presente PAF visto que a empresa comprovou a consignação e aplicação do aludido desconto em suas notas fiscais.

Colaciona precedente A-0055-03/03. Diz que assim, a nulidade dessa infração se torna imperiosa com base no art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA e, também, por jurisprudência deste órgão.

Requer a nulidade da presente infração por ser questão de justiça. Em face do princípio da eventualidade, caso remotamente esta junta não acolha a presente preliminar de nulidade e passa a discorrer sobre o mérito da infração 5.

Registra que o Artigo 51 do RICMS/97, e seu § 1º, II, traz de forma clara e taxativa as condições para que a tributação seja feita com a aplicação de uma alíquota menor. Afirma que em nenhum momento a legislação determina regras para a prática de preços como condição para a validade do benefício.

Reitera que as autoridades de fiscalização reconheceram na informação fiscal que a autuada cumpriu com a condição prevista na legislação para a concessão do desconto, portanto, nesta oportunidade os autuantes descharacterizaram a exação pois, esta deve ser pautada sob o aspecto estritamente legal.

Aduz que a fiscalização justifica que a imputação sob o frágil argumento de que, embora o desconto seja dado, é feito sobre um valor ainda maior que o das vendas efetuadas para contribuintes inscritos no regime normal e consideram que aí aconteceria a fraude.

Chama atenção da Junta de Julgamento em relação à acusação que não merecerá acolhida, pois está calcada em suposições não presentes na livre concorrência de mercado e se constitui num arbitramento de valores não previsto na legislação, no qual o Fisco afasta da matéria legal, para questionar fatos subjetivos atinentes a questões de aplicação das regras da negociação mercantil.

Ademais, afirma que os autuantes ao elaborarem seus cálculos para apurar valores supostamente devidos fixaram valor único para multiplicar pela quantidade comercializada. Tal cálculo revela

de forma contestável um verdadeiro arbitramento sem amparo legal. Observa, ainda, que no próprio artigo 937, não está prevista tal forma de arbitramento o que aniquila o lançamento por desobediência ao devido processo legal.

Pontua outro aspecto importante desta exação é que, as autoridades autuantes, querem que a política de preços da autuada seja uniforme sem considerar os quantitativos de aquisição, forma de pagamento e custos operacionais.

Aborda que é do conhecimento público e notório que sob a formação do preço são levados em consideração quantidade do pedido, logística de entrega e prazo de pagamento. Defende que uma empresa que compra 100 colchões certamente tem maior poder de negociação do que uma empresa que compra 2 ou 3 assim como o custo de logística da fornecedora será menor para a empresa que compra em maior quantidade.

Salienta que estes fatos independem de prova, é claro que o volume nas aquisições se reflete na barganha por redução de preços e que não cabe essa discussão quando o assunto é tributação e que as diferenças de preços são praticadas em decorrência do volume da compra e nada tem a ver com discriminação de porte do adquirente, sendo o mérito definido pelo volume e forma de pagamento.

Registra que para corroborar com o entendimento defendido pela empresa recorrente, anexou aos autos a tabela de preços – Comercial – N.: 052/D que é distribuída para os vendedores com o fim precípicio de demonstrar sua política de vendas que impõe prática diferenciada dependendo do montante negociado e prazo de pagamento.

Afirma que é indene de dúvidas que compras maiores alcançam sempre melhor condição de preço tanto pelo poder de barganhar o negócio como pela própria logística, razão da costumeira prática de mercado que inclui as centrais de compras constituídas de um conjunto de empresas que se unem para comprar com as mesmas vantagens das empresas que compram muito.

Salienta que a regra a ser observada é a condição literalmente descrita na legislação, que foi cumprida pela empresa autuada. O desconto foi registrado na nota e concedido, a condição foi cumprida, o lançamento é legalmente improcedente.

Repete que a lei determina a mera exigência do registro em nota fiscal do desconto concedido. Não há, portanto, imposição legal ou interferência governamental quanto à prática de preços. Impor mais do que isso seria inadequado, inoportuno e indevida intervenção nas operações comerciais da empresa que detém o livre arbítrio de negociar conforme estratégias e leis mercadológicas.

Por tudo exposto, roga por justiça com acolhimento da preliminar de nulidade ou, caso não seja este o entendimento da junta, requer a declaração da improcedência da Infração 5, tudo por força da análise dos fatos e unicamente em decorrência da norma legal pertinente ao caso em concreto ou, caso não seja este o entendimento da junta, pugna pela improcedência total da infração 5 pelos fatos e fundamentos expostos e por fim procedência parcial das infrações 1, 2, 3 e 4 observando os valores acatados pelo autuado. Requer que todos os documentos acostados às peças defensivas integrem o presente instrumento de defesa anexa, outrossim, precedentes deste órgão sobre o tema, amostragem de notas fiscais e Tabela Sugestão de preços – Comercial – N.:052/D.

Em nova manifestação dos autuantes, fl. 599, reafirmaram as argumentações nas informações das fls. 368 a 373, 480, 526 a 527 e da manifestação do autuado de fls. 549 a 597.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Consta na fl. 600, encaminhamento dos autos à ASTEC para conhecimento do resultado da diligência e dar prosseguimento ao trâmite processual.

Consta nas fls. 601/602, extratos do SIGAT referente às infrações reconhecidas (1, 2 e 3).

O presente Processo Administrativo já foi alvo de exame e Acórdão nº 029802/122ª da 2ª JJF, constante dos autos. A aludida decisão foi alvo de recurso voluntário e de ofício, culminando com o Acórdão da 3ª CJF nº 0377-13/13, que julgou nula a decisão de Primeira Instância, tendo em vista que não foram examinados, nessa instância, os documentos anexados aos autos na assentada do julgamento, visando comprovar a improcedência da infração 4.

Na fl. 628, a advogada do autuado teve vistas dos autos e, apensou cópia do Recurso Voluntário, fls. 630/636, no qual junta também julgados do CONSEF da mesma empresa ora recorrente. Já nas fls. 681/685, consta Parecer Jurídico da PGE/PROFIS opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário no qual alega que na análise do art. 51, se conclui que inexiste no texto qualquer condicionante ou delimitador do preço praticado pelo contribuinte, mas determina que seja explícito o desconto concedido ao adquirente. Também opina não poderia existir esta situação sob pena de ferir o princípio da livre concorrência e da legalidade estrita, pois em caso de evidência de simulação ou fraude, restaria à fiscalização a possibilidade da realização do arbitramento, conforme o art. 937 do RICMS, sendo que neste artigo, se observa que nenhum de seus dispositivos se aplicam ao caso vertente, pois o que se impõe no lançamento é uma declaração de valor em nota superior ao preço corrente. Na análise da procuradora assistente, a mesma acompanhou integralmente o parecer exarado nas fls. 681/685.

Na fl. 687, a advogada teve vistas dos autos e junta petição informando o novo endereço para a devida intimação: "Alameda Salvador, nº 1057, Edifício Salvador Business, Torre Europa, Salas 909/910, Caminho das Árvores, CEP: 41.820-790, Salvador-BA".

Já estando em Segunda Instância, fls. 692/698, o colegiado da 2ª CJF, através do Acórdão 0325.12/15, julgou os Recursos de Ofício e Voluntário "Prejudicados" para declarar Nula a decisão de piso (5ª JJF), deliberando o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Segue parte do voto constante do aludido acórdão 2ª CJF, número 0325-12/15, concluindo que não foram analisadas as infrações 1, 2 e 3, conforme:

(...)

Ora, em que pese o brilhantismo que é peculiar aos julgamentos proferidos pelo Nobre Relator de piso, e mesmo entendendo que tal conduta certamente foi adotada em razão de economia processual e fundada no princípio do informalismo, entendo que ao assim agir a decisão ora Recorrida restou inquinada de nulidade.

Certo é que, tendo o Acórdão n. 0298-02/12 sido julgado Nulo única e exclusivamente em razão da Infração 4, por consequência lógica não se esperaria uma decisão distinta que a já proferida pela JJF quanto às Infrações 1, 2 e 3. Entretanto, tal posicionamento teria que ser formalmente expresso no voto recorrido.

Tal fato decorre da consequência jurídica da decisão que declarou o Acórdão n. 0298-02/12 Nulo, através do qual a referida decisão deixar de ter existência e validade jurídica.

Não há no presente processo administrativo a possibilidade de declaração de nulidade parcial de uma Decisão, razão pela qual o Acórdão foi integralmente anulado.

Assim, não poderia o Nobre Colega Relator apenas citar a posição exarada quanto às Infrações 1, 2 e 3 em Acórdão que passou a ser inexistente no mundo jurídico.

Ademais, não seria concebível termos a coexistência de dois Acórdãos para o mesmo lançamento.

E sendo assim, entendo que a decisão recorrida restou ausente de fundamentação quanto às Infrações 1, 2, 3, razão pela qual, nos termos do inc. III do art. 18 do RPAF julgo a mesma Nula, devendo os autos retornarem para novo julgamento da JJF, apreciando todas as infrações e argumentos defensivos do presente lançamento.

Nas folhas seguintes, consta o procedimento processual de intimação das partes (autuado e representante do contribuinte). Verifica-se nas fls. 709/711, vistas da advogada do autuado, juntada de petição que requereu o retorno dos autos ao relator lotado na 5ª JJF, conforme o art. 136, §1º, III, do RPAF e que der remessa de caráter prioritário.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 5 infrações, já devidamente relatadas. O Processo Administrativo Fiscal, em lume, foi alvo de decisão da Primeira Instância,

Acórdão da 2ª JJF de número 0298-02/12, o qual fora julgado pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$618.407,91, cabendo a procedência parcial das infrações 1, 2, 3 e 4, bem como a procedência total da infração 5. A aludida decisão foi alvo de Recurso Voluntário e de ofício, culminando com o Acórdão da 3ª CJF nº 0377-13/13, que julgou nula a decisão de Primeira Instância, tendo em vista que não foram examinados, nessa instância, os documentos anexados aos autos na assentada do julgamento, visando comprovar a improcedência da infração 4.

Assim, a 5ª JJF, à fl. 477, almejando o exame dos documentos anexados pela autuada, encaminhou o processo a INFRAZ de Origem com o objetivo de o autuante examinar os documentos, acostados às fls. 423/447 no Recurso Voluntário e que apresentasse nova informação fiscal observando se os mesmos elidem a exigência tributária em lume.

Saneada a nulidade da decisão concernente a infração 04, foi julgado e proferido novo Acórdão da 5ª JJF número 24605/14, que, mais uma vez, foi anulado o aludido julgamento, conforme decisão constante do Acórdão da 2ª CJF número 032512/15, em razão dessa 5ª JJF não ter examinado as infrações 01, 02 e 03, conforme reprodução, a seguir, do respectivo voto da Câmara.

(...)

Ora, em que pese o brilhantismo que é peculiar aos julgamentos proferidos pelo Nobre Relator de piso, e mesmo entendendo que tal conduta certamente foi adotada em razão de economia processual e fundada no princípio do informalismo, entendo que ao assim agir a decisão ora Recorrida restou inquinada de nulidade.

Certo é que, tendo o Acórdão n. 0298-02/12 sido julgado Nulo única e exclusivamente em razão da Infração 4, por consequência lógica não se esperaria uma decisão distinta que a já proferida pela JJF quanto às Infrações 1, 2 e 3. Entretanto, tal posicionamento teria que ser formalmente expresso no voto recorrido.

Tal fato decorre da consequência jurídica da decisão que declarou o Acórdão n. 0298-02/12 Nulo, através do qual a referida decisão deixar de ter existência e validade jurídica.

Não há no presente processo administrativo a possibilidade de declaração de nulidade parcial de uma Decisão, razão pela qual o Acórdão foi integralmente anulado.

Assim, não poderia o Nobre Colega Relator apenas citar a posição exarada quanto às Infrações 1, 2 e 3 em Acórdão que passou a ser inexistente no mundo jurídico.

Ademais, não seria concebível termos a coexistência de dois Acórdãos para o mesmo lançamento.

E sendo assim, entendo que a decisão recorrida restou ausente de fundamentação quanto às Infrações 1, 2, 3, razão pela qual, nos termos do inc. III do art. 18 do RPAF julgo a mesma Nula, devendo os autos retornarem para novo julgamento da JJF, apreciando todas as infrações e argumentos defensivos do presente lançamento.

Estamos, no presente julgamento, reexaminando todas as infrações, cabendo observar, contudo, com a devida vênia, que as infrações 01, 02 e 03, especificamente apontadas como não apreciadas, bem como as infrações 04 e 05 formam efetivamente todas examinadas no Acórdão da 5ª JJF número 246-05/14, alvo da nulidade julgada pela Câmara.

A fundamentação e o exame das infrações 01, 02 e 03, constantes da decisão anulada, são os mesmos do voto, desse relator, produzido no primeiro Acórdão proferido pela 2ª JJF, às fls. 392 e 393 dos autos (alvo da nulidade por não terem sido examinados os documentos relativos à infração 04).

Segue parte do voto constante do Acórdão numero 246-05/14, alvo da presente nulidade, julgada pela Câmara em razão da falta de exame das infrações 01, 02 e 03:

Ficou confirmado que o autuado, ao apresentar as informações via Sintegra referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como Consumo Diversos, Material de Escritório no caso do Uso/Consumo, Produtos Terceirizados para a Antecipação Parcial, e Gêneros Alimentícios para Diferido Alimentação. Assim, diante dos demonstrativos e cópias das notas fiscais apresentados pelo autuado, os autuantes acertadamente acataram os valores indicados como devidos, com os quais concordamos, a seguir transcritos:

<i>Infração 01 -</i>	<i>ICMS</i>
08/2008	886,49
<i>Infração 02</i>	<i>ICMS</i>
08/2007	17,00

<i>Infração 03</i>	<i>ICMS</i>
02/2007	258,12
03/2007	1.468,26
04/2007	683,46
Total	2.409,84

Ressalto que, apesar da nulidade da decisão de piso, dessa JJF, ter sido por falta do exame das infrações 01, 02 e 03, é possível se verificar, conforme consta acima a reprodução do voto da decisão anulada, que as aludidas infrações foram efetivamente examinadas, inclusive com o mesmo teor constante do voto do primeiro Acórdão da 2ª JJF, também anulado relativo à outra questão (infração 04), à fl. 392 dos autos.

No caso em tela, as infrações que resultaram na nulidade, por não terem sido examinadas (infrações 01, 02 e 03), foram reconhecidas e pagos os créditos tributários remanescente, em espécie pelo impugnante, após os ajustes efetuados pelo autuante, em 28/11/2013, portanto, antes da decisão de primeira instância, alvo da presente nulidade, bem como dos recursos voluntário, que, acertadamente, não questiona a falta do exame das infrações 01, 02 e 03.

Em outro dizer, estamos mais uma vez, no presente voto, examinando as infrações 01, 02 e 03, que foram, conforme ficou demonstrado, analisadas e fundamentadas no voto cuja decisão foi anulada, infrações essas que tiveram os valores exigidos ajustados, reconhecidos pelo autuante, pelo impugnante e pela primeira instância e alvo e pagamento pelo sujeito passivo dos valores ajustados, antes mesmo da primeira decisão desse Contencioso Administrativo, portanto, antes dos recursos.

Cabe destacar, contudo, a importante e louvável preocupação do Relator da 2ª Câmara, em esquadrinhar o exame do acórdão, almejando evitar, em seu entendimento, uma nulidade que provavelmente poderia resultar em sucumbência para o Estado no âmbito judicial, ainda mais que o Novo Código de Processo Civil eleva sensivelmente tal ônus, além de oferecer a oportunidade de a primeira instância reexaminar a Infração 05, a luz dos documentos fiscais trazidos pela impugnante em seu recurso voluntário, arguidos na assentada do julgamento, visto que essa infração possui o valor histórico mais relevante do presente Auto de Infração (R\$445.505,76).

Diante de tais providências relativas ao reexame das infrações concernente a última decisão dessa JJF, bem como a análise dos documentos juntamente com a informação fiscal prestada pelo autuante, adiante examinados, alvo da primeira nulidade, considero supridas as nulidades das decisões de Primeira Instância.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias à sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências, fato ratificado pelas diversas informações fiscais prestadas pelo autuante e diligência fiscal oferecida pela ASTEC/CONSEF, que ajustaram os valores exigidos, de forma a haver concordância do autuado quanto aos valores remanescentes das infrações.

Verifico, quanto à alegação de decadência, que o impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a autuação deu-se em 31.05.2012, assim, os fatos geradores, relativos às exigências tributárias concernentes aos períodos de 31/01/2007 a 30/04/2007 foram alcançados pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia, à época dos fatos geradores, fixava prazo para homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, vigente à época dos fatos geradores, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Esse entendimento acompanha a jurisprudência desse CONSEF e da PGE/PROFIS, de que a revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. (Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2013 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2012, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2007.

Conforme consta do voto à fl. 619 dos autos, reitero a confirmação de que o autuado, ao apresentar as informações via SINTEGRA referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como Consumo Diversos, Material de Escritório no caso do Uso/Consumo, Produtos Terceirizados para a Antecipação Parcial, e Gêneros Alimentícios para Diferido Alimentação. Assim, diante dos demonstrativos e cópias das notas fiscais apresentadas pelo autuado, os autuantes acertadamente acataram os valores indicados como devidos, com os quais concordamos, a seguir transcritos:

Infração 1	ICMS
08/2008	886,49
Infração 2	ICMS
08/2007	17,00
Infração 3	ICMS
02/2007	258,12
03/2007	1.468,26
04/2007	683,46
Total	2.409,84

Quanto à infração 4, verifico que o sujeito passivo reconhece os valores reclamados relativos aos meses de 10/2008 e 12/2008, quanto ao mês de 02/2007, questiona parcialmente, onde reconhece somente o valor de R\$20.917,51 e alega que o restante R\$7.200,00 corresponde ao programa FAZCULTURA. O autuante reconhece, acertadamente, que não foi computada a parcela do FAZCULTURA e refez os cálculos.

A 5ª JJF, tendo em vista o Acórdão da 3ª CJF N°. 0468-13/13, às fls. 484 à 494, resolve converter os autos em diligência, à ASTEC/CONSEF, no sentido de se verificar, na infração 4, a alegação “*de que houve equívoco nos cálculos feitos pelo fisco relativo à dedução do valor do piso inexistente para cálculo da parcela dilatada do DESENOLVE, bem como após a incorporação passou a utilizar o benefício com base na Resolução nº 090/2000, à fl. 413 dos autos*”.

Diante da pertinência das alegações defensivas, ratificadas pela 3ª CJF, Acórdão nº 0468-13/13, às fls. 484 à 494, este relator, juntamente com os demais membros da 5ª JJF, deliberou pelo encaminhado do PAF à ASTEC/CONSEF, para que se recalculasse o benefício sem considerar o disposto no art. 2º da Resolução nº 66/2005, à fl. 412 dos autos, ou seja, eliminando a parcela fixa nele prevista.

O diligente reconstituiu o demonstrativo que fundamenta a infração 4, na forma da Planilha de Cálculo à fl. 539, mais especificamente em relação às datas de ocorrências 30/09/2008 e 30/12/2008 acostada às fls. 80/81 dos autos, agora sem considerar a parcela fixa prevista no art. 2º da Resolução nº 66/2005, concluindo que não há ICMS Normal devido para as datas de ocorrências em destaque. Sendo assim, disse que a análise do demonstrativo reconstituído da citada infração, na forma da Planilha de Cálculo à fl. 539, indica que resta devido o valor de R\$20.917,51 para a ocorrência de 28/02/2007, acatado pelas partes na forma dos termos da Informação Fiscal à fl. 371 dos autos.

Conclui, acertadamente o diligente, que o demonstrativo de débito da infração 4, após ser refeito, resta assim constituído:

Dt. Ocorr	Dt. Venc.	Vlr Histótico
28/02/2007	09/03/2007	20.917,51
30/10/2008	09/11/2008	-
30/12/2008	09/01/2009	-

Diante do acima exposto, cabe acolhimento ao resultado da diligência efetuada pela ASTEC/CONSEF, conforme solicitado por essa JJF, culminando pela Procedência Parcial da Infração 4.

Quanto à análise da infração 5, foi apurada tendo em vista que a aplicação do benefício fiscal da alíquota de apenas 7% para ambulantes, microempresas e empresa de pequeno porte, tem como condição o desconto de 10,7561%, sobre o preço normalmente praticado para as mercadorias. Ocorre que os autuantes verificaram que a autuada preferiu não conceder os aludidos descontos: (*às vezes, vendendo ainda mais caro para tais clientes do que vendeu para contribuintes normais no mesmo dia – conforme comprovado no Anexo VI-C, então, somente o excedente aos valores pretendidos pelo RICMS (ou seja, preço normal praticado com o abatimento de 10%) é que foram considerados no cálculo para serem tributados à alíquota de 17%, sem se esquecer de conceder o crédito dos 7% já tributados, restando apenas complementar em 10% a alíquota que foi erroneamente aplicada a esses excedentes. Esse foi o cálculo feito.*)

Quanto aos demonstrativos apresentados pelo autuante, conforme já aludido, estão claros, com a identificação de todos os elementos necessários para a compreensão dos cálculos efetuados. Os demonstrativos não se baseiam em amostragens, conforme alega o sujeito passivo e sim na totalidade das operações praticadas pela autuada, a cada ano, considerada no cálculo.

Não se está a discutir se o sujeito passivo coloca ou não na nota fiscal o desconto previsto de 10,7561%. A questão é se efetivamente o desconto está sendo repassado, ou seja, não adianta vender produto para os demais clientes que não tem o benefício da alíquota de 7%, com um determinado preço e quando da venda para aqueles que cabe aplicar o benefício, o sujeito passivo eleve o preço brutalmente de tal forma que anule o desconto previsto para esses, portanto, ficando o benefício com o estabelecimento vendedor ao invés de ser repassado para o micro empresário que carece de capital de giro para enfrentar a concorrência existente com maiores empresas.

Os autuantes esclarecem que: *a autuada habitualmente majora bastante o preço unitário da mercadoria quando da venda para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte de modo que, mesmo aplicando o desconto alegado, ainda acaba vendendo para estes (que deveriam ser os verdadeiros contemplados pelo benefício) por um preço ainda maior do que vende, no mesmo dia, para contribuintes enquadrados na condição “Normal”. Para evidenciar a fraude na fruição do benefício, analisaram alguns casos concretos já documentados na peça inicial (Anexo VI-C):*

CASO 1: no dia 09-01-2007, o produto PHYSICAL D33 BORDADO 1,280x1,880x0,1700 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 68195843 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$160,34 (vide fl. 121 do processo). No mesmo dia (vide fl. 120 do processo), para vender à microempresa I.E. 58913491 (usando

alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$187,95, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço final para 3 unidades do produto ficou em R\$503,22, ou seja, a autuada cobrou do contribuinte de menor capacidade econômica o preço unitário final de R\$503,22 ÷ 3 = R\$167,74.

CASO 2: no dia 25-05-2007, o produto PRO SAUDE D45 C/PILLOW 1,580x 1,980x 0,0200 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 54874895 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$575,94 (vide fl. 127 do processo). No mesmo dia (vide fl. 128 do processo), para vender à microempresa I.E. 68207541 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$659,87, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$588,92.

CASO 3: no dia 24-05-2008, o produto LIGHT 45 1,380x 1,880x 0,2000 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 52897928 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$233,00 (vide fl. 139 do processo). No mesmo dia (vide fl. 138 do processo), para vender à microempresa I.E. 73386501 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tão escandalosamente o preço unitário, fixando-o em R\$319,15, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$284,83.

Não se trata de questionar ou monitorar os preços praticados pela autuada ou violar a livre economia de mercado e de livre negociação, o fato é que o sujeito passivo aplicou um benefício condicionado e essa condição não foi atendida, uma vez que através do preço praticado para seus adquirentes, de forma diferenciada, anulou o benefício que o Estado pretende transferir para os contribuintes acima indicados, permitindo que eles enfrentem a concorrência em melhores condições.

Se o sujeito passivo optou em não repassar um desconto real ao contribuinte de menor capacidade econômica, ele não está satisfazendo a condição legal imposta para fruição do benefício, violando o disposto no inciso II do parágrafo 1º do artigo 51 do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores.

Quanto à arguição de que contribuintes beneficiários da redução de preço (por serem pequenas empresas), não adquiriram em quantidade que permitam um preço menor, o sujeito passivo, apesar de arguir, não trouxe aos autos os elementos probatórios de que as diferenças de preços são efetivamente decorrentes das razões arguidas. Tanto esse argumento não tem amparo, que existem notas fiscais, a exemplo: número 680114, fl. 138, onde a microempresa comprou R\$319,00 e a empresa com inscrição normal comprou por R\$ 268,00, com diferença entre ambos apenas de uma unidade do produto adquirido; a nota fiscal número 675098, fl. 136, consta compra pela microempresa no valor unitário do produto de R\$ 319,17 e ainda a microempresa comprando o mesmo produto com maior quantidade, a empresa inscrita como normal compra mais barato, por R\$268,00. É só verificar as notas indicadas às fls. 136 e 138 dos autos, conforme acima apontadas.

Cabe, contudo, alinhar que o sujeito passivo, na assentada do julgamento, reitera a arguição trazida em seu recurso, conforme notas fiscais às fls. 668 a 677, procurando demonstrar a venda para microempresa com preços menores para a empresas com apuração normal.

Após examinar todas as notas apresentadas que são apenas 04 notas fiscais, emitidas para microempresas, verifico que efetivamente as aludidas notas constam produtos vendidos para microempresa com valores, para os mesmos produtos, menores do que para empresa com apuração normal.

Destarte, cabe registrar que o presente auto de infração teve ciência do autuado em 01/06/2012, portanto, até a presente data, 25/02/2016, decorreram mais de 03 anos e entre as tantas notas fiscais que foram utilizadas para compor a presente exigência fiscal o sujeito passivo identificou apenas 04, o que reforça substancialmente o acerto da exigência fiscal.

Cabe, por conseguinte, a exclusão dos valores exigidos no presente auto de infração, relativos às quantidades dos respectivos produtos, alvo da presente autuação, constantes em todas as aludidas 04 notas fiscais, apresentadas pelo impugnante, conforme planilha a seguir:

PLANILHA RELATIVA A EXCLUSÃO DO VALOR EXIGIDO DO ICMS CONCERNENTE AS QUANTIDADES EXISTENTES DAS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS PELO IMPUGNANTE QUE COMPROVAM OS DESCONTOS EFETIVAMENTE REPASSADOS

PRODUTO	EXERCICIO	NÚMERO NOTA FISCAL DA MICRO EMPRESA CUJAS QUANTIDADES SERÃO EXCLUÍDAS	Q UANTIDADE DE PRODUTOS VENDIDOS COM ALIQUOTA DE 7% (ITEM (D) DA TABELA À FL. 116 a 119)	ICMS RECOLHIDO A MENOR DO PRODUTO NO PERÍODO(ITEM (J) DA TABELA FL. 116 a 119	VALOR DO ICMS EXIGIDO POR UNIDADE DO PRODUTO	QUANTIDADE DO PRODUTO A SER EXCLUÍDA, CONSTANTE NOTA FISCAL APRESENTADA	VALOR DO ICMS A SER DEDUZIDO DO TOTAL EXIGIDO
Box light Saude Spring 1,380x1,880 x 0,2400	2007	640490	7228	8987,78	1,24	5	6,22
TOTAL A SER EXCLUIDO DO EXERCICIO DE 2007							6,22

PRODUTO	EXERCICIO	NÚMERO NOTA FISCAL DA MICRO EMPRESA CUJAS QUANTIDADES SERÃO EXCLUÍDAS	Q UANTIDADE DE PRODUTOS VENDIDOS COM ALIQUOTA DE 7% (ITEM (D) DA TABELA À FL. 116 a 119)	ICMS RECOLHIDO A MENOR DO PRODUTO NO PERÍODO(ITEM (J) DA TABELA FL. 116 a 119	VALOR DO ICMS EXIGIDO POR UNIDADE DO PRODUTO	QUANTIDADE DO PRODUTO A SER EXCLUÍDA, CONSTANTE NOTA FISCAL APRESENTADA	VALOR DO ICMS A SER DEDUZIDO DO TOTAL EXIGIDO
		A	B	C	D= C/B	E	F = E x D
PHISICAL d45 Bordado 1,380x1,880x1,700	2008	741150	14990	6.245,92	0,42	20	8,33
Light Ortop Selado 0,880x1,880x0,200	2008	741154	4036	3.390,50	0,84	160	134,41
Vitaly Box	2008	741240	7552	15.345,00	2,03	1	2,03
TOTAL A SER EXCLUÍDO EM 2008							144,78

Como se pode verificar das planilhas acima, os valores do ICMS excluídos (coluna F) foram apurados observando-se as quantidades de cada produto especificado nas referidas notas fiscais apresentadas pelo autuado, multiplicadas pelo valor unitário reclamado de ICMS do mesmo produto constante originalmente das planilhas às fls. 116 a 119 dos autos. Assim, foi verificada a quantidade dos produtos especificados nas notas fiscais apresentadas pela defesa (coluna E) e tal quantidade foi multiplicada pelo valor do ICMS exigido por unidade do mesmo produto (item D). O item (D), por sua vez, foi calculado utilizando o valor do ICMS exigido para o especificado produto, constante nas planilhas às fls. 116 a 116, e esse valor foi dividido por sua respectiva quantidade que originou a exigência, constante das mesmas planilhas.

Em outro as dizer foi acolhida a exclusão dos valores exigidos no presente lançamento, relativas aos produtos constantes nas notas fiscais apresentadas na defesa, arguidas na sustentação oral. Para tanto, mais uma vez detalhando, foi apurado, com base nas planilhas 116 a 119, o valor unitariamente exigido por cada produto alvo da autuação (item D), constante das notas fiscais apresentadas pelo impugnante e multiplicados, esses valores unitários, pelas quantidades dos mesmos especificados produtos existentes nas notas fiscais apresentadas pelo impugnante (coluna E).

Diante do exposto, considero mantida parcialmente a infração 5, conforme demonstrativo que segue:

INFRAÇÃO 05	2007	2008	TOTAL DA INFRAÇÃO
VALOR HISTÓRICO DO AI	214.629,45	230.876,31	
PARCELA QUE FOI EXCLUIDA RELATIVA AS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS	(6,22)	(144,78)	
TOTAL REMANESCENTE	214.623,23	230.731,53	445.354,76

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, uma vez que foram reduzidos os valores exigidos das infrações 1, 2, 3 e 4 e 5, conforme demonstrativo a seguir:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	43.998,60	886,49	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	701,93	17,00	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	6.127,21	2.409,84	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	176.788,82	20.917,51	60%
05	PROCEDENTE PARTE	445.505,76	445.354,76	60%
TOTAL		673.122,32	469.585,60	

VOTO DISCORDANTE (quanto à infração 5)

Peço vênia ao sr. Relator para discordar do seu fundamentado voto no que tange à exigência fiscal contida no item 5 do Auto de Infração pelas razões que passo a expor a seguir.

Na referida infração o contribuinte é acusado de proceder ao recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas de mercadorias. Consignaram os autuantes que o autuado praticou preços nas vendas para clientes cadastrados como microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, em valores superiores àqueles cobrados de seus clientes inscritos no regime de apuração normal do ICMS, de forma que teria incorrido em burla do benefício previsto no art. 16, inc. I, letra "c", da Lei nº 7.014/96, através da aplicação da alíquota de 7%, sobre operações onde não efetuou o efetivo repasse do desconto, estimado em 10,75%. A empresa autuada teria incorrido no descumprimento da condição exigida no § 1º, incs. I e II art. 16, da citada Lei.

Entenderam os autuantes que as operações autuadas deveriam ter sido tributadas à alíquota geral de 17%, em razão do contribuinte não ter atendido às condições estabelecidas para a fruição do benefício fiscal.

No caso concreto vejo a questão sob dois aspectos distintos.

Sob o prisma formal, examinando as provas documentais juntadas pelos autuantes, especialmente as cópias das notas fiscais que integram o Anexo VI-C (doc. fls. 120 a 141) do A.I., verifico que nas vendas realizadas para contribuintes do regime simplificado foi consignado pelo contribuinte, em todos os documentos emitidos, nos exercícios de 2007 e 2008, no campo "informações complementares" das notas fiscais, o desconto de 10,75269%, e a correspondente citação do art. 51, incs. I e I-A, do RICMS (Dec. nº 6.284/97), vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, norma do Regulamento do imposto que também embasa o benefício fiscal em exame.

Entendo que sob o ponto de vista meramente formal o contribuinte cumpriu as exigências contidas na norma regência, aplicando o desconto previsto em lei sobre os preços efetivamente praticados nas operações de vendas.

Há ainda o aspecto material a ser observado relacionado à efetiva concessão do benefício nos preços praticados pelo autuado. Analisando as operações de vendas concretizadas junto a contribuintes simplificados comparativamente às que foram destinadas a clientes inscritos no regime normal, o que pude constatar a partir dos documentos fiscais que compõem o Anexo VI-C do A.I. é que a avaliação tomou base situações ou condições comerciais totalmente distintas, especialmente no que se refere às quantidades de produtos, locais de entrega das mercadorias e prazos de pagamento.

A título de exemplo cito a NF 562.924, de 09/01/07 (doc. fl. 120), que contempla a venda para cliente microempresa de 3 (três) unidades do colchão PHYSICAL D33 BORDADO 1,280 x 1,880 x 1700, ao preço unitário de R\$ 187,95. A referida operação foi confrontada com a NF. 563.118 (doc. fl. 121), também emitida em 09/01/07 para cliente do regime normal, que envolveu a venda de 72 (setenta e dois) colchões. Entre os 72 colchões constou 2 (duas) unidades do produto PHYSICAL D33 BORDADO 1,280 x 1,880 x 1700, vendido ao preço unitário de R\$ 160,34. Parece-nos razoável dentro da lógica que impera na atividade comercial que aquele cliente que compra 72 unidades de mercadorias de determinado fornecedor pode obter descontos para cada unidade adquirida, superior aquele que adquire tão somente 3 unidades. Outra variável que demonstra a diversidade de situações utilizadas na comparação diz respeito à localização dos clientes no tocante à entrega dos produtos, visto que o frete ficou por conta da empresa vendedora. Na NF 562.924, que teve por destinatário uma microempresa, a operação foi contratada para entrega no município Piripá–BA, próximo à fronteira com o Estado de Minas Gerais, que dista 630 km do estabelecimento fabril da autuada localizado em Salvador. Por sua vez, a operação acobertada pela NF 563.118 foi contratada para entrega ao cliente localizado no município de Santo Amaro–BA, distante da fábrica da empresa autuada por aproximadamente 72 quilômetros.

Outra situação envolvendo comparações de vendas contratadas em condições distintas pode ser avaliada no confronto entre as notas fiscais nº 577.905 (doc. fl. 124) e nº 578.044 (doc. fl. 125), ambas emitidas em 16/03/2007. O primeiro documento envolveu a venda de 5 (cinco) colchões para uma microempresa, localizada no município de Remanso–BA, localizada a 720 km da empresa autuada. O segundo documento acobertou saídas de 95 (noventa e cinco) colchões para um cliente do regime normal de apuração do ICMS, estabelecido na mesma cidade de localização da fábrica, em Salvador–BA.

Mais um exemplo que contempla vendas pactuadas e realizadas em circunstâncias diversas pode ser verificado nas operações documentadas pelas notas fiscais nº 675.098 e nº 675.073, ambas emitidas em 07/05/2008. A primeira NF acobertou operação de venda para contribuinte microempresário localizado no município de Malhada–BA, distante da fábrica da autuada em aproximadamente 781 km. No segundo documento, a operação de venda teve por destinatário empresa do regime normal do ICMS com estabelecimento comercial localizado no município Camaçari–BA, distante a 41 km aproximadamente da fábrica da empresa autuada.

Vislumbro em face das circunstâncias apontadas nos exemplos acima que as razões apontadas na peça defensiva para contestar o lançamento consubstanciado no item 5 do A.I. se justificam. Em diversas notas fiscais apresentadas pela fiscalização como prova do não cumprimento das condições do benefício fiscal está evidenciado e demonstrado que as condições em que foram processadas as vendas eram distintas para contribuintes do regime normal de apuração do imposto em comparação às operações travadas com empresas do sistema simplificado (microempresas, ambulantes e empresas de pequeno porte). Há diferenças significativas no que se refere às quantidades, locais de entrega das mercadorias e condições de pagamento do negócio, variáveis que com certeza influíram diretamente na formação do preço das unidades comercializadas.

Portanto, o modo como foi elaborado o levantamento fiscal se revela totalmente fragilizado e inseguro na medida em que foram feitas comparações e confronto de documentos fiscais que acobertavam operações de vendas contratadas e realizadas em condições totalmente distintas.

Frente ao acima exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA da infração 05. Nos demais itens do Auto de Infração acompanho o voto do sr. Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0001/12-4**,

lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 469.585,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLstoi SEARA NOLASCO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE
(quanto à infração 5)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR