

A. I. Nº - 293575.0301/13-0
AUTUADO - ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA. - ME
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/03/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-01/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Lançamento efetuado com base em fundamentação inadequada, ao imputar falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do “ativo fixo”, haja vista que praticamente todas as mercadorias objeto da autuação ou são mercadorias destinadas a revenda, inclusive farinha de trigo e óleo de soja, ou são materiais de uso e consumo, que não devem ser confundidos com bens do ativo imobilizado, na condição de peças automotivas, integrantes do regime de substituição tributária. Lançamento, em princípio, nulo. Não decretada a nulidade tendo em vista que, no tocante aos bens efetivamente enquadráveis como ativo imobilizado, o contribuinte reconheceu o débito, embora em parte, haja vista que a fiscalização não havia aplicado a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, por entender que, em se tratando de um benefício fiscal, a redução da base de cálculo estaria condicionada à regularidade fiscal do contribuinte, baseando-se o autuante, para negar o benefício, em dispositivo revogado do COTEB. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. REFAZIMENTO DA CONTA CORRENTE EM VIRTUDE DE INÚMEROS PROCEDIMENTOS EQUIVOCADOS, A SABER: RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DE AÇÚCAR, EM VEZ DE NA SAÍDA (ICMS PRÓPRIO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), LANÇAMENTO DE CRÉDITO DE FORMA IRREGULAR, UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, ETC. [sic].** Lançamento complexo, envolvendo várias situações, que foram misturadas indevidamente num só levantamento. Com a defesa e a informação fiscal, ficou patente que num só item foram apurados: recolhimento do imposto efetuado na entrada de açúcar, quando segundo o autuante o correto seria por ocasião da saída; erro na determinação da base de cálculo; manutenção indevida de crédito fiscal; imposto pago a menos pelo regime normal de apuração; imposto pago a menos pelo regime de substituição tributária; outras ocorrências – a descrição da infração termina com um “etc.” Inobservância do devido procedimento legal. Situações

como essas, compreendendo fatos distintos, de naturezas heterogêneas, jamais poderiam ser concentradas num só item do Auto de Infração, pois infrações distintas devem ser objeto de lançamentos distintos, haja vista que a autuação de cada fato implica um motivo específico e cada fato requer um enquadramento legal próprio. Lançamento, em princípio, nulo. Não decretada a nulidade tendo em vista que o contribuinte reconheceu o débito, embora em parte, haja vista que a fiscalização, desconsiderando a resposta de uma Consulta, não havia aplicado a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, por entender que o parecer da DITRI não seria válido. Para que um parecer da DITRI deixe de ser válido é preciso que a própria DITRI ou órgão superior declare a sua invalidade, ou que uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torne incompatível com a nova disciplina. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante, em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu. O motivo do refazimento da conta corrente foi o fato de o contribuinte ter feito o recolhimento do imposto na entrada de açúcar, quando, segundo a autoridade fiscal, o correto seria por ocasião da saída. Numa situação assim, quando o contribuinte paga o imposto antes de se tornar exigível, o que primeiro a fiscalização deve fazer é apurar o prejuízo que esse fato possa ter causado ao erário, pois, até prova em contrário, o único prejudicado em tal caso seria o contribuinte. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Feita prova de que parte considerável das Notas Fiscais se encontrava escriturada. Reduzido o valor da multa, adequando-se ainda o seu percentual em função da alteração introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. 4. ARBITRAMENTO. UTILIZAÇÃO DE REGIME ESPECIAL EM DESOBEDIÊNCIA ÀS NORMAS QUE O REGEM. O CONTRIBUINTE, SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E PAGAMENTO, DEVERIA RECOLHER O ICMS POR ANTECIPAÇÃO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA

DA FRONTEIRA OU DO PERCURSO, NA ENTRADA NO TERRITÓRIO ESTADUAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO ANTECIPADO. Arbitramento efetuado sem previsão legal. Não foi sequer citado qual o método adotado no arbitramento. Feitas indicações esquisitas, no campo “Enquadramento” do Auto de Infração, relativas a dispositivos legais inexistentes. A Lei nº 7.014/96, ao tratar das penalidades aplicáveis em função do regime especial de fiscalização e pagamento, dentre outras medidas, prevê no art. 47, II, a obrigatoriedade do pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, porém não prevê que a cobrança do imposto seja feita por “arbitramento”. Lançamento, em princípio, nulo. Não decretada a nulidade tendo em vista que o contribuinte reconheceu o débito, embora em parte, haja vista que a autoridade fiscal, desconsiderando a resposta de uma Consulta, não havia aplicado a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração daquele dispositivo, por entender que o parecer da DITRI não seria válido. Um parecer da DITRI só deixa de ser válido quando a própria DITRI ou órgão superior declara a sua invalidade, ou quando uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torna incompatível com a nova disciplina. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante, em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado, alterando-se o percentual da multa, pois não se trata de “arbitramento”, como o fato foi equivocadamente enquadrado, e sim de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, punível com multa de 60%, conforme prevê o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27.3.13, acusa:

INFRAÇÃO 1. falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 144.455,42, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na apuração dos valores do imposto – refazimento da conta corrente do contribuinte em virtude de inúmeros procedimentos equivocados, a saber, recolhimento do imposto na entrada de açúcar, em vez de na saída (ICMS próprio e substituição tributária), lançamento de crédito de forma irregular, utilização indevida de redução de base de cálculo, etc. –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 724.699,23, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [pelo ICMS], sendo por isso aplicada multa de R\$ 408.597,75, equivalente a 10% das entradas omitidas;

INFRAÇÃO 4. falta de pagamento de ICMS apurada por meio de arbitramento, por utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem – o contribuinte, submetido a regime especial de fiscalização e pagamento do imposto, deveria recolher o ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na entrada no território estadual, o que não ocorreu –, sendo apurado o ICMS que deveria ter sido antecipado, compensando-se os valores efetivamente recolhidos, e lançando-se o tributo no valor de R\$ 294.984,32, com multa de 100%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 399/410) do 1º lançamento, parcialmente, alegando que não há por que se falar em recolhimento de ICMS relativamente a diferença de alíquotas, no período de janeiro a dezembro de 2010, uma vez que a empresa se enquadrava à época da ocorrência na condição de empresa de pequeno porte, tendo em vista que, no ano-calendário anterior (2009) auferiu receita bruta inferior a R\$ 2.400.000,00, conforme art. 150, III, do RICMS/97, logo, isenta da incidência do referido imposto, conforme art. 7º, V.

Quanto ao período de janeiro a dezembro de 2011, alega irregularidades na composição do cálculo apresentado, uma vez que não foram levados em consideração os produtos que compõem as aquisições em questão, haja vista que foram incluídos indevidamente diversos produtos que não foram adquiridos para integrar o ativo imobilizado da empresa, a exemplo de farinha de trigo e óleo de soja.

Aduz que também houve erro no cálculo da diferença de alíquotas, uma vez que não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, item 18, que reduz a base de cálculo nas aquisições de diversos equipamentos para integrar o ativo fixo da empresa, no ano de 2011, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80%.

Acrescenta que para embasar sua contestação desconsiderou o cálculo da diferença de alíquotas, realizados sobre produtos que utilizaram os CFOPs 6.403 e 6.404, em virtude de os produtos já estarem com o ICMS pago de forma antecipada.

Declara reconhecer apenas os valores indicados na tabela que apresenta, salientando que o detalhamento de suas contestações está condensado na planilha 01/01, anexa. Total reconhecido de janeiro a dezembro de 2011: R\$ 9.023,51.

Impugnou também parcialmente o 2º lançamento, alegando haver diversas informações equivocadas na descrição da infração, bem como inconsistências apontadas na “apuração paralela” da conta corrente fiscal feita pelo autuante.

Sustenta que não houve recolhimento a menos, como acusa o fisco, tendo em vista que toda a apuração do ICMS próprio e da substituição tributária foi elaborada de forma correta, com redução da base de cálculo autorizada pela SEFAZ, através de resposta a Consulta formal, bem como manutenção de crédito, previsto no RICMS, conforme passa a demonstrar.

Frisa que, com relação à redução da base de cálculo, em resposta a Consulta formal, mediante o Processo nº 07343520111, recebeu autorização para utilizar o benefício previsto no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, reduzindo a base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, mediante o Parecer nº 8467/2011, que transcreve.

Quanto à manutenção do crédito, diz que utilizou o crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisições de insumos para fabricação de açúcar, conforme preveem o inciso IX do art. 105 e o inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97.

Em fase desses elementos, entende correta sua escrituração, salientando que todas as reduções aplicadas foram feitas com base no entendimento exposto na referida Consulta, que tem efeito imediato e obriga o contribuinte a seguir as determinações ali explicitadas, em conformidade

com o COTEB, em seu art. 158, § 5º.

Aduz que utilizou a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração naquele dispositivo regulamentar, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

Faz a seguir o resumo da sua apuração do saldo de ICMS no período de janeiro a agosto de 2010, com observações descritas em destaque, demonstrando a apuração dos créditos, a apuração dos débitos e a apuração da substituição tributária, explicando os critérios adotados, concluindo com a apresentação de quadro demonstrativo que afirma ser a correta apuração do imposto pelo regime normal de tributação, e a seguir, o quadro demonstrativo da apuração do imposto devido por substituição tributária, em relação ao qual declara concordar com a planilha elaborada pelo autuante, discordando apenas quanto à questão da redução da base de cálculo, especificando os valores que considera devidos, mês a mês, e afinal, com relação à substituição tributária, declara reconhecer o valor de R\$ 50.439,36 de “ICMS substituto” a recolher.

Impugnou também parcialmente o 3º lançamento, dizendo que detectou diversas Notas Fiscais escrituradas nos livros fiscais, bem como Notas Fiscais que não estão escrituradas porém, as operações não estão sujeitas à penalidade imputada, por não serem mercadorias ou serviços sujeitos a tributação.

Apresentou tabela com o resumo das Notas Fiscais que de fato estão sujeitas a tributação e não foram escrituradas, bem como as planilhas 03.03 e 03.04, onde estão relacionadas todas as Notas objeto do aludido resumo. Anexou também as planilhas 03.01 e 03.02, onde estão relacionadas as Notas Fiscais do período de 2010 e 2011, respectivamente, lançadas nos livros fiscais e relacionadas indevidamente nesta infração 3ª.

Também impugnou o 4º lançamento, alegando que não foi considerada a redução da base de cálculo, já exposta na contestação do item 2º, prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração daquele dispositivo, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

Por essas razões, entende como devidos apenas os valores especificados na tabela que apresenta, informando que os dados foram extraídos das aquisições de outros produtos, conforme planilhas 4.1 e 4.2, que relacionam todas as Notas Fiscais utilizadas pelo fiscal autuante. Também apresenta demonstrativo dos valores dos créditos considerados pelo fiscal, aduzindo que são os mesmos aplicados nos cálculos da empresa.

Declara aguardar a manifestação do autuante, no sentido de rever as imputações, e que reconhece o valor total de R\$ 459.420,30.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 486/490) dizendo que, com relação ao item 1º, em face das quatro questões suscitadas pelo contribuinte, não obstante a planilha do levantamento originário abordar uma extensa lista de lançamentos de Notas Fiscais, o autuado limitou seu levantamento a algumas poucas Notas Fiscais. Observa que o art. 150 do RICMS é claro ao tratar do enquadramento como EPP [empresa de pequeno porte] a empresa que auferir receita bruta, no ano-calendário, entre 240 e 2400 mil [sic], não se referindo ao ano anterior, como deseja o autuado em sua defesa. Diz que na situação em apreço a receita no ano-calendário 2010 é em muito superior ao valor máximo estipulado no citado dispositivo, e desde o primeiro mês do exercício o autuado já tinha condição de saber, por proporcionalidade, que sua receita anual excederia sobremaneira o teto estipulado. Considera que deve ser mantida na íntegra a planilha referente à diferença de alíquotas do exercício de 2010.

Quanto à alegação de que foram indevidamente incluídas Notas relativas a produtos para comercialização, o fiscal diz que reconhece que o contribuinte tem razão, de forma que tais Notas Fiscais devem ser excluídas do levantamento.

No tocante à alegação de que foram indevidamente incluídas Notas Fiscais com imposto retido por substituição tributária, o fiscal ressalta que as Notas Fiscais com destaque do imposto da substituição tributária são de peças automotivas destinadas a manutenção da frota de veículos do contribuinte, portanto não destinadas a comercialização, de forma que se aplica a diferença de alíquotas e não a substituição tributária, e também nenhuma GNRE foi apresentada pelo autuado em sua defesa. Por essas razões, diz que não acata a alegação da defesa, considerando que tais Notas devem permanecer no levantamento.

Relativamente à alegação de que não foi considerada a redução da base de cálculo para aquisição de máquinas elencadas no anexo I do Convênio ICMS 52/1 *[sic]*, o fiscal diz entender que a redução da base de cálculo é um benefício fiscal, de acordo com o art. 56 do COTEB, de forma que a manutenção do benefício é naturalmente condicionada à regularidade fiscal e à observância da legislação pertinente por parte do contribuinte, afirmação fundamentada no art. 54 do mesmo diploma legal. A seu ver, tais exigências não condizem com a real e efetiva situação deste contribuinte, que foi inclusive submetido a regime especial de fiscalização e recolhimento, previsto no parágrafo único do dispositivo citado, e o imposto não seria visível aos cofres do Estado senão mediante a ação fiscal efetuada. Conclui dizendo que o levantamento realizado deve ser mantido intacto quanto a tais lançamentos.

Conclui dizendo que, excluídas as Notas incluídas indevidamente por serem relativas a produtos para comercialização, elaborou nova planilha, ressaltando que a planilha referente a 2010 não foi alterada.

Quanto ao 2º item, diz que se trata de recolhimento de ICMS a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, tendo sido refeita a conta corrente do contribuinte em virtude de estar embebida em inúmeros vícios, a saber:

- a) a apuração do imposto relativo às operações com açúcar estava sendo feita pelas entradas (por antecipação), quando deveria ser feita pelas saídas (ICMS próprio e ICMS devido por substituição tributária);
- b) manutenção indevida de créditos fiscais em virtude das operações com mercadorias beneficiadas com redução de base de cálculo (arroz, feijão, charque, margarina, vinagre, óleo de soja, leite em pó);
- c) utilização indevida da redução da base de cálculo nas operações com açúcar.

Diz que o autuado na defesa abordou e questionou apenas a parte relacionada à redução da base de cálculo nas operações com açúcar, e, após seu levantamento, [o autuado] apurou e apresentou um valor final a recolher de R\$ 50.439,36.

Informa que o levantamento (fls. 11 a 250) foi realizado para o período de janeiro a agosto de 2010, período em que o contribuinte não se encontrava sob regime especial de fiscalização (SIPRO 534533/2010-8), a partir do qual a apuração e o pagamento do imposto seria realizado nas entradas de mercadorias no estabelecimento, e o levantamento foi feito de forma minuciosa, utilizando-se os dados dos arquivos magnéticos juntamente com os documentos e livros fiscais apresentados pelo autuado, e foi conduzido com o máximo rigor e observância aos preceitos legais e regulamentares.

Passa a fazer a descrição do procedimento e dos papéis de trabalho:

- a) fl. 11 – planilha com a consolidação final da conta corrente, onde se apura a diferença de ICMS a recolher mês a mês, tendo os valores (campos) dos débitos pelas saídas (ICMS próprio e ICMS ST) e o crédito pelas entradas sido transportados das planilhas posteriores descritas a seguir;
- b) fl. 13 – planilha expondo o tratamento tributário aplicado a cada mercadoria constante nos levantamentos realizados, relativamente às infrações 2ª e 4ª, na qual são apresentadas a

redução da base de cálculo, a alíquota e “o” [a] MVA aplicáveis a cada mercadoria;

- c) fl. 14 – planilha sintética apresentando os valores dos débitos pelas saídas (ICMS próprio e ICMS ST) mês a mês, tendo os valores sido transportados para a planilha da fl. 11;
- d) fls. 15 a 243 – planilha analítica com o cálculo do ICMS próprio e do ICMS ST por mercadoria e por Nota Fiscal emitida pelo contribuinte, sendo que o ICMS ST foi obtido apenas para as saídas de açúcar;
- e) fl. 244 – planilha sintética com os valores mensais apurados do “crédito devido” pelas entradas, sendo os valores transportados para a planilha da fl. 11;
- f) fls. 245 a 250 – planilha analítica apresentando o “crédito devido” por mercadoria e por Nota Fiscal de entrada do contribuinte, sendo que o “crédito devido” (concedido) foi obtido proporcionalmente à redução da base de cálculo aplicável a cada mercadoria, ao passo que o crédito pelas entradas de açúcar foi concedido integralmente.

Diz que, em relação ao açúcar, único item abordado pelo autuado na defesa, não considera válido o parecer da DITRI apresentado pelo contribuinte, relativo à aplicabilidade da redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS, porque o parecer é datado de 2.5.11, data posterior ao período apurado nesta infração, e, portanto, com base no inciso VII do art. 157 do COTEB, não se aplica ao levantamento realizado. Aduz que tampouco o parecer se aplica a qualquer outro período, uma vez que, baseado no inciso IV do art. 157 do COTEB, a situação já se encontrava inequivocamente regulamentada no RICMS vigente à época da formulação da consulta, como pode ser visto pelo disposto no inciso VIII do art. 87 do RICMS, dispositivo este que se refere única e exclusivamente ao CNAE 1561-0/00 (usinas de açúcar), que nunca foi o CNAE do autuado, como pode ser visto no seu histórico, anexo, pois o estabelecimento se dedica apenas ao refino e moagem de açúcar cristal adquirido de usinas açucareiras.

Conclui dizendo que é uma questão de hierarquia normativa, pois uma norma superior não pode ser contraditada por uma inferior.

Considera que o montante apurado neste item deve ser mantido na íntegra.

Com relação ao item 3º, diz que, em face da alegação do autuado de que havia Notas Fiscais já escrituradas ou não relativas a mercadorias tributáveis, tendo o contribuinte apresentado levantamento substitutivo, com valor a recolher de R\$ 291.397,25, em vez de R\$ 408.597,75, analisou as planilhas apresentadas pelo autuado e concluiu que o autuado tem razão e concorda com a planilha por ele juntada à fl. 10 da defesa [fl. 407 dos autos].

Com relação ao item 4º, diz que se trata de ICMS “reclamado” em função do não atendimento das normas do regime especial de fiscalização e recolhimento (SIPRO 534533/2010-8) ao qual estava o autuado submetido no período apurado. Informa que o contribuinte deveria ter recolhido o ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária do Estado da Bahia relativamente a todas as aquisições realizadas em outros Estados, fato que não ocorreu.

Diz que o autuado contestou apenas o fato de não ter sido considerado no cálculo do ICMS a redução da base de cálculo já tratada no item 2º, de forma que toda a informação fiscal prestada em relação ao item 2º se aplica integralmente aqui [no item 4º], no tocante à inaplicabilidade do art. 87, VIII, do RICMS.

Afirma que o levantamento (fls. 251 a 266) foi realizado com o máximo rigor, observando-se a legislação aplicável a cada mercadoria, e sendo assim, o montante apurado para a presente infração deve ser mantido na íntegra.

Dada ciência da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 501/506) dizendo que, quanto ao item 1º, mantém o questionamento referente à diferença de alíquotas no período de janeiro a dezembro de 2010, uma vez que a empresa à época se enquadrava na condição de

empresa de pequeno porte. Toma por fundamento o art. 7º, V, e o art. 150, III, do RICMS/97.

Quanto ao item 2º, sustenta que o levantamento é nulo. Alega que é legítima a contestação, conforme inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, pois a empresa no período estava enquadrada no que diz aquele dispositivo, desenvolvendo a atividade industrial de beneficiamento, refinação e moagem de açúcar, e portanto não há infração relacionada à redução da base de cálculo das operações com açúcar, e para dirimir quaisquer dúvidas foi feita uma consulta formal, mesmo considerando que não havia necessidade, mas a consulta foi feita, através do Processo nº 07343520111, sendo emitido o Parecer nº 8467/2011, cópia anexa, que confirma o que já estava sendo realizado na empresa quanto aos cálculos das operações, dando ao questionamento a correta informação, na qual foi autorizado a usufruir o benefício previsto no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, reduzindo a base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, portanto para deixar mais claro o questionamento.

Aduz que considera gozar da manutenção do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de insumos para fabricação, refinação e moagem de açúcar, conforme inciso IX do art. 105, e inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97.

Quanto ao item 4º, diz que reivindica o benefício previsto no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, reduzindo a base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, o que já foi relatado no caso do item 2º.

Questiona a aplicação da multa, alegando ter efeito confiscatório.

Pede que seja reconhecida a improcedência ou nulidade do presente lançamento.

Consta às fls. 513/516 as peças relativas a um Termo de Confissão de Dívida no valor de R\$ 291.397,25, tendo sido paga a quantia de R\$ 35.061,91, com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 520-521), na qual esta Junta solicitou ao fiscal autuante que, com relação aos itens 2º e 4º, o levantamento fiscal fosse refeito, observada estritamente a orientação consubstanciada na resposta à Consulta formulada pelo autuado mediante o Parecer nº 8.467/11, constante à fl. 411 dos autos, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restringiu o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

Em resposta, o fiscal prestou informação (fls. 524-525) dizendo que salienta, mais uma vez, como já o fizera na informação fiscal, que o dispositivo regulamentar que tratava do benefício em questão sempre o restringiu a usinas açucareiras, conforme texto que reproduz. Aduz que, a menos que as regras da inferência lógica tenham se alterado, claro está que o dispositivo restringe o benefício, inequivocamente, a usinas açucareiras. Observa que o dispositivo se refere à fabricação, refinação “e” moagem de açúcar. Destacamos a conjunção “e”, por considerar que ela tem fundamental importância na interpretação do dispositivo: trata-se do conectivo lógico “e”, conjunção, distinto do “ou”, disjunção inclusiva. Argumenta que, para fazer jus ao benefício, o contribuinte deve-se dedicar (cumulativamente, conjuntamente) às três operações: fabricação, refinação e moagem, e para não deixar dúvidas quanto ao beneficiário do dispositivo, o legislador acrescentou o código de atividade, 1561-0/00, que se refere inequivocamente a usinas açucareiras. Quanto ao Parecer nº 8.467/11, diz que reitera toda a sua argumentação prestada na informação fiscal (fls. 486/490). Considera que, a fim de ajudar a dirimir a questão, seria interessante verificar como os demais atacadistas da Bahia estão procedendo quanto a esse assunto. Diz que insiste que o levantamento original deva ser mantido na íntegra, mas, se ainda assim “insistir essa casa” em entender de forma diferente, refez os demonstrativos referentes às infrações 2ª e 4ª com observação da orientação consubstanciada no Parecer nº 8.467/11 (fl. 411) até a data de 9.5.11. Observa que os novos demonstrativos acompanham o seu “parecer”.

O contribuinte, ao ter ciência dos novos elementos, manifestou-se (fls. 537/540) dizendo que, com

relação aos itens 2º e 4º, ao analisar as planilhas, identificou diversas informações equivocadas no levantamento dos créditos e débitos apresentados pelo fiscal responsável pela condução deste processo, bem como de inconsistências apontadas em sua apuração com falhas consideráveis:

- a) na planilha denominada “Levantamento do crédito de ICMS - 2010”, o auditor, ao efetuar os levantamentos de créditos, aplicou uma redução nas bases de cálculo referente às aquisições relativas às Notas Fiscais com cargas tributárias que estão em desacordo com o que determina o RICMS no tocante a leite em pó, óleo refinado de soja, carne de charque, margarina e açúcar;
- b) o saldo inicial credor não é de R\$ 1.346,74, pois o valor correto é R\$ 134.536,68, conforme está escriturado no Registro de Apuração de ICMS de 2010 apresentado à fiscalização;
- c) as cargas efetivas identificadas nas planilhas apresentadas pelo fiscal, de acordo com cada produto, são estas:
 - açúcar: carga tributária efetiva de 4,94%;
 - leite em pó: carga tributária efetiva de 4,94%;
 - óleo refinado de soja: carga tributária efetiva de 8,47%;
 - charque: carga tributária efetiva de 2,88%;
 - margarina: carga tributária efetiva de 2,88%;
- d) os levantamentos de crédito não foram apurados em conformidade com o que estabelece o RICMS/97 no art. 87, incisos VII, VIII e XXI:
 - em relação ao óleo refinado de soja, para que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12%;
 - em relação ao açúcar, reduzindo a base de cálculo em 58.825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, conforme determina o Processo nº 07343520111, Parecer nº 8467/2011, datado em 2.5.11;
 - em relação ao leite em pó, para que a carga tributária incidente corresponda a 7%; charque e margarina, carga tributária de 7%.

Anexou planilhas, com a mesma denominação: “Levantamento do crédito de ICMS – 2010”, dizendo que o fez com base no artigo mencionado, como determina o RICMS/97.

Observa que os créditos do açúcar estão apurados como determina o inciso IX do art. 105 e inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97.

Quanto à manutenção do crédito, diz que manteve o crédito destacados nas Notas Fiscais de aquisições de insumos para fabricação de açúcar, previsto no inciso IX do art. 105 e inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97.

Com relação às planilhas com as denominações “Levantamento da antecipação tributária devida-regime especial de fiscalização e pagamento 2010 e 2011”, diz que, ao analisar as planilhas, identificou diversos itens que, de acordo o RICMS, não estão enquadrado no regime de substituição tributária, como, por exemplo, leite em pó, óleo refinado de soja e carne de charque, pois o agente fiscalizador aplicou MVA de 15%, gerando valores indevidos a recolher. Juntou planilhas com os cálculos que considera devidos.

Quanto à planilha denominada “Apuração consolidada 2010 e 2011”, diz que na apuração consolidada estão os valores dos créditos e débitos apurados pela empresa, na qual são demonstrados os valores que foram recolhidos a menos e também os valores recolhidos a mais, conforme planilha anexa.

Requer que o órgão julgador, ao analisar os valores que foram recolhidos a mais, leve em conta os valores recolhidos a menos e homologue os saldos para que a empresa utilize em compensações de outros valores que a ela considere como lançamentos tributários devidos à

SEFAZ.

Pede que seja reconhecida a improcedência ou nulidade do lançamento tributário.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de quatro lançamentos (quatro itens).

No item 1º, o autuado é acusado de ter deixado de pagar a diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado.

Na defesa, o autuado alegou que em 2010 se enquadrava como empresa de pequeno porte; que no levantamento do ativo imobilizado foram incluídos farinha de trigo e óleo de soja; que não foi considerada a redução da base de cálculo de algumas mercadorias, prevista no Convênio ICMS 52/91, item 18, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80%; que foram incluídas no levantamento da diferença de alíquotas mercadorias cujo imposto já havia sido pago por antecipação. Declarou reconhecer apenas os valores indicados na tabela que apresenta (fls. 412-413), no total de R\$ 9.023,51.

O levantamento fiscal compreende os exercícios de 2010 e 2011. O autuado alegou que não era obrigado a pagar a diferença de alíquotas em 2010 porque naquele exercício ele se enquadrava como empresa de pequeno porte. Toma por fundamento o art. 7º, V, do RICMS/97. Essa alegação é inócua, porque, de acordo com o extrato do sistema de informações do fisco estadual (fl. 550), desde 2006 o autuado está enquadrado no regime normal de apuração do imposto.

No entanto, com relação às demais alegações da defesa, existe total pertinência com o objeto da autuação. Primeiro, porque foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias destinadas a revenda, fato reconhecido pelo fiscal autuante. Porém o mais grave é que a imputação fiscal é incompatível com a natureza dos fatos efetivamente apurados. Sob esse aspecto, a rigor, o lançamento deste item 1º seria nulo, pois a descrição do fato foi feita de forma inadequada. Atualmente – melhor dizendo, há alguns anos –, os Autos de Infração são lavrados fazendo-se a descrição dos fatos a partir de descrições-padrão constantes no sistema de emissão de Auto de Infração por processamento eletrônico (SEAI). Cada tipo de infração tem um código. Uma vez eleito determinado código, o sistema automaticamente faz a descrição do fato. Se o fiscal não escolhe o código adequado, a descrição termina destoando do fato efetivamente apurado.

Neste caso, a imputação fiscal diz respeito à falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao “ativo fixo” do autuado. Ora, a autoridade fiscal não pode desconhecer conceitos básicos tais como o de bens do ativo fixo – ativo imobilizado. Farinha de trigo jamais poderia ser enquadrada como bem destinado ao ativo imobilizado. Também óleo de soja jamais poderia ser considerado bem destinado ao ativo imobilizado.

O mesmo ocorre com peças automotivas destinadas à manutenção da frota de veículos do autuado. Peças automotivas são bens de uso, e não bens do ativo imobilizado. É verdade que tanto bens de uso quanto bens do ativo imobilizado estão sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais, porém têm tratamentos distintos. No caso presente, o autuado reclamou que as peças automotivas foram adquiridas com o imposto pago por antecipação. E, de fato, o convênio que cuida das operações interestaduais com peças automotivas prevê que o fornecedor deve fazer a retenção do imposto com MVA quando as peças se destinam a revenda e sem MVA quando as peças se destinam a uso ou consumo. Se o imposto retido não é recolhido, autua-se o fornecedor, depositário infiel. Também neste aspecto a autuação foi feita de forma indevida.

Na informação fiscal, o autuante observa que, não obstante o levantamento envolver uma extensa lista de Notas Fiscais, o contribuinte limitou-se a questionar algumas poucas Notas Fiscais. O

fiscal reconhece que devem ser excluídas do levantamento as Notas relativas a produtos destinados a comercialização. Porém não acata a alegação do contribuinte quanto à redução da base de cálculo prevista no anexo I do Convênio ICMS 52/91, por entender que a redução da base de cálculo é um benefício fiscal, e por isso a manutenção do benefício estaria condicionada à regularidade fiscal do contribuinte, e este havia sido submetido a regime especial de fiscalização e recolhimento.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com outra. O regime especial de fiscalização e pagamento é uma pena à qual se sujeita o contribuinte que incorrer nas práticas descritas nos incisos I a X do art. 46 da Lei nº 7.014/96, devendo o ato que determinar a aplicação da pena especificar os critérios para sua aplicação (parágrafo único do art. 46), e quem aplica essa pena não é o fiscal, e sim o titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, nos termos do art. 47, cujos incisos especificam as medidas aplicáveis.

No presente caso, a autoridade fiscal declarou que se baseou no art. 54 do COTEB, transcrito na informação (fl. 487). Ocorre que esse artigo do COTEB foi revogado já faz muito, muito tempo.

Quanto a esses bens do Convênio ICMS 52/91, o autuado reconheceu o débito no valor de R\$ 9.023,51.

Portanto, repito, em princípio, o lançamento do item 1º seria nulo, pois a descrição do fato foi feita de forma inadequada, ao se referir à falta de pagamento da diferença de alíquotas relativa a bens do ativo fixo, haja vista que, com exceção dos bens objeto do Convênio ICMS 52/91, todos os demais não se enquadram na categoria de bens do ativo imobilizado. Deixo, contudo, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu o débito da parte efetivamente devida, relativamente a bens do ativo imobilizado, com a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91.

O demonstrativo do débito do item 1º deverá ser ajustado com base nos elementos da planilha às fls. 412-413, no total de R\$ 9.023,51, sendo R\$ 2.031,51 relativos ao mês de maio de 2011 (Nota Fiscal identificada à fl. 412, constante no demonstrativo fiscal à fl. 273) e R\$ 6.992,00 relativos a junho de 2011 (Notas Fiscais identificadas à fl. 412, constantes no demonstrativo fiscal à fl. 273).

O item 2º acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na apuração dos valores do imposto – refazimento da conta corrente do contribuinte em virtude de inúmeros procedimentos equivocados, a saber, recolhimento do imposto na entrada de açúcar, em vez de na saída (ICMS próprio e substituição tributária), lançamento de crédito de forma irregular, utilização indevida de redução de base de cálculo, etc. *[sic]*.

O autuado, na defesa, sustentou que fez a apuração do ICMS próprio e da substituição tributária com redução da base de cálculo autorizada pela SEFAZ, através de resposta a Consulta formal, mediante o Processo nº 07343520111, tendo recebido autorização para utilizar o benefício previsto no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, reduzindo a base de cálculo em 58.825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, conforme o Parecer nº 8467/2011 da DITRI, que transcreve (cópia à fl. 504). Quanto à manutenção do crédito, diz que utilizou o crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisições de insumos para fabricação de açúcar, conforme preveem o inciso IX do art. 105 e o inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97. Em fase desses elementos, entende correta sua escrituração, salientando que todas as reduções aplicadas foram feitas com base no entendimento exposto na referida Consulta. Explica que utilizou a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração naquele dispositivo regulamentar, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

O autuado fez na defesa o resumo da sua apuração do saldo de ICMS no período de janeiro a agosto de 2010, apresentando dois quadros demonstrativos, um relativo à apuração do imposto pelo regime normal de tributação, e outro relativo à apuração do imposto devido por substituição tributária, em relação ao qual declara concordar com a planilha elaborada pelo autuante,

discordando apenas quanto à questão da redução da base de cálculo, especificando os valores que considera devidos, mês a mês, e afinal, com relação à substituição tributária, declara reconhecer o valor de R\$ 50.439,36 de “ICMS substituto” a recolher.

Noto que o item 2º envolve várias situações, que foram misturadas indevidamente num só lançamento. Conforme consta no adendo que se segue à descrição da infração, e lendo-se o que disseram o autuado na defesa e o fiscal na informação fiscal, a autuação diz respeito aos seguintes fatos:

- a) recolhimento do imposto efetuado na entrada de açúcar, quando segundo o autuante o correto seria por ocasião da saída;
- b) erro na determinação da base de cálculo;
- c) manutenção indevida de crédito fiscal;
- d) imposto pago a menos:
 - pelo regime normal de apuração;
 - pelo regime de substituição tributária;
- e) outras ocorrências – a descrição da infração termina com um “etc.”

Ora, situações como essas, compreendendo fatos distintos, de naturezas heterogêneas, jamais poderiam ser concentradas num só item do Auto de Infração. Infrações distintas devem ser objeto de lançamentos distintos. A autuação de cada fato implica um motivo específico. Cada fato requer um enquadramento legal próprio.

A autoridade fiscal anexou um demonstrativo apócrifo (não está assinado, em desatenção ao mandamento do art. 15 do RPAF, c/c seu § 2º), intitulado “Consolidação do CCICMS” (*sic*), à fl. 11, envolvendo todas essas coisas, sem a necessária discriminação.

Fatos heterogêneos devem ser objeto de itens distintos no Auto de Infração, não só para facilitar a defesa do sujeito passivo, como também para que quem tiver de analisá-los, inclusive o julgador, saiba qual o fato, qual a imputação, qual o enquadramento da infração, qual a multa aplicável a cada caso. Ao misturar, num só item, glosa de créditos, erro de base de cálculo, manutenção indevida de crédito fiscal, imposto pago a menos pelo regime normal de apuração, imposto pago a menos pelo regime de substituição tributária, “etc.”, há uma afronta ao princípio do devido procedimento legal.

Chama atenção especialmente neste item 2º a “primeira infração” apontada pelo autuante no rol do que ele chama de “inúmeros procedimentos equivocados” por parte do autuado, ao dizer que o contribuinte fez recolhimento do imposto na entrada de açúcar, quando o correto seria por ocasião da saída.

Ora, numa situação assim, quando o contribuinte paga o imposto antes de o tributo se tornar exigível, o que primeiro a fiscalização deve fazer é apurar o prejuízo que esse fato possa ter causado ao erário, pois, até prova em contrário, o único prejudicado em tal caso seria o contribuinte.

Na informação, o fiscal discordou do parecer da DITRI quanto à aplicação da redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 8º do RICMS/97. (cópia à fl. 542). A seu ver, o referido parecer não é válido.

É evidente que para um parecer da DITRI deixar de ser válido é preciso que a própria DITRI ou órgão superior declare a sua invalidade, ou que uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torne incompatível com a nova disciplina. Não é a fiscalização que decide sobre validade ou invalidade de um parecer do órgão competente para responder às Consultas formuladas formalmente. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante,

em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu.

O processo foi remetido em diligência para que o levantamento fiscal fosse refeito, recomendando-se que fosse observada estritamente a orientação consubstanciada no Parecer da DITRI, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restringiu o benefício apenas para as usinas açucareiras. Embora demonstrando seu inconformismo, a autoridade fiscal cumpriu a diligência. O problema é que, ao fazê-lo, o autuante incorreu em novos erros.

Tendo em vista o tumulto instalado neste lançamento desde o início, envolvendo várias situações heterogêneas em um só item, misturando cálculos do imposto das operações próprias com os do imposto da substituição tributária, culminando com novos vícios de conteúdo após a diligência determinada por esta Junta, concluo que este lançamento, que começou mal, piorou com a informação fiscal, quando foi revelada a diversidade de situações misturadas num só item, e tornou-se imprestável após a diligência, quando novos vícios de conteúdo vieram somar-se aos vícios já existentes.

Em princípio, o lançamento do item 2º seria nulo, por inobservância do devido procedimento legal. Deixo, porém, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu parte do imposto, no valor de R\$ 50.439,36 (total correto R\$50.739,36).

O demonstrativo do débito do item 2º deverá ser ajustado com base nos elementos do quadro constante à fl. 406, relativamente aos meses de janeiro a agosto de 2010.

A imputação do item 3º diz respeito à falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação pelo ICMS.

Em face dos elementos aduzidos pelo autuado na defesa, o fiscal autuante na informação disse que, tendo o contribuinte apresentado levantamento substitutivo, com valor a recolher de R\$ 291.397,25, em vez de R\$ 408.597,75, ele analisou as planilhas apresentadas pelo autuado e concluiu que o autuado tem razão e concorda com a planilha por ele juntada (fl. 407).

A multa aplicada foi de 10% do valor das entradas omitidas. Porém, tendo em vista a recente alteração introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, e considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a multa do item 3º há de ser de 1%, e não de 10%, ficando portanto reduzida para R\$ 30.001,89. Assim, em função do quadro constante à fl. 407, o demonstrativo do débito do item 3º deverá ser ajustado desta forma:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Alíq %	Multa %	Valor histórico
28/02/2010	09/03/2010	403,63	0,00	1,0	4,04
31/03/2010	09/04/2010	4.529,75	0,00	1,0	45,30
30/04/2010	09/05/2010	121.654,60	0,00	1,0	1.216,55
31/05/2010	09/06/2010	31.737,88	0,00	1,0	317,38
30/06/2010	09/07/2010	4.934,29	0,00	1,0	49,34
31/07/2010	09/08/2010	44.504,00	0,00	1,0	445,04
30/09/2010	09/10/2010	56.288,33	0,00	1,0	562,88
31/10/2010	09/11/2010	1.138,53	0,00	1,0	11,39
31/01/2011	09/02/2011	126.770,00	0,00	1,0	1.267,70
28/02/2011	09/03/2011	820,72	0,00	1,0	8,21
31/03/2011	09/04/2011	8.190,18	0,00	1,0	81,90
30/04/2011	09/05/2011	183.370,00	0,00	1,0	1.833,70
31/05/2011	09/06/2011	239.532,50	0,00	1,0	2.395,33
30/06/2011	09/07/2011	886.160,20	0,00	1,0	8.861,60
31/07/2011	09/08/2011	538.546,60	0,00	1,0	5.385,47

31/08/2011	09/09/2011	17.097,04	0,00	1,0	170,97
30/09/2011	09/10/2011	78.697,02	0,00	1,0	786,97
31/10/2011	09/11/2011	69.410,44	0,00	1,0	694,10
30/11/2011	09/12/2011	241.206,00	0,00	1,0	2.412,06
31/12/2011	09/01/2012	345.195,70	0,00	1,0	3.451,96
TOTAL					30.001,89

Embora o contribuinte já tenha quitado este item 3º, conforme instrumentos às fls. 511 e 513, com os benefícios da Lei nº 12.903/13, o processo ainda se encontra pendente de julgamento, e por conseguinte aplica-se a nova redação introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (multa de 1%, em vez de 10%). Na homologação do pagamento, a repartição fiscal fará os devidos ajustes, levando em conta os valores pagos com os benefícios da Lei nº 12.903/13, sem perder de vista os valores que servirão de referência, acima demonstrados.

O item 4º acusa falta de pagamento de ICMS apurada por meio de arbitramento [sic], por utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem – o contribuinte, submetido a regime especial de fiscalização e pagamento do imposto, deveria recolher o ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na entrada no território estadual, o que não ocorreu –, sendo apurado o ICMS que deveria ter sido antecipado, compensando-se os valores efetivamente recolhidos, e lançando-se o tributo com multa de 100%.

É estranho esse arbitramento. O fiscal não indicou qual o método adotado para fazer o arbitramento. No campo “Enquadramento” do Auto de Infração, o autuante fez umas indicações esquisitas relativamente ao art. 938 do RICMS/97: “artigo 938, inciso .. #(a depender do método utilizado)#, alínea #(a depender da mercadoria)#, 124#(se um único mês)#, ou artigo 938, § 3º #(se meses juntos)# do Decreto 6.284/97”.

Não existe no art. 938 do RICMS/97 nenhum “inciso #” ou “alínea #”. E o método adotado neste caso não tem previsão em nenhum dos incisos do art. 938 do RICMS/97.

A Lei nº 7.014/96, ao tratar das penalidades aplicáveis em função do regime especial de fiscalização e pagamento, dentre outras medidas, prevê no art. 47, II, a obrigatoriedade do pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Porém a lei não prevê que a cobrança do imposto seja feita por “arbitramento”, com multa de 100%. A cobrança do imposto é feita por antecipação na forma convencional, com multa de 60%.

O contribuinte reclamou na defesa que, conforme já questionara na abordagem do item 2º, não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração daquele dispositivo, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

Na informação fiscal, o autuante, após explicar por que fez o arbitramento, aborda as razões da defesa dizendo que o contribuinte apenas contestou o fato de não ter sido considerada a redução da base de cálculo. Em face disso, o fiscal diz que essa questão já foi respondida por ele ao tratar do item 2º, de forma que o que foi dito na informação em relação ao item 2º se aplica integralmente no caso do item 4º no tocante à inaplicabilidade do art. 87, VIII, do RICMS.

De fato, ao prestar a informação quanto ao item 2º, o autuante expôs suas considerações dizendo discordar do parecer da DITRI (cópia à fl. 542), que, a seu ver, não é válido.

Para um parecer da DITRI deixar de ser válido é preciso que a própria DITRI ou órgão superior declare a sua invalidade, ou que uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torne incompatível com a nova disciplina. Não é a fiscalização que decide sobre validade ou invalidade de um parecer do órgão competente para responder às Consultas formuladas formalmente. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante, em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu.

O processo foi remetido em diligência para que o levantamento fiscal fosse refeito, recomendando-se que fosse observada estritamente a orientação consubstanciada no Parecer da DITRI, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restringiu o benefício apenas para as usinas açucareiras. Embora demonstrando seu inconformismo, a autoridade fiscal cumpriu a diligência. O problema é que, ao fazê-lo, o autuante incorreu em novos erros.

Tendo em vista o tumulto instalado neste lançamento desde o início, com a aplicação de um “arbitramento” sem previsão legal, citando dispositivos legais inexistentes e culminando com novos vícios de conteúdo após a diligência determinada por esta Junta, concluo que este lançamento, que começou mal com o citado “arbitramento”, tornou-se imprestável após a diligência, quando novos vícios de conteúdo vieram somar-se aos vícios já existentes.

Em princípio, o lançamento do item 4º seria nulo, por inobservância do devido procedimento legal. Deixo, porém, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu parte do imposto, no valor de R\$ 108.560,18.

O demonstrativo do débito do item 4º deverá ser ajustado com base nos elementos do quadro apresentado na parte superior da fl. 409, ficando reduzido o valor do imposto para R\$ 108.560,18.

Altero também a multa, pois não se trata de “arbitramento”, como o fato foi equivocadamente enquadrado, e sim de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, punível com multa de 60%, conforme prevê o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293575.0301/13-0**, lavrado contra **ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$168.323,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$30.001,89**, prevista no inciso IX do supracitados diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

Esta Junta 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.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR