

**A. I. Nº** - 206917.0009/14-7  
**AUTUADO** - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (CODICAL DISTRIBUIDOR)  
**AUTUANTE** - LUIZ ORLANDO SANTOS SILVA  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 22/12/2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0205-01/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. **a)** MERCADORIAS COM ISENÇÃO. O autuado faz prova que parte do crédito foi utilizado regularmente. Infração em parte subsistente. **b)** MERCADORIAS DO REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado alega que parte dos produtos não estão enquadrados no regime ST, mas não apresenta provas. Infração subsistente integral. **c)** MERCADORIAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração não impugnada. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As saídas tributadas não são de brindes, conforme alega o autuado. Procedidos os ajustes com a exclusão dos bens do marketing ou promocionais do estabelecimento, segregando mercadorias da comercialização. Infração subsistente em parte. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CALCULO. O aspecto restritivo que marca os benefícios fiscais não permite estender a redução da base de cálculo para creme vegetal. Excluída a exigência com relação às bebidas, nos termos do Decreto nº 7799/00. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS PARA EMPRESAS CANCELADAS. Nas operações de saídas internas com benefício do Decreto nº 7.799/00, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades no referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, devendo ser excluídas as operações para os adquirentes com inscrição cadastral regular. Infração subsistente em parte. **c)** REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. O argumento defensivo que o art. 1º, §3º, do Decreto nº 7799/00 permite a aplicação da redução da base de cálculo, nas saídas destinadas a contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS, na condição de especial, não se confirma no caso em concreto. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME SE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. A fiscalização deduziu os pagamentos do ICMS-ST, excluiu mercadorias que estão fora do regime ST, operações com mercadorias devolvidas. Infração subsistente em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Nas aquisição de sabão em pó no Estado de Pernambuco (produtos de limpeza - art. 353, II, item 36 RICMS BA-97), sem acordo interestadual, a responsabilidade pelo ICMS-ST é do autuado. Infração

caracterizada. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO. VENDAS P/ CONTRIBUINTES NO ESTADO DA BAHIA. DESABILITADOS NO CADASTRO.** A fiscalização apurou operações de saídas internas de mercadorias tributáveis para contribuintes desabilitados no cadastro do imposto - baixados, cancelados, inaptos, anulados e suspensos em processo de baixa (art. 353, I, RICMS BA-97). Infração subsistente. Não acatados os pedido de nulidades. Rejeitada a tese da decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$1.069.827,34 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Refere-se ao ICMS creditado indevidamente em decorrências das entradas de mercadorias isentas no estabelecimento, Pallets Chep BR, Flocos de Cuscuz Sinhá, Xerém e Creme de Milho, nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$704,27. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 2** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Refere-se ao ICMS creditado indevidamente em decorrência da aquisição de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária, nos exercícios de 2009 e 2010, nos valores e períodos discriminados a seguir. Valor R\$4.888,61. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 3** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Refere-se ao ICMS creditado em valor superior ao legalmente estabelecido, haja vista as saídas subsequentes com a redução da base de cálculo objeto do Art. 87, incisos XXI e XXXI, do RICMS/1997, se inerentes ao vinagre, carne de charque, leite em pó e margarina, ou com carga tributária a 10,00% nas demais saídas objeto do incentivo fiscal a que se refere o Art. 1º do Decreto nº. 7799/2000, nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$704,27. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 4** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se ao ICMS não recolhido em razão de haver praticado operações tributadas como não tributadas, nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexos). Valor R\$159.251,33. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 5** - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se ao ICMS recolhido a menor nas saídas de mercadorias tributáveis do estabelecimento, devidamente escrituradas, por equívoco na determinação da base de cálculo do imposto, nos exercícios de 2009 e 2010, nos valores e períodos discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$105.242,22. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 6** - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Refere-se ao ICMS recolhido a menor em decorrência de haver-se utilizado, indevidamente, redução da base de cálculo do imposto a que se reporta o Art. 1º do Decreto nº 7799/2000, nas saídas de mercadorias tributáveis destinadas a empresas canceladas/inaptas, baixadas ou suspensas em processo de baixa no cadastro do ICMS, nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$231.094,10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Refere-se ao ICMS recolhido a menor em decorrência de haver-se utilizado, indevidamente, da redução da base de cálculo do imposto que se reporta o Art. 1º do Decreto nº. 7799/2000, nas saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes (pessoas isentas no Cadastro do ICMS e inscritas na condição de especial), nos exercícios de 2009 e 2010, nos valores e períodos discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$98.726,19. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Refere-se ao ICMS não recolhido por antecipação tributária, pelo contribuinte substituto, nas aquisições de mercadorias constantes dos Anexos 86 e 88 em outras unidades da Federação, nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$383.159,40. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 - Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 69 e 88. Refere-se ao ICMS recolhido a menor por antecipação tributária, pelo contribuinte substituto, devido a erro na apuração dos valores do imposto, nas aquisições de mercadorias constantes do Anexo 86 em outra unidade da federação, no mês de novembro de 2010 nos valores discriminados a seguir (demonstrativo em anexo). Valor R\$9.778,11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se ao ICMS não retido e não recolhido pelo contribuinte substituto, relativo às operações internas subsequentes, nas saídas de mercadorias tributáveis para contribuintes localizados no estado e desabilitados no cadastro do imposto (contribuintes baixados, cancelados/inaptos, anulados e suspensos em processo de baixa), nos exercícios de 2009 e 2010, nos períodos e valores discriminados a seguir (Demonstrativos em anexo). Valor R\$76.278,84. Multa de 60%.

Na peça defensiva apresentada (fls. 992/1019 - volume IV), o autuado destaca a tempestividade das suas alegações; suscita as preliminares de nulidade do Auto de Infração e de decadência.

Diz que o art. 39 do RPAF/99 compõem os requisitos essenciais para a formalização de uma Auto de Infração, aduzindo que no caso, observou ausência desses requisitos. Reproduz o mencionado dispositivo.

Afirma que não foram apontados dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação, ocorrendo apenas de forma genérica; diz ainda que não consta a enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa, o que eiva a autuação de vício insanável, por violação da norma, confirmando infração aos princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa, contraditório, publicidade, isonomia, etc.

Destaca que é obrigação inexorável, a indicação no Auto de Infração das situações, em que à multa aplicada poderá ser reduzida, vez que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes. O presente auto de infração se limita a dizer que: "*O Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito.*"

Esclarece que é límpida a intenção da legislação esculpida no art. 39, inciso VII, do RPAF, em determinar a especificação e demonstração das reduções da multa aplicada no auto de infração. Diz que no presente processo, apesar de conter a informação da possibilidade de redução da multa, não delimitou quais às reduções ou estabeleceu que leis acobertava a presumível redução.

Primordial, assim, a declaração de nulidade e a consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Esclarece que o procedimento fiscal teve início no dia 30/06/2014, mediante a lavratura do Auto de Infração, e o período fiscalizado compreendido entre 31/01/2009 a 31/12/2010; alega a existência de fatos geradores do exercício de 2009 tragados pelo fenômeno da decadência.

Explica que o art. 146, III, "b" da CF/88 reserva à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência. Nenhuma lei ordinária poderia dispor sobre a decadência, já que seria flagrantemente inconstitucional.

Assinala que o Código Tributário Nacional - CTN, lei complementar material nº 5.172/66, estabelece que a decadência extingue o crédito tributário. Pontua que a decadência é a perda do direito de lançar o crédito tributário pelo decurso de certo prazo de tempo, e se o lançamento é condição de exigibilidade do crédito tributário, a falta desse ato implica a impossibilidade de o sujeito ativo cobrar. Diz que o instituto de decadência depende do tipo do lançamento, pois conforme o seja, o prazo decadencial será de uma forma ou de outra.

Afirma que é de conhecimento basilar que o prazo para homologação do lançamento relacionado ao ICMS é de 05 (cinco) anos contados da ocorrência do "fato gerador", conforme preconiza o § 4º, do art. 150, do CTN. Reproduz o parágrafo indicado do citado artigo. Colaciona jurisprudência do STJ, acerca do prazo decadencial (RESP. nº 169.246/SP, AC. 2ª TURMA. DECISÃO DE 04/06/1998. RELATOR: MIN. ARI PARGENDLER. PUBL. DJ 29.06.1998, P. 153)(21) e o entendimento do Conselho de Contribuinte (Recurso nº 156626, Acórdão n.º 102-48802 - 1º Conselho, data da sessão 07/11/2007).

Diz que se a Fazenda Pública não proceder à expressa homologação dentro do prazo de cinco anos, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito. Com isso completa-se o sistema eliminando-se qualquer possibilidade de vir um tributo a ser recebido pela Fazenda Pública, sem que o crédito tributário tenha sido constituído, pelo lançamento de ofício, ou mediante homologação, sendo esta expressa ou ficta. Como consequência, estará igualmente extinto o direito de a Fazenda Pública efetuar a lançamento de ofício pelas diferenças que, devidas, não foram pagas. Cita posição de Eurico Marcos Diniz de Santi (in. Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Max Limonad, 2ª edição, 2001, p.168).

Explica que a regra do § 4º, do art. 150, do CTN, trata das regras da modalidade do lançamento por homologação. Assim, o termo a quo para cômputo do prazo decadencial começa a fluir a partir da ocorrência do "fato gerador".

Defende que no caso em concreto ocorreu à decadência do direito de lançar para os fatos geradores anteriores a Junho de 2009. Ademais, o sujeito passivo não incorreu na conduta comprovada de dolo, fraude ou simulação. A contagem de prazo não pode ser o art.173, I do CTN, conforme a Súmula n.14 da Conselho de Contribuinte. Reproduz o dispositivo e destaca o Acórdão de nº 102-48736, da Segunda Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, em 12/09/2007.

Assevera que lavrado o Auto de Infração em 30/06/2014, resta provada a homologação tácita de todos os fatos geradores ocorridos anteriores há 05 anos da referida data.

O autuado se apresenta como Pessoa Jurídica de direito privado, cujo objetivo social consiste no comércio atacadista de produtos alimentícios em geral e que o presente Auto de infração discutirá 10 infrações:

Na infração 1, afirma que a imputação foi elaborada a partir de um demonstrativo feito pelo Autuante e entregue com o nome de "DEMONSTRATIVO\_ICMS\_CRÉDITO\_APROPRIADO\_INDEVIDAMENTE\_SAÍDAS\_SUBSEQUENTES\_SEM\_TRIBUTAÇÃO\_2009.1" onde estão relacionados os números das Notas Fiscais que supostamente a empresa defendente se apropriou do crédito do ICMS de mercadorias isentas, o que é proibido por Lei.

Diz que após a análise, verificou que a infração não existe, que houve erro fiscal, pois nas Notas Fiscais de nºs 1662 e 3555, o produto que consta no demonstrativo feito pelo Auditor como isento

é a Sopa Arisco de Creme de Milho, com NCM 21041011, tributado normalmente permitindo direito ao crédito de ICMS.

Já as Notas Fiscais nºs 1078 e 7174 com o produto Xerém de Milho Grapiuna 500grs 1x500GR nem possui destaque do ICMS nos documentos fiscais e em nosso livro Registro de Entradas, não utilizamos o crédito de ICMS para esse produto, somente houve crédito de ICMS do valor referente aos outros produtos tributados normalmente de ICMS constantes nas Notas Fiscais nºs 1078 e 7174.

As Notas Fiscais de nºs 25965 e 33463 tratam de Pallet em Madeira, produtos que sequer possui destaque de ICMS nos documentos fiscais, tampouco foi utilizado o crédito do ICMS na Apuração do ICMS. Anexa cópias das referidas notas fiscais, bem como cópia dos livros Registro de Entradas, para comprovar a não utilização do referido crédito de ICMS.

Afirma que é flagrante o erro da autoridade fiscal, conforme consta nos demonstrativos anexados a presente defesa, o que torna nula a presente infração. Portanto há um total descompasso entre a autuação fiscal e os fatos reais, assim, é patente a nulidade por falta de certeza e liquidez, haja vista o que dispõe o art.18. IV, “a” do RPAF.

Em relação à infração 2, diz que a origem da imputação é semelhante a da infração anterior. A acusação de crédito do ICMS em aquisições de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária não é verdade. Explica que nas Notas Fiscais mencionadas no relatório fiscal também existem mercadorias tributadas de ICMS normalmente e, somente em relação às essas entradas foi aproveitado o crédito fiscal. Por sua vez, os lançamentos com produtos que estão com o pagamento do imposto pago antecipadamente foram lançados sem crédito do ICMS.

Destaca que apenas as Notas Fiscais de nºs 431905 e 433546 de 16 e 17/06/2009, 701930 de 10/07/2009 e a 2164 de 05/03/2010 realmente por um equívoco foi utilizado o crédito de ICMS, desta forma, reconhece o valor de R\$ 43,55 relativo à Infração 2. Anexa cópia do livro Registro de Entradas para demonstrar o equívoco do autuante.

No que pertine à infração 3, diz que acata os argumentos da fiscalização e realizará recolhimento integral, haja vista que trata-se de pequeno erro, o que gerou uma infração relativamente baixa, assim imperioso que seja expedia guia para o seu recolhimento (art.91 do RPAF).

Na infração 4, argumenta que a imputação se originou do demonstrativo elaborado pelo fiscal, destacando as diversas saídas de mercadorias com notas fiscais, sem destaque do ICMS, e que, segundo o Auditor, deveriam conter tal destaque por se tratar de mercadorias tributadas.

Verificou, nas operações constantes do demonstrativo fiscal, que se trata de produtos recebidos a título de brindes, que foram doados aos clientes, conforme as diversas saídas, nos anos de 2009 e 2010. Lista os diversos produtos que são tipificados como brindes (fls. 1002/1003). Conclui que os mencionados itens não foram comercializados, tanto que as notas fiscais constantes no relatório fiscal possuem o CFOP 5.910.

Afirma que não prospera a acusação fiscal, haja vista que nas entradas dos itens não houve o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS, visto que não foram comercializados tais produtos, pelo contrário, houve o pagamento do Diferencial de Alíquotas, quanto às entradas originadas de outras unidades da Federação. Com intuito de comprovar tais assertivas, anexa cópias das Notas Fiscais de Entradas destes produtos, a grande maioria com o CFOP 5.949 ou 6.949, que estão relacionadas no Demonstrativo elaborado pelo Autuante, assim como cópia dos Livros Registro de Apuração de ICMS (quadro débito do imposto, outros débitos e os valores a título do Diferencial de Alíquotas). Ratifica que não foram comercializados tais produtos e solicita diligência fiscal a fim de esclarecer as alegações feitas.

Ressalta que foi realizada operação de acordo com a legislação e não há falar em infração. Cita o art. 388, RICMS BA e que o desconto é incondicional e, dessa forma, não integra a base de cálculo do ICMS, conforme interpretação a contrario *sensu* do art. 13, §1º, II, da Lei Complementar nº

87/96, que manda incluir na base de cálculo do impostos, o valor da operação mercantil e também o dos seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos, concedidos sob condição.

Desta forma, a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado, mas o valor da operação, que se define no momento em que esta se concretiza; assim, os valores de bonificação/brindes não integram a base de cálculo do ICMS porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre à saída da mercadoria da empresa. Diz que o STJ pacificou a questão, consolidando a posição que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação mercantil efetivamente realizada.

Sustenta que não reconhece a infração 5, pois ao verificar cuidadosamente o demonstrativo feito pelo Autuante, discriminando os valores e períodos, vê que a fiscalização apontou algumas mercadorias que estavam com a base de cálculo do ICMS erradas. Porém, houve equívoco fiscal, por exemplo, nos dias de 05/01/2009 até 01/04/2009, constatou diversas vendas dos produtos Vodka Natasha 1l, Aguardente Chanceler Alc. 12x1000ml, Aguardente Pirassununga 51 12x1L, Bitter Campari 900ml, Conhaque Domecq 1000ml, Conhaque Domus 6x1000ml, Conhaque Dreher 12x900ML, Conhaque Presidente 6x970ml, Cortezano Bco (Vermute) 12x900, Vinho Bco Almaden Riesling 750, Vinho Class Cab Suaving 6x750 ml e mais outros tipos de bebidas alcoólicas aplicadas uma redução da base de cálculo de apenas 30%, cobrando toda a diferença encontrada.

Explica que o Art. 3º-F do Decreto nº 7.799 de 08 de Maio de 2000, vigente na época das operações, autorizava uma redução da base de cálculo em 55,55%, de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12%, a saber:

*"Redação anterior dada ao caput do art. 3º-F pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07, efeitos de 12/04/07 a 31/03/09:*

*"Art. 3º-F. Nas operações internas realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, com as mercadorias relacionadas ao CNAE 4635-4/99 –comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida em 55,55% (cinquenta e cinco inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento)."*

Diz que todas as notas fiscais de bebidas alcoólicas discriminadas no Demonstrativo fiscal foram calculados com a redução de 55,55%, no período autuado; não tendo recolhimento a menor.

Destaca outro erro do autuante com relação às operações com "vinhos", todas efetuadas no período de 01/04/2009 à 30/06/2009, que aplicou a redução de 29,412% / 30,000% e 41,176%, esquecendo-se que o Art. 3º-F permitia uma redução da base de cálculo em 55,55%, de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12%, a saber:

*"Redação anterior dada ao caput do art. 3º-F pelo Decreto nº 11.481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09), efeitos de 09/04/09 a 31/12/09:*

*"Art. 3º-F. Nas operações internas com as bebidas alcoólicas a seguir discriminadas, realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, destinados a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida de tal forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento): decreto\_2000\_7799.*

*I - vinhos da posição NCM 2204;*

*II - bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo), misturas de bebidas fermentadas emisturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, todos da posição NCM 2206;*

*III - aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou deoutras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples da posição NCM 2208."*

Reitera que não houve destaque a menos, tampouco, recolhimento a menos, visto que houve equívoco fiscal, que não observou dispositivo legal autorizando uma redução na base de cálculo do ICMS maior que a sugerida por ele (carga tributária correspondente a 12%) e não as diversos percentuais de redução de base de cálculo que o ilustre Autuante sugere em seu Demonstrativo.

Na análise do demonstrativo, verifica que diversas vendas dos seguintes Produtos: Mingau Vitalon Milho Sch 200 e 300g, Mingau Nutribom Milho Sch 300g e Cr Vegetal Deline c/Sal 250 e 500g foram também relacionados, sugerindo que a empresa autuada recolheu a menor o ICMS por equívoco na redução da base de cálculo.

Ressalva, porém, os Produtos Mingau Vitalon Milho Sch 200 e 300g e Mingau Nutribom Milho Sch 300g, que foram emitidos com a alíquota de ICMS de 7% como determina o art. 51 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 por se tratar de farinha de milho, produto da cesta básica e o Creme Vegetal Deline c/Sal 250 e 500g são produtos que possuem redução da base de cálculo do ICMS também diferente da constante no Demonstrativo ora elaborado, visto que se trata de Margarina que estava autorizada uma redução da base de cálculo do ICMS de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), conforme estabelecia o Inciso XXXI do Art. 87 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Para a infração 7, invoca o art. 1º do Decreto nº 7799/2000, aduzindo que a norma legal permite a aplicação da redução da base de cálculo, nas saídas destinadas a contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS, contradizendo a acusação fiscal para quem não se pode reduzir a base de cálculo para contribuintes inscritos na condição de especial. Transcreve o §3º desse artigo primeiro, que estende o tratamento tributário previsto no artigo às operações internas "*destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial*", vigente até 31.10.2011, na redação dada pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11.

Diz que realizou a operação em atenção ao Decreto nº 7799/2000; não houve infração à norma.

Na infração 8, explica que foi intimado a entregar as Notas Fiscais, documentos fiscais, DAE's e Livros Fiscais, conforme solicitado, existindo provas irrefutáveis do recolhimento do ICMS-ST.

Acusa o preposto fiscal de não considerar os recolhimentos já retidos e destacados nas Notas Fiscais (Convenio ou Protocolo assinado entre os Secretários de Estado); diz que outras provas de recolhimentos foram entregues ao autuante e não se sabe por qual o motivo, existe nova cobrança, através do presente PAF, preferindo autuar o contribuinte ao invés de forçá-lo a provar que fez os recolhimentos; poderia comparar e verificar se os recolhimentos já tinham sido efetuados. Diz que as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 11555 de 27/04/2010 do Fornecedor Unilever Brasil Nordeste Prod. Limpeza SA, com C.N.P.J. (MF) 00.880.935/0001-00 foram objeto de devolução total de compra na mesma data de recebimento, por estarem em desacordo com o pedido; também não poderia constar no demonstrativo fiscal, a Nota Fiscal de Devolução nº 191644 de 30/04/2010.

Discrimina nos autos as notas fiscais que a fiscalização acusou a falta de pagamento e que já estavam com o ICMS retido pelo fornecedor; os DAE's de recolhimento do ICMS antecipado, a fim de comprovar a lisura das operações.

*ICMS RETIDO:*

*Notas Fiscais: 8887, 111436, 30834, 31698, 32218, 26354, 26859, 18002, 18001, 118605, 27416, 12968, 12969, 12970, 28416, 14864 e 15777.*

*ICMS Substituição Tributária Recolhida através de Documento de Arrecadação Estadual (DAE):*

*Notas Fiscais: 407382, 6880, 6886, 7177, 7214, 7226, 7175, 5684, 5678, 8005, 8007, 8008, 8329, 8271, 8317, 8327, 8273, 8272, 8321, 8001, 8003, 15270, 585, 432526, 11551, 11491, 11555, 29134, 2393, 756, 12818, 12822, 765, 28417, 20068, 20066, 20067, 20064 e 20406.*

No item 9, diz que, apesar de entrega de diversos demonstrativos impressos, cópia eletrônica contendo toda documentação alusiva ao presente PAF, não conseguiu identificar o demonstrativo pertinente a esta infração, o que prejudicou a ampla defesa, cerceamento de proceder aos seus argumentos de defesa, o que poderá ser comprovado por este egrégio órgão de Julgamento; visto que não foi atendido o devido processo legal, pede a nulidade desta Infração.

Aduz que os demonstrativos e os levantamentos quantitativos são meios de prova essenciais à materialidade da infração, conforme dispõe o art. 39, VI, além do art. 41, incisos I e II, ambos do RPAF/99. Reitera que tal procedimento deixa de cumprir requisitos necessários para formalização do lançamento, fato que eiva de nulidade a infração, por ofensa ao Art. 142 do CTN, além do art. 5º, LV, da Constituição Federal (art. 18, incisos II e III do RPAF/99).

Em relação às infrações 6 e 10, diz que após análises das imputações, nas as aceita, haja vista os enormes vícios e erros materiais que foram acometidos pelo Ilustre Autuante na elaboração de seus demonstrativos, conforme discrimina:

- a) Pontua que não encontrou vínculo algum nos dispositivos informados pelo Autuante para a Infração supostamente infringida, logo não resta suporte legal para manutenção de tal infração, pois no presente Auto de Infração alude o dispositivo legal para a Infração, informando o Art. 11, combinado com os artigos 75 a 87, a depender da hipótese ou da operação, a serem especificados e Art. 124 do Decreto nº 6.284/97, o que denota, assim, nulidade,
- b) Vislumbra que nas infrações alegam que houve violação de artigos do Decreto nº 6284/97, porém não há qualquer menção de qual inciso supostamente violado, o que dificulta de forma cabal a defesa.
- c) Assinala que o Autuante fez cruzamentos dos documentos fiscais com o Banco de Dados – [
- d) Sistema INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, porém esse cruzamento de informações com os destinatários das Notas Fiscais foi feito considerando os dias atuais, ou quando em algum momento, encontraram-se os contribuintes em situação cadastral irregular, porém o Auditor Fiscal esquece que a verificação deve ser feita na data da emissão das Notas Fiscais, ou seja, a situação cadastral deve ser verificada na mesma data da emissão dos documentos fiscais.

Verifica que no Demonstrativo elaborado pelo Autuante para justificar a manutenção da Infração mencionada, existem diversos contribuintes, destinatários das notas fiscais, que na época da emissão e saída das mercadorias estavam em situação regular, ou seja, com inscrição ativa. Observa que não se pode confiar em um procedimento que contenha erro desta magnitude, visto que acaba por imputar tributação inexistente.

Mostra por amostragem alguns contribuintes nessa condição; anexou cópias das próprias consultas entregues pelo Autuante, no momento do recebimento do presente Auto de Infração para provar a veracidade das suas alegações:

*"Pedro Praxedes de Souza – ME com Inscrição Estadual 049.736.425 situação Ativo de 31/03/2009 até 17/03/2001, J R de Souza Maia com Inscrição Estadual 039.869.348 situação Ativo de 04/06/2009 até 29/06/2011, E. G. Souto Derivados de Petróleo Ltda – ME com Inscrição Estadual 056.809.660 situação Ativo de 12/02/2009 até 17/03/2011, Julio Santos Nunes – ME com Inscrição Estadual 055.898.005 situação Ativo de 20/01/2009 até os dias atuais, Denilson Pereira do Nascimento de Camacan – ME com Inscrição Estadual 042.679.183 situação Ativo de 13/11/2009 até os dias atuais, Romualdo Araujo Silva – ME com Inscrição Estadual 057.708.986 situação Ativo de 06/03/2009 a 17/03/2011, Sarita Pinho Bonfim com Inscrição estadual 054.850.189 situação Ativo de 03/02/2009 a 10/08/2012, M. G. Junior – ME com Inscrição Estadual 073.267.973 situação Ativo de 02/03/2009 até 29/05/2013, Wanderleia Carneiro Soares Souza com Inscrição Estadual 064.224.348 situação Ativo de 03/03/2009 até 01/01/2011, Marinalva Souza de Almeida com Inscrição Estadual 052.914.522 situação Ativo de 22/01/2009 até 01/01/2011, Adorno e Filhos Ltda –ME com Inscrição Estadual 094.181.498 situação Ativo de 30/07/2009 até 04/12/2013, Denilson Pereira do Nascimento de Camacan – ME com Inscrição Estadual 042.679.183 situação Ativo de 13/11/2009 até os dias atuais, Moises Lima Porto – ME com Inscrição Estadual 078.396.452 situação Ativo de 14/01/2009 até 08/05/2013, Joventino Jose de Almeida – ME com Inscrição Estadual 058.084.807 situação Ativo de 22/04/2010 até 17/03/2011, Pedro Praxedes de Souza – ME com Inscrição Estadual 049.736.425 situação Ativo de 31/03/2009 até 17/03/2011, Idalicio Santana Mota Filho – ME com Inscrição Estadual 062.377.710 situação Ativo de 20/01/2009 até 02/08/2013, Maria Divoneide Gomes Figueiredo com Inscrição Estadual 058.451.034 situação Ativo de 16/01/2009 até 01/01/2011, Valcielio Menezes Miranda com Inscrição Estadual 069.497.406 situação Ativo de 23/01/2009 até 01/01/2011, Valdemir Barbosa de*

*Souza – ME com Inscrição Estadual 066.403.997 situação Ativo de 20/09/2010 até os dias atuais e Josemar da Silva Bomfim – ME com Inscrição Estadual 076.882.445 situação Ativo 02/03/2009 até os dias atuais."*

- e) Explica que o autuante no demonstrativo cobra recolhimento a menor de ICMS relacionado às operações de vendas efetuadas para contribuintes em situação irregular; porém, o Autuante esqueceu das diversas vendas com produtos que possuem redução de base de cálculo de ICMS permitida por norma legal, a exemplo de vinagre, charque e margarina, inciso XXI do Art. 87, leite em pó, inciso XXI do Art. 87, leite de gado tipo longa vida, inciso XXXV do Art. 87, óleo refinado de soja, inciso VII do Art. 87 todos do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e que mais uma vez foi deixado de lado pelo Autuante.

Assente que junta cópias dos documentos fiscais, comprovando que os destinatários das mercadorias, mesmo que não seja considerados contribuintes ou assemelhados, não haveria razão para lavrar infração sob tal prerrogativa, visto que o citado Decreto nº 7799/00 prevê hipótese de redução para vendas a não contribuintes e dentro de limitação predefinida.

Declara que atuou nos padrões que lhe é devido, aplicou o fator de redução em conformidade com a legislação, sendo imperiosa a extinção da infração. Diz que houve, ainda, equívoco por parte do autuante que não verificou a data de desabilitação dos contribuintes, argumentando que, na grande maioria, estavam aptos, quando das operações de vendas.

Discorre sobre o princípio da boa-fé objetiva; sobre o princípio da verdade material; finaliza pedindo a nulidade dos autos, o reconhecimento da decadência e, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

Na Informação fiscal prestada (fls. 1652/1688 - volume VI), o autuante faz uma síntese das infrações constantes no presente Auto de Infração, discorrendo sobre as preliminares arguídas pelo autuado, refutando, ao final, que são insubstinentes as alegações da defesa.

Quanto à decadência, informa que, embora não possa examinar a constitucionalidade da norma tributária, nega que tenha ocorrido a decadência do direito de lançar fatos geradores anteriores a junho de 2009.

Com relação às questões de fato e direito, na infração 1 (crédito indevido, aquisição de mercadorias com isenção de imposto), diz que acata o argumento do autuado, no que se refere à Nota Fiscal nº 3555, pois, de fato, o produto discriminado nesse documento fiscal é Arisco Sopa Creme de Milho 12x68GR, mercadoria tributada. Salienta que a descrição da mercadoria no arquivo magnético SINTEGRA (Convênio ICMS 57/95), o induziu a erro e também ao contribuinte, haja vista que as saídas do produto do seu estabelecimento ocorreram com isenção do ICMS. Diz que a nota fiscal nº 1662 contém produtos com e sem tributação e o documento fiscal não foi apresentado no curso da fiscalização, nem durante a defesa; que consta no livro de Registro de Entrada a apropriação do crédito (fl. 29) e, adicionalmente, o registro 54 do SINTEGRA foi devidamente retificado. A parcela referente à Nota Fiscal nº 1662, pois, fica mantida.

No tocante às Notas Fiscais nºs 1078 e 7174, aquisição de Xerém de Milho Grapiúna 500GR, mercadoria isenta, constatou em relação à primeira Nota Fiscal (1078) que a base de cálculo do crédito apropriado (fls. 30), no valor total de R\$ 4.150,00 é soma do produto Xerém de Milho no valor de R\$ 1.050,00 mais (+) o valor do produto pipoca Grapiúna no valor de R\$ 3.100,00, importando o crédito apropriado o valor de R\$ 290,50, por conseguinte subsiste a exigência fiscal relativamente à Nota Fiscal nº 1078, pois à Nota Fiscal nº 1078 não consta crédito para o Xerém de Milho. No que se refere à Nota Fiscal nº 7174, consta o crédito apropriado pela empresa no demonstrativo (fl. 31), no valor de R\$ 6,75, extraído do registro 54 do SINTEGRA, após a devida retificação dos registros magnéticos. O documento fiscal consta do PAF (fl. 34) e o valor do crédito fiscal apropriado no Livre de Registro de Entrada totaliza R\$ 63,95, cuja base de cálculo é R\$376,18, referente aos produtos Xerém de Milho e Trigo para Kibe.

O total do crédito ref. a Nota Fiscal nº 7174, foi obtido somando  $(67,5+135+110,4+91,6+235) = 639,5$ , como o contribuinte é signatário de Termo de Acordo, o valor do crédito foi limitado a 10% deste

total = R\$ 63,95. Portanto o crédito de R\$ 6,75 é indevido, pois Xerém de Milho não é tributado nas operações internas, razão do crédito não ter sido destacado no documento fiscal de aquisição da mercadoria. A infração é subsistente. Reproduz o lançamento da Nota Fiscal nº 7174 realizado no Registro de Entrada (fl. 23).

Em relação às Notas Fiscais nºs 25965 e 33463, entrada de Pallete,s em madeira no estabelecimento, com o crédito indevido de ambas as notas fiscais, conforme demonstrativo anexo ao PAF (fl. 31), extraído do SINTEGRA - Convênio ICMS 57/95, após retificação dos registros, e cópias dos documentos fiscais às fls. 32 e 33. O crédito fiscal da Nota Fiscal nº 33463 consta do livro RE no valor de R\$ 40,80. São créditos indevidos, portanto. Reproduz o lançamento da Nota Fiscal nº 33463 (fl. 64) do Registro de Entrada.

Ratifica parcialmente o lançamento de ofício em relação à infração 1, excluindo-se o valor do crédito fiscal apropriado à Nota Fiscal nº 3555, no valor de R\$ 32,81, em 12/2009. Valida as demais exigências, inclusive as Notas Fiscais de nºs 357974 e 61605, que não foi contestada. Elabora novo Demonstrativo ICMS\_CRÉDITO INDEVIDO\_SAÍDAS SUBSEQUENTES SEM TRIBUTAÇÃO\_2009.1,

Na infração 2, afirma que a empresa desdobra os lançamentos às situações nas quais constam das respectivas notas fiscais mercadorias com e sem tributação, aproveitando o crédito das mercadorias tributadas, conforme se vê dos Demonstrativos: ICMS\_Crédito Apropriado Indevidamente\_Mercadorias Com Pagamento do Imposto por Substituição Tributária\_2009 e 2010 (fls. 35, 40 e 41).

Salienta que a Nota Fiscal nº 694583, lançada em 30/05/2009, contém somente produtos com imposto pago por substituição tributária, Massa de Sopa Ninho Sêmola 20X500GR, conforme consta dos registros do SINTEGRA, Convênio ICMS 57/95, cuja nota fiscal não foi apresentada no curso da fiscalização, nem tampouco nesta fase de recurso, porém o crédito foi apropriado, conforme cópia do RE às fls. 36 do PAF, portanto, o crédito é indevido.

Quanto às Notas Fiscais nºs 431905, 433546 e 701930, o autuado informa que, por equívoco, utilizou o crédito dos ICMS indevidamente, reconhecendo o valor de R\$ 43,55 apropriado no livro RE.

A Infração 2, em 2009, é inteiramente procedente (fl. 35).

Sustenta que as Notas Fiscais nºs 13123 e 81063 não foram apresentadas no curso da ação fiscal, nem no momento da defesa. Tais notas se referem às mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária, consta do SINTEGRA, Convênio ICMS 57/95 (fls. 43/44 e fls. 1062/1063).

Diz que a Nota Fiscal nº 164095 com crédito apropriado no valor de R\$ 556,17 (fl. 1061), quando o valor correto seria R\$ 488,87, resultado da soma do valor de R\$ 5.016,48, correspondente às entradas de vinagre constante dessa nota fiscal (+) mais a soma do valor de R\$ 1.377,20, correspondente às entradas de sabonete. Reduzida a base de cálculo é reduzida em 58,824%, no caso do vinagre  $(5.016,48 \times 0,58824) = R\$ 2.065,59$  (+) mais a Base de Cálculo reduzida em 41,176% no caso do sabonete  $= (1.377,20 - 0,41176 \times 1.377,20) = R\$ 810,12$ , haja vista que a autuada é signatária do Termo de Acordo do Decreto Nº 7799/2000. Total da base de cálculo apurada corretamente  $= (2.065,59 + 810,12) = R\$ 2.875,71$ , que multiplicada pela alíquota de 0,17% resulta no crédito corretamente quantificado no valor de R\$ 488,87. Crédito apropriado a maior na importância de  $(556,17 - 488,87) = R\$ 67,30$ , o exato valor consignado ao Demonstrativo Fiscal às fls. 40, portanto crédito referente à entrada de Alvejante Brilux, mercadoria do regime de substituição tributária. Portanto, com relação à Nota Fiscal nº 164095, a exigência está correta.

As Notas Fiscais nºs 15269 e 15270 se referem a mercadorias do regime de substituição tributária, cujos créditos foram apropriados indevidamente (fls. 45/46 e 1060). Mantém a exigência.

Em relação à Nota Fiscal nº 2164, o próprio autuado admite que utilizou o crédito fiscal por equívoco (fl. 1001). Exigência fiscal igualmente procedente.

As Notas Fiscais de nºs 8252, 8251, 8119, 29135 e 73030 se referem a mercadorias do regime de substituição tributária, com saídas subsequentes sem tributação (fls. 41, 48, 49, 50, 51, 52 e 1064).

Os créditos foram apropriados indevidamente e a exigência é procedente integralmente. Reproduz tais lançamentos.

Diz que houve apropriação indevida também em relação às Notas Fiscais nºs 53750 e 82130 (fl. 41, 53 e 54). A primeira contém o produto Cobertura Moça Chocolate LT 2540G, cujo crédito foi apropriado integralmente no valor de R\$ 74,31. A Nota Fiscal nº 82130 contém diversos produtos cujo crédito referente à Cobertura Moça Chocolate LT 2540G foi apropriado no valor de R\$ 104,04, parcialmente, conforme pode se constatar pelo valor total do crédito lançado no RE que resulta da soma das seguintes parcelas ( $126,94 + 67,47 + 100,14 + 104,04 + 177,44 = 177,44 + 119,14$ ) = R\$ 842,61, que é o valor consignado no Livro Registro de Entrada. Para o produto Cobertura Nestlé Chocolate M Amargo 2,3 KG não foi apropriado crédito fiscal, conforme consta dos Registros do SINTEGRA, Convênio ICMS 57/95. Assim, considerando que as saídas subsequentes desses produtos ocorreram com a fase de tributação encerrada. Os aludidos créditos fiscais são, também, indevidos. Portanto, também procedente no total a Infração 2, em relação a 2010. Reproduz os lançamentos das Notas Fiscais nºs 53750 e 82130.

Na infração 3, diz que o autuado reconhece o débito.

Com relação à infração 4, refuta as alegações defensivas, entre as quais, que as saídas tiveram origem nos bens recebidos como brinde, doados aos seus clientes; que os itens não foram comercializados, sendo pago, inclusive, diferencial de alíquotas (fls. 1002/1003).

Reafirma que a infração é procedente, aduzindo que as saídas ocorreram, em sua maioria, com CFOP 5949 e 6949, conforme consta do demonstrativo (fls. 89/194). Rebate também a alegação defensiva de que não apropriou dos créditos respectivos e que recolheu o diferencial de alíquota sobre as entradas oriundas de outras unidades da federação. Diz que não se pode afirmar que todos os produtos, sobre os quais a empresa dera as saídas, seriam somente aqueles sujeitos a Diferença de Alíquotas, também, porque a empresa não quantificou, operação a operação, os valores lançados em seu Livro Registro de Apuração de ICMS, a título de DIFAL; diz que ainda existe a incidência do ICMS, sobre as saídas das mercadorias do estabelecimento que ensejaram o presente lançamento de ofício, quer sejam comercializadas, transferidas ou distribuídas a qualquer título, inclusive como brindes. Conclui que a incidência do imposto é inexorável.

Observa que as operações com brindes, não está disciplinada no art. 388 (Decreto nº 13.780/12), posto que na época, o art. 564 do RICMS/97 é o apropriado à presente demanda. Observa que a empresa não atendeu ao quanto consignado nos artigos 565 e 566 do RICMS/97, que disciplinam a aquisição de “brindes” para distribuição ao consumidor ou ao usuário final, e às aquisições de materiais promocionais, a maioria sob CFOPs 5949 e 6949, sendo as operações de saídas subsequentes sujeitas à tributação do ICMS.

Ademais verifica que os produtos exaustivamente discriminados, às fls. 1002 e 1003 do PAF, uma vez recebidos pelos destinatários, serão objeto de novas operações de saídas, em grande parte para outras pessoas, estas sim *consumidores ou usuários finais, outra parte será utilizada como materiais promocionais nos estabelecimentos destinatários, e, ainda, uma outra parte será incorporada ao ativo fixo dos estabelecimentos destinatários*. Vê-se, pois, que os produtos não se conformam a definição legal de brinde, nos termos do art. 388 (usado pelo impugnante).

Quanto ao desconto incondicional, que não integra a base de cálculo do tributo e no tocante a definição da base de cálculo do imposto nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e da CF, diz que tudo não passa de mera retórica, porquanto não se está analisando questão já pacificada pelo STJ, acerca dos descontos incondicionais, de que se socorre o autuado. Todavia, tais alegações, não autorizam a construção da tese desposada pela defesa, na tentativa de afastar a incidência do ICMS às operações constantes dos Demonstrativos que lastreiam a exigência fiscal.

Ressalva que o lançamento de ofício se reporta às diversas saídas de produtos tributados, cujas saídas foram declaradas como não tributadas, sem vinculação com descontos concedidos.

Ratifica a exigência integral da infração 4.

Quanto à infração 5, aduz que a exigência fiscal recai sobre bebidas alcoólicas, inclusive vinhos e espumantes, listadas pela impugnante às fls. 1005 e 1006 do PAF. Admite que houve equívoco quanto aos percentuais e aos períodos de redução da base de cálculo para as mercadorias que aplicou a alíquota de 27,00%, haja vista que a carga tributária estabelecido no art. 3º F do Decreto nº 7799/2000, então vigente, era de 12,00%. Nesse caso específico, diz que assiste razão ao autuado. No que se refere às saídas de bebidas alcoólicas tributadas a 17,00%, e no caso das aguardentes, excluiu a exigência, por considerar a tributação nos termos adotados pelo autuado.

No que diz respeito às saídas dos produtos discriminados às fls. 1007 do PAF (Mingau Vitalon Milho Sache, o Mingau Nutribom Milho Sache); diz que são produtos a base de milho, mas não farinha de milho como quer fazer crer a autuada, muito menos integram a cesta básica, pois além do milho possuem outros ingredientes como vitamax, açúcar, amido, sal, sais minerais, vitaminas e aromatizante, conforme se pode verificar de uma simples consulta a Internet, sendo, portanto, produtos tributados a 17,00%, porém com tributação reduzida, conforme Art. 1º do Decreto nº 7799/2000. Já o Creme Vegetal Deline, também, não é Margarina, como deseja fazer crer a autuada, mas outro produto, cuja composição difere da Margarina.

Apresenta a definição dos produtos:

Afirma que as margarinas são compostas principalmente por óleo ou gordura vegetal, água e leite, este com limite máximo de 3% do total da composição. Entre seus itens opcionais de fabricação estão a gema de ovo, a vitamina A e o sal. A gordura é ingrediente essencial na composição das margarinas. Quanto mais elevada a presença de lipídios, cujo teor máximo é de 95%, maior a facilidade de espalhar e manusear a margarina. Além, é claro, da melhora no desempenho culinário. Elas são muito utilizadas na preparação de bolos, pães e doces, melhorando o aroma e o sabor dos produtos, além de proporcionar um aumento de volume, melhoria da textura, maciez e capacidade de aeração.

Já o creme vegetal é um alimento de origem vegetal, formado principalmente pela mistura de óleos e/ou gorduras vegetais e água, podendo ser adicionado de outros ingredientes, como azeite, bacon, queijo etc. É muito usado para passar em pães, torradas e bolos. Sua fabricação não estabelece teor mínimo ou máximo de lipídios. Quando possui na sua formulação outros ingredientes e/ou nutrientes específicos é benéfico para a saúde. O creme vegetal é considerado saudável.

Portanto, afirma que uma das diferenças dos produtos é quanto a sua destinação, se para preparo de alimentos, bolos pães e doces, no caso da margarina, ou para consumo humano, como aditivo alimentar para passar em pães, torradas e bolos. A outra diferença diz respeito à composição dos produtos, quanto a adição de leite, ao teor de gordura, além de outros nutrientes. No caso da margarina o leite entra necessariamente em sua composição e no creme vegetal apenas as gorduras vegetais entram em sua composição, com teor de lipídios muito menor que na margarina, sendo menos calórico e, por conseguinte, mais indicado para utilização na alimentação humana, diretamente.

Assim, demonstrado que o Creme Vegetal Deline, objeto da autuação, não é margarina, incidindo, portanto, nas operações de saídas do estabelecimento a alíquota de 17,00%, sobre a base de cálculo reduzida na forma do art. 1º do Decreto nº 7799/2000, restando demonstrado o acerto do lançamento, de referência a esta parte da Infração 5, mesmo porque a utilização de benefício fiscal deve-se ater, estritamente, a discriminação legal, não comportando ilações ou ampliação do alcance do comando regulamentar em detrimento do erário público.

Conclui, diante das considerações trazidas, pelo acatamento das razões da defesa e direito à redução da base de cálculo em 55,55%, incidente sobre as saídas de bebidas alcoólicas, inclusive vinhos e espumantes, no período de janeiro a junho de 2009, acolhendo, ainda, sua quantificação para o tributo nas saídas de aguardentes no mesmo período; porém, ratifica a exigência fiscal referente ao Mingau Vitalon, Mingau Nutrilon, Creme Vegetal Deline e demais produtos relacionados aos demonstrativos que instruem essa Infração 5 (em anexo o Demonstrativo

devidamente retificado relativo ao 1º Semestre de 2009).

Com relação à infração 7, o autuante, ratifica integralmente a exigência. Diz que a infração recai sobre o recolhimento a menor do ICMS em razão da redução indevida da base de cálculo, nas saídas para mercadorias tributáveis para não contribuintes. Explica que a parcela dessa exigência fiscal que se reporta as saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes (pessoas isentas, não inscritas no CAD-ICMS), que não foi guerreada pela autuada é inteiramente procedente, haja vista a previsão legal insculpida no Art. 1º do Decreto nº 7799/2000, pois esta se refere às saídas para contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual do imposto, portanto, saídas para não contribuintes não gozam do aludido benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

Esclarece que a parte subsequente das alegações da defesa não tem suporte legal, como que fazer crer o autuado, haja vista que a Infração se refere às saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes; diz que o demonstrativo fiscal se reporta, especificamente, as saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes inscritos no CAD-ICMS por opção própria, na condição de especial, por conseguinte, são não contribuintes de ICMS, mas que exercem a prerrogativa de inscrever-se no cadastro estadual do imposto. Isso, contudo, não os torna contribuintes do imposto, são não contribuintes, cujas saídas de mercadorias tributáveis a eles destinadas, não gozam do benefício da redução da base de cálculo nos termos do Art. 1º do Decreto nº 7799/2000.

Diz ainda que a outra parte da assertiva do contribuinte, com previsão insculpida no parágrafo 3º, do Art. 1º, do Decreto nº 7799/2000, vigente à época, com extensão do tratamento tributário previsto no aludido Art. 1º, para fins de redução da base de cálculo do ICMS, nas saídas realizadas por contribuintes inscritos no CAD-ICMS sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único, destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos na condição de especial, também, não ampara, no caso em concreto, a pretensão da autuada, pois se aplica, exclusivamente, às saídas das mercadorias tributáveis promovidas por contribuintes inscritos no CAD-ICMS, somente sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13 4647-8/0 \_Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria, 14-A 4672-9/00 \_Comércio atacadista de ferragens e ferramentas, 14-B 4673-7/00 \_Comércio atacadista de material elétrico, e 14-C 4679-6/99 \_Comércio atacadista de materiais de construção em geral, para não contribuintes inscritos no cadastro do imposto na condição de especial.

Afirma que o autuado está inscrita no cadastro estadual sob código de atividade econômica 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, conforme consta de seu Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, portanto, a previsão legal insculpida no parágrafo 3º, do Art. 1º, do Decreto nº 7799/2000, não contempla as saídas promovidas pela autuada, que deverão sujeitar-se a tributação integral do ICMS, sem qualquer redução da base de cálculo, posto que a redução prevista nesse § 3º, Art. 1º, em comento, alcança somente as operações de saídas realizadas pelos contribuintes inscritos sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C, do Anexo Único do referido Decreto, o que não se verifica no caso dessa Infração 7, em lide.

Conclui que, em contrário ao pensamento do sujeito passivo, o fisco atentou ao disposto no Decreto nº 7799/2000, não estando às operações de saídas constantes dessa Infração 7 ao abrigo do benefício fiscal e a infração 7 é inteiramente procedente.

O Auditor Fiscal contesta a infração 8, refuta que não há provas irrefutáveis nos livros e documentos fiscais apresentados, nem tão pouco deixou de considerar retenções e recolhimentos realizados pelos contribuintes quando da existência de acordos interestaduais. Diz que apesar da apresentação de farta documentação, porém, para as operações constantes dos demonstrativos fiscais que lastreiam a infração 8, tais documentos fiscais não foram exibidos ou o foram sem se referir a antecipação tributária, pelo sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias em outros estados, a antecipação tributária que encerra a fase de tributação, a

substituição tributária integral.

No tocante às alegações defensivas que *"diversos recolhimentos foram entregues e ignorados, que ao invés de comparar e verificar os recolhimentos, fez foi cobrar novamente através do presente PAF, não sabendo o contribuinte o motivo, forçando a comprovação dos recolhimentos pela empresa"*, refuta-a, pois, constatou que os recolhimentos referentes às operações listadas nos Demonstrativos, às fls. 330 a 332 e 312 a 314 do PAF, não foram comprovados, deixando-se de apresentar os respectivos documentos de arrecadação, embora tenhamos feito diversas tentativas de obtê-los, sendo o prazo estabelecido para sua apresentação. Como os documentos não foram entregues, referentes à antecipação integral do ICMS, o imposto respectivo foi lançado a essa Infração 8.

No que se refere à Nota Fiscal nº 11555, de 27/04/2010, restou comprovada sua devolução, razão pela qual foi excluída da presente exigência fiscal, acatando a argumentação da Impugnante; diz que acatou também a Nota Fiscal nº 11551, provada sua devolução ao fornecedor na totalidade.

Sustenta que às demais operações de aquisição das mercadorias constantes dos demonstrativos referentes à infração 8, cujo ICMS não foi recolhido, por antecipação tributária integral, estão mantidas parcial ou integralmente, portanto, foram excluídas algumas Notas Fiscais cujo ICMS foi retido e recolhido pelos remetentes das mercadorias e mantidas em parte, referente a outras operações, porque o imposto foi retido e recolhido a menor por substituição tributária pelos remetentes. Outras operações, ainda, foram mantidas integralmente porque os documentos fiscais comprovando o pagamento da antecipação tributária integral não foram apresentados, mesmo após a autuação, demonstrando que o tributo não foi recolhido, ou o foi parcialmente nas outras situações.

Ressalta que parcela substantiva dos documentos de arrecadação estadual (DAES), além de Notas Fiscais de aquisição das mercadorias, apresentados às fls. 1518 a 1622 do PAF, se referem (os DAES) a Antecipação Tributária Parcial (código de receita 2175); tais recolhimentos, sequer, puderam ser abatidos do montante cobrado, haja vista que a empresa se credita no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo Outros Créditos, sob a rubrica *"Refere-se a ICMS Ant. Parcial"* (fls. 1065 a 1517). Explica que as operações, objeto do presente lançamento, se referem à falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária integral, pelo contribuinte substituto, nas aquisições interestaduais de mercadorias constantes dos Anexos 86 e 88, cujas saídas subsequentes do estabelecimento foram realizadas com a fase de tributação encerrada.

Enumera os ajustes promovidos aos Demonstrativos que instruem essa infração 8:

**- Demonstrativos referentes ao exercício de 2009 – Antecipação Tributária**

*Documentos anexados pela defendante comprovando o pagamento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.*

*- Nota Fiscal: nº 111436 – fls. 1520 e 1521. Excluída do Demonstrativo.*

*Documentos anexados pela defendante comprovando o pagamento em valores a menor que o de direito, mercadorias provenientes de estados não signatários de acordo interestaduais.*

*- Nº Notas Fiscais: nº 30384, fls. 1521; nº 8887, fls. 1519; fls. nº 31698, fls. 1523 a 1524; nº 32218, fls. 1525 e 1526 – Valores recolhidos apropriados ao Demonstrativo.*

**- Demonstrativo referentes ao exercício de 2010 – Antecipação Tributária**

*Documentos anexados pela defendante comprovando o pagamento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.*

*- Nº Notas Fiscais: nº 407382, fls. 1530 e 1532; nº 26534, fls. 1547 e 1548; nº 27416, fls. 1583 e 1584. Notas Fiscais excluídas do Demonstrativo de 2010.*

*Documentos anexados pela defendante comprovando o pagamento em valores a menor que o de direito, mercadorias provenientes de estados não signatários de acordo interestaduais.*

*- Nº Notas Fiscais: nº 12970, fls. 1589 e 1590; nº 14864, fls. 1598 e 1599; nº 15777, fls. 1602 e 1603. – Valores recolhidos apropriados aos Demonstrativos.*

*Documentos fiscais excluídos do Demonstrativo, haja vista que as mercadorias foram devolvidas aos remetentes, integralmente, não cabendo a antecipação do ICMS pelo contribuinte substituto.*

- N° Notas Fiscais: nº 11551, fls. 1566 e 1567; nº 11555, fls. 1621 e 1622.

*Documentos anexados pela defendant alegando que o emitente das mercadorias houvera feito a retenção do ICMS, porém, não foi feita a retenção, especificamente, dos produtos constantes do Demonstrativo do exercício de 2010, mas outros produtos também discriminados aos documentos fiscais. Exigência tributária mantida.*

- N° Notas Fiscais: nº 18001, fls. 1577; nº 18002, fls. 1578; nº 28416, fls. 1594.

Conclui que a infração 8 é parcialmente procedente, pois o autuado não recolheu, na totalidade, o imposto incidente sobre as aquisições interestaduais de mercadorias por antecipação tributária, na qualidade de contribuinte substituto, com mercadorias originárias de estados não signatários de convênio ou protocolo para fins de retenção e recolhimento do tributo (anexa aos autos os demonstrativos retificados).

Na infração 09, que trata de recolhimento a menor por antecipação tributária, lembra a alegação do autuado da falta de entrega de demonstrativos alusivos à infração, cerceando o seu direito de defesa, implicou nulidade dos autos, rejeita tal argumentação, uma vez que não tem respaldo nas peças que instruem o presente PAF. A alegada ausência dos demonstrativos que lastreiam a infração não é cabível, uma vez que constam dos autos, às fls. 415 a 420, e cuja cópia foi entregue ao autuado (DEMONSTRATIVO\_ICMS RECOLHIDO A MENOR\_SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO\_CONTRIBUINTE SUBSTITUTO\_IMPOSTO DEVIDO PELAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OUTROS ESTADOS\_COD. 1145\_2010).

Diz ainda que entregou demonstrativo, contendo a definição da matéria tributável, a alíquota aplicável, o imposto devido e demais elementos de definição do fato gerador da obrigação, foi também entregue ao proprietário da empresa em meio magnético (recibo, fls. 16), denominado A11\_CNS\_Estradas por Produtos\_Substituição Tributária por Antecipação\_Cod. 1145\_Codical.

Esclarece que o defendant conheceu e examinou o mencionado demonstrativo, pois anexou ao PAF as Notas Fiscais nºs 20068, 20067, 20064 e 20406 (fls. 1611 a 1619), que se referem a infração 9.

Conclui com o descabimento de nulidade da infração 9; diz que mencionadas notas fiscais e os DAES juntados ao PAF ratificam os valores consignados no demonstrativo.

No tocante às infrações 6 e 10, contesta a alegação do autuado de que houve erros materiais, em relação aos itens A, B e C (descreve tais itens) e acata, parcialmente as alegações constante do item D (descreve tal item) no que se refere à Infração 06; rejeita todas as alegações, no tocante a Infração 10.

Contesta alegação defensiva de equívocos em relação aos dispositivos legais, em relação à infração 06 (o autuado não comenta a fundamentação legal na infração 10). Diz que os dispositivos legais estão corretamente identificados.

Diz que levou em consideração para efeito do cruzamento dos documentos fiscais com o banco de dados da SEFAZ, a situação dos destinatários, nas datas da emissão das respectivas notas fiscais.

Reitera que todos os documentos fiscais relacionados no demonstrativo das infrações 06 e 10 se referem às saídas de mercadorias para contribuintes inaptos, cancelados, suspensos ou em processo de baixa ou baixados no cadastro de ICMS, nos períodos objeto do levantamento fiscal.

Contesta a relação de contribuintes às fls. 1014 e 1015, que estariam em situação regular, segundo o autuado. Reafirma que na época da emissão das notas fiscais nos demonstrativos das infrações 06 e 10, os contribuintes destinatários das mercadorias estavam em situação irregular no cadastro do ICMS, desabilitados, cancelados ou na situação de inaptos. Descreve a situação dos diversos contribuintes, nas infrações 6 e 10 (fls. 1677/1687).

– Demonstrativos referentes às Infrações 6 e 10, às fls. 16, 19 e 22 (em meio magnético) e às fls. 421 a 800 do PAF

- Infração 6 - Demonstrativo às fls. 19 e 22 (em meio magnético) do PAF
- Junta tabela dos tabela do 1º e 2º semestres das infrações 6 e 10 em relação aos exercícios de 2009 e 2010, fls. 1677/1687.

Afirma que entregou os extratos com tais informações aos contribuinte (fls. 801 a 988), por ocasião da ciência à autuação e o fez para demonstrar a correção dos dados constantes dos demonstrativos respectivos, em relação à situação cadastral dos destinatários das mercadorias, para que não pairasse dúvida sobre o lançamento, relativamente à situação fiscal de cada contribuinte aos quais os produtos foram destinados, quando da emissão das notas fiscais.

Alega que o impugnante se apropriou de tais informações e distorceu os fatos, na tentativa de iludir a Fazenda Estadual.

Assevera que acolhe parte das alegações da defesa, em relação à infração 06 (item D) e elabora demonstrativos retificados.

Diz que com relação à infração 10, tais alegações (item D) não tem pertinência, embora tenha direito a redução da base de cálculo com carga tributária de 17% ou 12% (fls. 421/800), o ICMS deve ser retido e recolhido pelo substituto, relativo as saídas internas subsequentes, nas operações para contribuintes que estejam em situação irregular,

Por conseguinte, a Infração 10 é inteiramente procedente, inclusive no tocante as operações de saídas internas de margarina, leite longa vida, vinagre e óleo de soja para contribuintes desabilitados do CAD\_ICMS.

Ante o exposto, na infração 6, restou provado que o contribuinte recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto, sendo excluída dos demonstrativos a parte das alegações defensivas no que diz respeito aos produtos com redução de base de cálculo (carga tributária a 7 e 12%, item D) e rejeitadas as demais alegações (itens A, B e C) por insubstântiveis frente aos fatos constantes dos Demonstrativos respectivos, sendo esta infração 6 parcialmente procedente.

No tocante a Infração 10, diz que as alegações da impugnante (itens A, B, C e D) são totalmente insubstântiveis e a Infração 10, integralmente procedente.

Em nova manifestação (fls.1699/1713 - volume VI), o autuado reitera a decadência dos créditos constituídos até junho de 2009.

Ratifica com relação à infração 01, tendo em vista as notas fiscais, bem como cópias do livro Registro de Entradas, que não há destaque do ICMS nessas Notas Fiscais e consequentemente não houve apropriação indevida do crédito de ICMS.

Constata que tal fato se encontra devidamente comprovado pela própria declaração feita pelo Auditor Autuante, o qual reconhece seu erro e acata a sua argumentação, conforme análise do ato infracional. Esclarece que a informação fiscal é contraditória e dúbia, tanto é verdade que o autuante encontrou diversos erros, sem pugnar pela sua exclusão.

Exemplifica com os equívocos do lançamento das Notas Fiscais nºs 1078 e 7174, além das Notas Fiscais nºs 25965 e 33463, no entanto, ao final, não foi requerida a exclusão no lançamento fiscal.

Conclui que há total descompasso entre a autuação fiscal e os fatos reais, sendo patente a nulidade por falta de certeza e liquidez (art.18. IV, “a” do RPAF).

Em relação à infração 2, argumenta que não houve a infração, uma vez que apenas os produtos tributados das notas fiscais foram aproveitados ao crédito do ICMS. Diz que o Autuante alega na “Informação Fiscal” que as notas fiscais não foram apresentadas no curso da fiscalização, porém, não fez tal manifestação antes, acerca da falta desses documentos. Acusa que procedeu com a exigência fiscal sem ter conhecimento do documento fiscal, deixando claro que o método aplicado em seu procedimento não é seguro, razão pela qual deve tal infração ser afastada.

Pergunta como pode ser feito levantamento com precisão sem observar o documento fiscal? Diz que a complexidade da infração é patente, o que restou demonstrado na informação fiscal.

Quanto à infração 4, diz que na “Informação Fiscal”, o Auditor garante que os produtos relacionados na defesa foram emitidos em sua grande maioria sob o CFOP,s 5949 e 6949 e, segundo o mesmo, as aludidas mercadorias não foram adquiridas a título de brindes. Diz, no entanto, que o Auditor deixou de mencionar que os brindes não foram comercializados, nem adquiridos por conta própria, mas, recebidos a título de premiação por merecimento.

A acusação das saídas de brindes com o CFOP 5102 e 5405 não foi provada, como se coubesse a inversão do ônus *probandi* na situação exposta, o que não é cabível. Diz que diversos produtos arrolados não foram comercializados e que o Autuante rejeita as alegações sobre esta infração utilizando argumentos vagos e imprecisos, a exemplo de: *"a) não se pode afirmar que todos os produtos sobre os quais a empresa deu as saídas seriam somente aqueles sujeitos à Diferença de Alíquotas; b) a empresa não quantificou, operação a operação, os valores lançados em seu Livro RAICMS a título de Diferencial de Alíquotas; c) apenas parte das operações lançadas sob o título de Diferença de Alíquotas, apenas com o CFOP 6949, ainda assim, existem outros tipos de aquisição, sendo que a incidência do imposto é inexorável."*

Enfatiza que as informações são confusas e o processo deve ser convertido em diligência para apreciação das divergências, sobretudo, porque a defesa não citou apenas o CFOP 6949, como disse o fiscal, haja vista que são citadas todas as aquisições que o Autuante imputou ao autuado e as cópias dos documentos provam a afirmação.

Sobre a infração 5, diz que foram acatadas as alegações exclusivamente sobre bebidas alcoólicas, inclusive vinhos e espumantes, ambos listados na peça defensiva. Todavia, queixa-se que o autuante tenta desqualificar a defesa com argumentos antijurídicos.

Por fim, quanto aos produtos Mingau Vitalon Milho Sch 200 e 300g, Mingau Nutribom Milho Sch 300g e Cr Vegetal Deline c/Sal 250 e 500g, ratifica as alegações apresentadas na Defesa, porque é o que condiz na legislação vigente à época dos fatos.

Na infração 7, contesta que tenha acatado parte da exigência fiscal; que se pode identificar nos demonstrativos fiscais constam os números de diversos documentos fiscais emitidos pela empresa autuada, onde se destaca o CNPJ(MF) dos destinatários; no campo da Inscrição Estadual está preenchido como isento, o que não significa que essas empresas realmente são pessoas isentas (não inscritas no cadastro do ICMS).

Apesar da acusação de recolhimento de ICMS a menor (operações realizadas para contribuintes em situação irregular), diz, porém, que o Autuante esquece das diversas vendas com produtos que possuem redução de base de cálculo de ICMS permitida por norma legal, como, por exemplo, vinagre, charque e margarina (inciso XXI do Art. 87), leite em pó (inciso XXI do Art. 87), leite de gado tipo longa vida (inciso XXXV do Art. 87), óleo refinado de soja (inciso VII do Art. 87), todos do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Na infração 8, diz que o autuante acusa sem comprovação dos documentos, que estavam em seu poder, na época da ação fiscal (fiscalização); mas, apresentou comprovantes de recolhimentos dos documentos fiscais; outrossim, reafirma o Auditor que foram arroladas notas fiscais com o Imposto já retido por força de Convênio e/ou Protocolo feitos a menor. Observa que tal fato não é verdade, pois as operações foram feitas com estados signatários de Convênio e/ou Protocolos, cuja responsabilidade é do contribuinte substituto. Ressalta, contudo, que o ICMS está devidamente recolhido por seus fornecedores, destacados nos documentos fiscais de aquisições, ratificando tudo quanto alegado na defesa anteriormente apresentada.

Conclui que houve confusão e mesmo a forma de refluir demonstra o equívoco do lançamento.

Com relação à infração 9, diz que não a cometeu; que o demonstrativo que teria originado a infração não se encontra gravado na mídia entregue; diz também que todos os demonstrativos

mencionados pelo autuante foram encontrados com valores diferentes e bem maiores daqueles aplicados à Infração 9, sendo correto afirmar que não tinha motivo para fazer tal afirmação.

Assevera não ser correta a afirmação fiscal que o autuado conheceu e examinou o mencionado demonstrativo; no momento em que foram anexadas as Notas Fiscais nºs 20068, 20067, 20064 e 20406 junto ao presente PAF, a defesa foi proposta no que atine à suposta infração 8.

Com respeito às infrações 6 e 10, aduz que existem contradições nas afirmações fiscais sobre a consulta no cadastro dos destinatários; diz que o Autuante reconhece seu erro e retifica os demonstrativos fiscais; contesta a afirmação do Autuante de que as reduções da base de cálculo do ICMS (especificamente de margarina, vinagre, leite e óleo) não surtem efeitos na infração de nº 10. Esclarece que a redução é prevista em Lei e interfere diretamente no cálculo do imposto retido, motivo pelo qual deve ser levada em consideração todos os argumentos suscitados.

Conclui que apesar de o fiscal acatar parte da defesa, entretanto, refutou outra parcela e o lançamento fiscal continua dúvida, improcedente, não havendo precisão e certeza na autuação.

Pede a nulidade *in totum* do lançamento. Diz que o agente fiscal reconhece alguns equívocos, porém não reconheceu outros e continua laborando em erro, já que, não há como dividir o auto de infração, pois segundo o art. 142 do CTN, compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido, o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Conclui que o erro na construção do lançamento acarreta vício insanável do lançamento, razão pela qual devem ser canceladas as exigências do Auto de Infração. Colaciona jurisprudência do CARF.

Reitera a necessidade de diligência fiscal. Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuado atravessa petição (fls. 1716/1717 - volume VI) informando que o fiscal entregou os novos demonstrativos retificados, verificou, entretanto, que falta o demonstrativo da infração 5 referente a exclusão dos produtos "*bebidas alcoólicas, inclusive vinhos e espumantes*". Diz que não requereu novo prazo para manifestação, quis apenas se manifestar sobre a falta da entrega e ter certeza das informações prestadas e, consequentemente, vislumbrar os valores do PAF.

O Auditor Fiscal manifesta-se novamente (fls. 1726/1735 - volume VI), ratificando as informações prestadas anteriormente. Sobre a decadência até o mês de junho 2009, diz que a contagem do Prazo deve se dar de acordo com o art. 173, I, CTN.

Na infração 1, diz que acata a argumentação da defesa e exclui a exigência relativa a Nota Fiscal nº 3555, mantidas as demais exigências do ICMS a cerca dos créditos apropriados indevidamente.

Afirma que o ICMS não se encontra destacado em algumas dessas notas fiscais, contudo, a empresa apropriou-se do crédito fiscal não destacado, conforme constou da Informação Fiscal prestada anteriormente. Quanto às Notas Fiscais nºs 1078 e 7174, 25965 e 33463 não há qualquer equívoco no lançamento, pois os créditos fiscais foram indevidamente apropriados. Mantém o lançamento retificado.

Na infração 2, verifica que o autuado se apropriou de créditos fiscais referentes mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, em que pesem contarem na mesma nota fiscal com e sem tributação. Diz que a empresa se apropriou de créditos, cuja operação já estava com tributação encerrada; que não vale a argumentação de desconhecimento do teor do documento, uma vez que constam do SINTEGRA (registro 54 e 50); diz que a ação pautou-se na transparência e imparcialidade e que todos os demonstrativos foram encaminhados ao autuado.

Quanto à infração 3, diz que o autuado reconheceu o débito.

Para à infração 4, ratifica e mantém a exigência, posto que o autuado adquiriu os produtos sob CFOPs 5949 e 6949, relativo a materiais promocionais e algumas mercadorias que a empresa se

reporta como brinde. Observa que a mesma empresa não o enquadra na forma do art. 564 do RICMS/1997, nem tão pouco, pela discriminação, os produtos se conformariam à definição legal de brindes, pois, na sua grande maioria são materiais promocionais, materiais do ativo fixo e apenas alguns itens adquiridos como brindes; sublinha que os produtos foram destinados a outros comerciantes e não aos consumidores finais, sendo forçoso querer enquadrá-los como brindes.

Afirma que o contribuinte não discrimina o ICMS pago a título de diferença de alíquotas, nem se pode afiançar que as mercadorias saídas do estabelecimento foram somente às mercadorias sujeitas a diferença de alíquotas. Observa que as saídas são de diversas mercadorias, operações essas sujeitas a incidência do tributo, não importando a que título se deram as mencionadas saídas, não havendo como afastar a incidência do ICMS, sendo que as operações praticadas com essas mercadorias constam dos Demonstrativos próprios, podendo verificar-se saídas sob CFOPs 5949, 5910, 5102, 5405, 5409 e 5152, operações, portanto, tributadas, inexoravelmente.

Refuta que sua Informação Fiscal seja confusa; em contrário, diz que procurou abordar todos os aspectos; documentos dessa infração 4 foram anexados pela própria defesa, as operações de saídas estão discriminadas nos demonstrativos que lastreiam a exigência, além das notas fiscais eletrônicas emitidas no período.

Em relação à infração 5, afirma que fez as exclusões procedendo aos ajustes em relação às bebidas alcoólicas, inclusive vinhos, e espumantes, mantendo a exigência em função das demais mercadorias. Esclarece que não almejou desqualificar a peça defensiva, apenas quis apontar a verdade material dos fatos. Esclarece que encaminhou previamente todos os demonstrativos das infrações apuradas, na medida que transcorria a fiscalização. Diz ainda que, em relação aos produtos mingau vitalon, sache 200gr, mingau vitalon, sache 300gr e creme vegetal Deline 250 e 500 gramas, mantém as informações prestadas antes, ratificando a exigência.

Acerca da infração 7, diz que o autuado silenciou no tocante às saídas para pessoas isentas, não inscrita no cadastro, com redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, o que não modifica, alguns possuírem CNPJ. Explica que continua sendo não contribuintes que, por opção, se inscreveram no cadastro estadual; alguns, no lugar do CNPJ colocam o CPF do adquirente; diz que as operações estão explicitadas no demonstrativo e que as saídas dos produtos margarinhas, charque, vinagre, leite longa vida e óleo de soja do estabelecimento têm a base de cálculo reduzida, conforme as alíquotas de 7% e 12%. Procedeu às novas depurações e faz as retificações devidas.

Referente à infração 8, contesta a afirmação defensiva de que fez a exigência sem comprovar os documentos que estavam em seu poder na época da ação fiscal; diz que a empresa deixou de entregar algumas notas fiscais de aquisição de mercadorias e que apresentara outras tantas com imposto pago por antecipação tributária parcial e não por antecipação tributária integral, àquela que encerra a fase de tributação nas saídas subsequentes das mercadorias. Diz que retificou os demonstrativos, considerando as notas fiscais apresentadas na fase da defesa que comprovam o pagamento da substituição tributária integral, mas, manteve a exigência fiscal quando os documentos se referiam à substituição tributária parcial. A empresa não recolheu o ICMS referente à antecipação tributária integral e ainda apropriou-se dos valores pagos a título de antecipação parcial, no quadro “outros créditos” do Livro RAICMS. Aduz que a responsabilidade pela antecipação do ICMS na aquisição de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária de outros Estados não signatários de Acordos.

Reitera que não há qualquer confusão na exigência. Não houve o recolhimento do ICMS-ST; o contribuinte recolheu antecipação parcial e se creditou do valor recolhido.

Na infração 9, ratifica que entregou ao responsável pelo setor fiscal do estabelecimento; durante a ação todos os demonstrativos foram enviados, a fim de que o autuado se pronunciasse sobre os mesmos; conforma a entrega também em mídia eletrônica ao proprietário do estabelecimento contendo todos os demonstrativos que lastreiam a peça; aduz que a prova que recebeu é que na fase da defesa já apresentara as notas fiscais somente discriminadas nesse demonstrativo.

Reafirma, ainda que os demonstrativos tenham sido em valores superiores que aqueles aplicados na infração 9, os demonstrativos foram entregues, conforme recibos de fls. 415/420.

Quanto às infrações 6 e 10, diz que não considerou a situação atual de nenhum contribuinte, mas, a situação cadastral à época das saídas das mercadorias, que considerou apenas os períodos em que tais contribuintes estavam desabilitados. Diz que ratificou os demonstrativos da infração 06, acatando parte das alegações da defesa. Reitera que a redução sobre os produtos margarina, vinagre, leite e óleo de soja está prevista na lei.

Diz que foram realizados todos os cálculos relativos à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, nas saídas para os contribuintes desabilitados e se referem aos produtos supra referidos com a carga tributária reduzida a 7% ou 12%. Conclui que a argumentação da defesa encontra-se contemplada em tais cálculos. Reitera as suas informações prestadas anteriormente.

Discorda da necessidade de diligência ou perícia; afasta a nulidade dos autos. Na dúvida acerca da entrega do demonstrativo das exclusões na infração, pede às autoridades da IFEP Norte que faça um nova entrega.

Nova manifestação defensiva (fls. 1742/1755 - volume VI), o contribuinte admite o recebimento da mídia como os demonstrativos retificados e apenas por força de suas argumentações, o autuado retifica a infração 07.

Reitera as questões da decadência e reclama que o Auditor não trouxe os fundamentos contrários à decadência relativas aos fatos anteriores a junho de 2009.

Com relação à infração 1, o autuado contraria os argumentos do fiscal, aduzindo que suas alegações estão comprovadas nos documentos fiscais (livros e notas fiscais), assinalando a falta de destaque do ICMS nos documentos ou apropriação de créditos fiscais nos livros.

Diz que a informação fiscal é tão dúbia que o fiscal encontrou diversos erros, sem pugnar, no entanto, por sua exclusão. Os créditos que o Fisco confessa apropriados indevidamente não foram demonstrados. Relaciona as Notas Fiscais nºs 1078, 7174, 25965 e 33463, que não foram excluídas do lançamento. Pede a nulidade dos autos.

No item 2, reitera a afirmação do fiscal de que a empresa não apresentou notas fiscais no curso da autuação, nem na defesa ou na segunda manifestação, não podendo apropriar-se do crédito fiscal respectivo. Deduz, com tal declaração, o autuante praticamente reconhece que a suposta infração 2 não foi fundamentada nos documentos fiscais.

Reafirma o que disse na defesa inicial: inexistiu a aludida infração, uma vez que apenas para os produtos tributados das notas fiscais houve o aproveitamento dos créditos de ICMS.

Diz que na infração 4, o próprio Auditor tem incerteza no procedimento do Fisco, cuja manutenção depende do CONSEF. Diz que não enxerga elementos para a manutenção da exigência, que as informações são desencontradas, considerando que para o ICMS incidir é necessário conhecer em qual operação ou a ocorrência do fato gerador do imposto. Diz que as saídas com CFOP 5405 e 5409 não são operações tributadas, como supõe o Auditor.

Insiste na necessidade de diligência fiscal em função das contradições existentes. Ressalta que o Auditor não enfrentou o fato de que os brindes não foram comercializados ou adquiridos por conta própria, mas, recebidos a título de premiação por merecimento.

Ressalta que o Fisco identificou atividade atacadista de alimentos e depois que comercializa diversos produtos, demonstrando contradições; diz que a afirmação das saídas de brindes com CFOP 5102 e 5405 não são provadas.

Insiste que os produtos arrolados não foram comercializados, reiterando os mesmos argumentos vagos e imprecisos do Auditor Fiscal. Enfatiza a necessidade de diligência.

Diz que mantida tal infração, implicará na apropriação dos créditos das entradas desses produtos e na apropriação dos créditos relativos aos impostos pagos a título de diferença de alíquotas.

Reitera que não citou apenas o CFOP 6949.

Pertinente à infração 5, reitera, antes, que não recebeu os demonstrativos retificados; depois, que *"somente agora foi entregue os novos demonstrativos"* e, no final, volta a declarar que solicita a esta "junta uma atenção especial para os novos valores, haja vista que não pode fazê-lo, em virtude da falta dos novos demonstrativos".

No que refere à infração 7, alega que a exclusão de alguns valores manejados pelo fiscal, provam apenas que o roteiro de fiscalização não é seguro. Diz que o procedimento fiscal lhe acarretou um custo e grande esforço para trazer aos autos os fatos reais. Reitera a necessidade de diligencia.

Na infração 8, diz que refuta as nova alegações apresentadas pelo autuante, sobretudo, porque existe uma contradição quando o mesmo alega que as notas fiscais objeto da autuação se referem às aquisições de mercadorias em Estados não signatários de Acordos com o Estado da Bahia. Indaga, se a exigência consta mercadorias com o ICMS-ST recolhidos a menor, como então o fornecedor precisaria fazer essa retenção como sugere o Auditor.

Reitera na infração 9 que não recebeu as informações e demonstrativos de tal item, o que o impossibilitou fazer respectiva defesa.

Nas infrações 6 e 10, reitera suas alegações anteriores de que diversos contribuintes estava e estão com situação cadastral ativa no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Pede a nulidade do todo o Auto de Infração; diz que o fiscal reconhece uns erros e não outros, o que, segundo o art. 142, CTN, acarreta a autuação de vício insanável. Transcreve a jurisprudência desse CONSEF e reforça o pedido de nulidade dos autos.

Reitera o pedido de Perícia ou diligência fiscal, na justificativa de busca da verdade material. Discorre sobre o princípio, concluindo que o Auto de Infração deve ser colhido de nulidade ou no mérito pela improcedência.

O Auditor Fiscal volta a se manifestar (fl. 1758). Informa que o mérito da exigência já foi guerreado exaustivamente, havendo uma redução significativa da exigência em relação à infração 05. Diz que os prazos já foram reabertos em três oportunidades e que a argumentação do autuado não passa de mera sofisma.

## VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 10 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

O contribuinte, preliminarmente, pede a nulidade dos autos, considerando que houve equívocos na sua constituição; decadência do lançamento de ofício, no período anterior a junho de 2009; invoca a declaração de nulidade e, a conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas, pela falta de enumeração das situações que impliquem sua redução, caso o contribuinte optasse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Sobre a alegação de nulidade em decorrência dos diversos procedimentos que teriam implicado erro na apuração das exigências fiscais, incorrendo cerceamento de defesa ou insegurança na determinação da infração, rejeito o entendimento versado pela impugnação, uma vez que o presente Auto de Infração contém os elementos para a lavratura previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Justamente em contrário do entendimento do sujeito passivo, os ajustes, as correções, as revisões que foram procedidas nos valores exigidos. inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em equívocos, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do

contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a busca da verdade material, princípios caros ao direito tributário. Toda modificação fundamentada adequadamente, nos termos da lei, devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a com a entrega ao defendant de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa. O sujeito passivo interveio nos autos, tantas vezes entendeu necessárias, na defesa das suas teses, com as provas de que dispunha ou julgou pertinente na defesa do seu direito. Não há falar, portanto, em nulidade, nos presentes autos.

Não houve conversão dos autos em diligência ou perícia fiscal conforme requereu o autuado, tendo em vista a dinâmica desse processo administrativo fiscal - PAF, em que as partes envolvidas, o contribuinte autuado e o preposto fiscal manifestaram-se nos autos, em diversas oportunidades, dirimindo duvidas, esclarecendo os pontos controversos, privilegiando a verdade real dos fatos, carreando aos autos as provas dos fatos levantados ou impugnados. Restou, ao final dos debates, o convencimento desse relator para apreciação da matéria em litígio. Indefiro o pedido de diligência.

A tese de decadência defendida pela empresa repousa nas regras expressas nos artigos 147 e 150 do CTN, aduzindo que o prazo começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, à vista do disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Além de todas as questões já aduzidas pelos Auditores responsáveis pela autuação, durante a Informação Fiscal, ressalto que essa matéria tem sido objeto de debate, nesse Conselho de Fazenda, tendo gerado controvérsias, sobretudo, a partir da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que, de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após detida análise do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, afastando a questão relativa aos prazos decadenciais, conforme arguida pelo impugnante,

Dessa forma, a incidência da regra do art. 150 e seu § 4º pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto, lançado de ofício. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado, vale repetir, de ofício.

No caso em concreto, quando da ciência ao autuado da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 18/07/2014, não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do período questionado pelo autuado (janeiro a junho de 2009), o qual se extinguiria no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), então vigente, o que vale dizer que o termo final do prazo decadencial para o aludido período seria 31/12/2014.

Mesmo com a vigência da Lei nº 13.199/14, que alterou a linde temporal para contagem do prazo decadencial, não pode ser aplicada aos fatos ou atos pretéritos, mas tão-somente em situações ocorridas após a sua edição. Precedentes na jurisprudência desse Conselho, entre tanto, nos acórdãos CJF Nº 0378-12/15, CJF 0371-12/15, CJF Nº 0228-11/15.

Posto isso, concluo que não ocorreu a decadência suscitada pelo autuado, em relação ao valores levantados no período janeiro a junho de 2009, haja vista que com a lavratura do Auto de Infração foi efetivado o devido lançamento do crédito tributário e, na data da ciência ao autuado, não houve transcurso do prazo que autorizasse o instituto da decadência.

Igualmente, não houve vício insanável, ou violação da norma, como adiantou o autuado, acerca da alegada falta de enumeração das situações de redução da multa, de acordo com o prazo do

recolhimento do tributo. O direito não assiste ao autuado. As situações que permitem redução no valor da multa em função do tempo do recolhimento do tributo encontram-se estampada no art. 45 da Lei nº 7.014/96. Não há qualquer nulidade no presente Auto de Infração.

No mérito, As três primeiras infrações do presente auto de infração tratam de utilização indevida de crédito fiscal.

O item 1 se refere ao ICMS creditado em decorrências das entradas de mercadorias isentas no estabelecimento, Pallets Chep BR, Flocos de Cuscuz Sinhá, Xerém e Creme de Milho.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, identificando as operações concernentes à exigência, acostando cópias das respectivas notas fiscais e cópias do livro de Registro de Entradas, que totalizou R\$704,27.

A alegação inicial do autuado é que a infração não existe; que as Notas Fiscais nºs 1662 e 3555 (Sopa Arisco de Creme de Milho, NCM 21041011), tributado normalmente permitindo direito ao crédito de ICMS; as Notas Fiscais nºs 1078 e 7174 (Xerém de Milho Grapiuna 500grs 1x500GR) nem possuem destaque do ICMS e créditos fiscais não foram registrados no livro Registro de Entradas para esses produtos; somente houve crédito de ICMS do valor referente aos outros produtos tributados normalmente de ICMS constantes nas notas fiscais retro mencionadas. Alega que o mesmo ocorreu com relação às Notas Fiscais nºs 25965 e 33463 (Pallet em Madeira).

Examinando as peças processuais consantes dos autos, verifico que cópia da Nota Fiscal nº 3555 (fl.26) comprova a aquisição de sopa Arisco creme de milho - NCM 2104.1011, produto tributado com redução da base de cálculo (Decreto nº 7.799/00). O valor considerado creditado indevido R\$32,81 (12/09) deve ser excluído. Com relação à Nota Fiscal nº 1662, cópia da nota fiscal não consta dos autos, tampouco o sujeito passivo logrou provar que se trata do mesmo produto.

Para as Notas Fiscais nºs 1078 (fl.25) e 7174 (fl. 34), farinha de milho, 25965 (fl. 32) e 33463 (fl.33), palete, não existem destaque do respectivo valor do ICMS. Os créditos fiscais não poderiam ser utilizados, conforme consta das explicações pormenorizadas do Auditor Fiscal, além das cópias da páginas do livro de Registro de Entrada, provando a escrituração dos créditos indevidos.

Infração que resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$671,46, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	LANÇAMENTO	REMANESCENTE
31/01/2009	349,78	349,78
31/08/2009	124,20	124,20
31/10/2009	56,03	56,03
30/11/2009	73,50	73,50
31/12/2009	32,81	0,00
31/01/2010	20,40	20,40
31/03/2010	40,80	40,80
30/11/2010	6,75	6,75
<b>TOTAL</b>	<b>704,27</b>	<b>671,46</b>

No item 2, a utilização indevida se refere a aquisição de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária. R\$4.888,61.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, identificando as operações concernentes à exigência, acostando cópias das respectivas notas fiscais e cópias do livro de Registro de Entradas (fls. 35/54), que totalizou R\$4.888,61.

Alega o autuado que não se apropriou dos créditos, cujo pagamento do imposto se deu por substituição tributária; explica que nas notas fiscais discriminadas no relatório fiscal, existem também mercadorias tributadas normalmente e, somente em relação às essas entradas foi aproveitado o crédito fiscal. Admite que houve equívoco em relação às Notas Fiscais nºs 431905 e 433546, de junho de 2009; 701930 de julho de 2009 e a 2164, de março de 2010 e utilizou o crédito de ICMS, reconhece o valor de R\$ 43,55.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal constam apenas as parcelas do

ICMS extraídas das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e cuja utilização de crédito fiscal é vedada. O autuado reconhece apenas parcela da exigência, mas não apresenta prova acerca dos demais itens. Não constam dos autos cópias das notas fiscais, dos livros com a escrituração regular apenas do ICMS normal, conforma atesta. Infração subsistente integral, no valor de R\$4.888,61.

No item 3, a acusação repousa na utilização de créditos em valor superior ao estabelecido na legislação, em face às saídas subsequentes com a redução da base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS/1997, incisos XXI (leite em pó) e XXXI (vinagre, charque e margarina) ou com carga tributária a 10% (Decreto nº 7799/2000).

No demonstrativo elaborado, o Auditor Fiscal discriminou as diversas operações, juntou cópias das notas fiscais e cópia do livro Registro de Entradas, relativamente ao exercício de 2009, totalizando R\$3.794,98 (fls. 55/80). Para o exercício de 2010, foi elaborado um outro demonstrativo com a discriminação das respectivas operações, juntando-se cópias das notas fiscais e cópia do livro Registro de Entradas, totalizando R\$8.097,18 (fls. 81/88).

A infração totalizou R\$11.892,16. Todavia, ao transcrever os valores da exigência para a peça inicial do Auto de Infração, o preposto fiscal, responsável pelo feito, o fez com equívoco, e repetiu os valores constantes na infração 1, no valor de R\$704,27.

O sujeito passivo, alegando se tratar de uma infração de pequeno valor, não apresentou impugnação, aduzindo que faria o recolhimento do valor exigido nos autos.

O valor do ICMS devido, nessa infração 3, deve ser assim exigido, tendo em vista o princípio da imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo (art. 146, CTN), uma vez que se trata de dispositivo relacionado com a previsibilidade e segurança jurídica. Os valores que não foram recolhidos (R\$11.892,16) restam devidamente caracterizados, contudo, em face dos períodos dos fatos geradores, exercícios 2009 e 2010, não poderão ser materialmente constituídos em face do instituto da decadência.

A infração 4 acusa o sujeito passivo de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, identificando as operações concernentes à exigência, exercício de 2009, acostando cópias aos autos (fls. 89/153); no período 2010 (fls. 154/194), os valores totalizaram R\$159.251,33.

Argumenta o autuado que as saídas não tributadas tinham natureza de brinde, CFOP 5.910, que foram doados aos clientes, conforme listou (fls. 1002/1003). Diz que não houve o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS e foi pago o Diferencial de Alíquotas, nas entradas de outras unidades da Federação (CFOP 5.949 ou 6.949).

Ressalta que desconto é incondicional não integra a base de cálculo do ICMS, conforme art. 13, §1º, II, da LC nº 87/96, que manda incluir apenas descontos, concedidos sob condição. Diz que os valores de bonificação/brindes não integram a base de cálculo do ICMS, não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria, questão já pacificada pelo STJ.

O Auditor Fiscal mantém a exigência, aduzindo que se trata de aquisições de materiais promocionais e mercadorias que a empresa intitulou de brinde, não conformados à definição legal de brindes (art. 564. RICMS BA); sublinha que os produtos foram destinados a outros comerciantes e não aos consumidores finais, operações sujeitas a incidência do tributo.

Examinando o extenso demonstrativo das operações consideradas como brindes pelo autuado, constato que a fiscalização incluiu na base de cálculo da exigência, uma diversidade de situações realizadas com o CFOP 5910 (entrada de mercadorias a título de bonificação, doação ou brinde), CFOP 5102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), CFOP 5405 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído);

Com efeito, verifico a discriminação de uma diversidade de operações sujeitas à tributação, e apesar da alegação fiscal de tratar-se de "*remessa em bonificação, doação ou brinde*" - CFOP 5910 constam mercadorias normalmente comercializadas pelo autuado, o que já afasta a figura dos "*brindes*".

Sabe-se que num mercado cada vez mais competitivo as empresas criam atrativos para manter e atrair novos clientes, diversos tipos de incentivos são utilizados para estimular vendas e fidelizar a clientela. Nesse sentido, os brindes, presentes, bonificações, descontos, premiações, ou mesmo doação são expedientes possíveis. Ocorre que cada um desses têm repercussão tributária, por vezes diversas. O regulamento de ICMS do Estado da Bahia, vigente na época dos fatos, reservou um capítulo inteiro para tratar das questões da escrituração e tributação dos brindes (artigos 564 a 567 do Decreto nº 6.284/97).

O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive a título de bonificação; os brindes são distribuídos gratuitamente a consumidor ou usuário final.

Na aquisição de mercadorias para fins de brinde, o contribuinte registra a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal; e emite, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida (IPI, se houver), fazendo constar no campo do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, indicando no corpo do documento fiscal: "*Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA*"; na entrega dos brindes ao consumidor é dispensada a emissão de nota fiscal.

Cabe ressaltar que a operação de "*brinde*" é diferente da operação denominada "*bonificação*", às vezes confundidas. No segundo caso, a operação é efetuada com mercadoria normalmente comercializada pelo estabelecimento. Já os brindes, para serem assim considerados, não podem fazer parte ou constituir objeto normal da atividade da empresa, ou seja, não há brinde com mercadoria de estoque do estabelecimento. Em resumo, os brindes podem ser definidos como mercadorias adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final e que não mantêm vínculo com a atividade da empresa. Em regra, são objetos de pequeno valor individual.

Por outro lado, não pode ser chamado de brindes, que foram doados aos clientes, conforme afirmou o autuado, as diversas saídas de mercadorias sem a tributação do ICMS, cuja natureza da operação esteja classificada com o CFOP 5102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) ou CFOP 5405 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído). Sobre a alegada falta de aproveitamento do crédito fiscal de ICMS ou pagamento do Diferencial de Alíquotas, irrelevantes na análise da presente questão e o autuado não apresenta quaisquer provas, nesse sentido.

Justamente por isso, procedemos às verificações, ajustes, adequação da exigência à realidade fática, excluindo do presente lançamento as mercadorias que servem ao marketing, aos aspectos promocionais do estabelecimento, sem confundir com as mercadorias, objeto da comercialização do contribuinte autuado. Entre tais, foram excluídos da exigência, porque não podem ser chamadas de mercadorias com saídas sem tributação, os seguintes itens: "*display*", "*expositor*", "*móvel expositor*", "*gôndolas*", constantes da planilha fiscal inicial.

Após os procedimentos retomencionados, restaram evidentes saídas de mercadorias tributadas sem a devida tributação, com a redução do valor do lançamento de início, nesse item 4, de R\$159.251,33 para R\$100.198,98, conforme mídia CD acostada aos autos, fls. 1762/1774 e demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO-INFRAÇÃO 4		
OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REMANESCENTE
jan/09	1.563,84	306,76
fev/09	1.874,22	1.120,73

mar/09	2.341,60	1.204,72
abr/09	3.035,25	1.996,30
mai/09	3.399,17	1.809,12
jun/09	4.896,78	3.880,51
jul/09	5.832,31	1.475,62
ago/09	4.472,80	4.445,57
set/09	10.819,38	10.009,13
out/09	17.770,80	4.850,36
nov/09	5.719,96	3.796,10
dez/09	12.637,25	11.645,46
<b>Total-2009</b>	<b>74.363,36</b>	<b>46.540,38</b>
jan/10	1.454,58	581,58
fev/10	2.739,27	1.736,49
mar/10	6.634,00	3.762,86
abr/10	19.700,28	17.408,89
mai/10	18.728,86	7.357,19
jun/10	2.178,45	1.816,45
jul/10	3.386,56	3.016,13
ago/10	4.873,44	4.388,47
set/10	3.683,78	2.817,91
out/10	9.792,98	2.873,66
nov/10	2.842,45	2.037,38
dez/10	8.873,32	5.861,59
<b>Total-2010</b>	<b>84.887,97</b>	<b>53.658,60</b>
<b>Total-Inf. 4</b>	<b>159.251,33</b>	<b>100.198,98</b>

Na infração 5, a acusação é de recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, nos exercícios 2009 e 2010.

O demonstrativo de débito acostadas aos autos (fls. 195/311) discrimina as operações de saídas de mercadorias tributáveis, com equívocos na determinação da base de cálculo do imposto, nos valores que totalizaram R\$105.2242,22.

Nas razões, argumenta, inicialmente, o autuado, que houve equívoco fiscal na aplicação da redução da base de cálculo das bebidas alcoólicas, inclusive, os vinhos, indicadas no demonstrativo fiscal, que desconsiderou o art. 3º-F do Decreto nº 7.799/00, que autorizava, na época das aludidas operações, redução da base de cálculo em 55,55%, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12%.

Com relação aos demais produtos (mingau vitalon milho sch 200 e 300g, mingau nutribom milho sch 300g, creme vegetal deline c/sal 250 e 500g) cujas saídas ocorreram com a alíquota de 7%, por se tratar de farinha de milho, produto da cesta básica (art. 51 do RICMS/BA-97) e o creme vegetal deline c/Sal 250 e 500g (art. 87, inciso XXXI do RICMS/BA-97).

O Auditor Fiscal, na sua Informação, admite equívocos quanto aos percentuais e aos períodos de redução da base de cálculo para as bebidas alcoólicas, vinhos, aguardentes, quando aplicou a alíquota de 27%, desconsiderando o benefício constante no art. 3º F do Decreto nº 7799/00; quanto às saídas de mingau vitalon, nutribom, diz que são produtos a base de milho, mas não farinha de milho, e nem integram a cesta básica; diz que são produtos tributados a 17,00%, porém com tributação reduzida (art. 1º do Decreto nº 7799/00). Diz que o creme vegetal não é margarina.

Examinando a legislação que rege à espécie e as peças que constroem a exigência, verifico que o Auditor Fiscal, ao reconhecer a procedência das alegações da defesa, promoveu a adequação do valor exigido, de acordo com a legislação do imposto sobre as alíquotas incidentes nas operações com bebidas alcoólicas, inclusive os vinhos, que foram relacionadas no demonstrativo fiscal.

Considerando o negócio explorado pelo contribuinte, comércio atacadista de cereais, produtos alimentícios, perfumarias, entre outros, o contribuinte autuado assinou com o Estado da Bahia Termo de Acordo e Compromisso para usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.799, de 09.05.2000, que prevê no seu art. 3º-F a redução da base de cálculo em 55,55%, nas operações

internas destinadas a contribuinte inscritos no cadastro de ICMS desse Estado, de tal forma que a alíquota incidente na operação de 27% (bebidas alcoólicas), corresponda a carga tributária de 12%.

Constatou que o Decreto nº 11.462/2009 restringiu a hipótese de redução da base de cálculo do ICMS prevista no art. 3º-F às operações internas com vinhos e aguardentes; o Decreto nº 11.481/09, com vigência a partir de 09.104.2009, além de acrescentar outras bebidas na hipótese de redução da base de cálculo do ICMS, que também passaram a submeter-se à carga tributária de ICMS de 12%, restaurou o prazo do benefício até 31/12/09:

O Decreto nº 11.923, de 11/01/10, publicado no DOE de 12/01/10, e efeitos a partir de 12/01/10, promoveu alteração no art. 3º-F do Decreto nº 7.799/00 restringindo a redução de base de cálculo aludida, que passou a incidir apenas nas operações de importação do exterior com vinhos da posição NCM 2204 e não mais nas operações internas com aguardentes e vinhos.

Verifico que ao proceder aos ajustes retro referidos, refazendo a apuração do débito, inicialmente manejado, o Auditor fiscal elaborou novo demonstrativo, que culminou com a exclusão total de qualquer valor em relação às bebidas e geral, no período em que foram incluídas na exigência, de janeiro a junho de 2009, conforme levantamento fiscal, em mídia CD (fl. 1736 - volume VI).

Com relação aos demais produtos discriminados no mesmo demonstrativo fiscal, seja o mingau da marca vitalon ou da nutribom, correta é a posição fiscal, de que são produtos a base de milho, mas não farinha de milho, de sorte a integrarem a cesta básica e beneficiados com a alíquota de 7% (art. 51 do RICMS/BA-97); da mesma forma, o creme vegetal, que se trata de produto diverso da margarina, este, beneficiado com a redução da carga tributária para 7% (art.87, inciso XXXI do RICMS/BA-97).

Apesar da semelhança física que ostentam e até de os próprios comerciantes fazerem certa confusão, os produtos não são a mesma coisa: a "margarina" é feita principalmente à base de gordura vegetal (a mais saudável), com um pouco de gordura animal (até 3%). Aquelas com maiores teores de gordura são mais indicadas para uso culinário. O "creme vegetal" feito apenas com gorduras vegetais, tem teor de lipídios menor quando comparado à maioria das margarinas.

Considerando o aspecto restritivo tributário que marca os benefícios fiscais, não se pode estender a redução da base de cálculo que o legislador recomendou para as margarinas, também para o creme vegetal.

Portanto, excluída a exigência com relação às bebidas, os produtos que remanesceram no demonstrativo fiscal dessa infração 5, são produtos regularmente tributados a 17,00%, ajustadas as respectivas exigências à tributação reduzida prevista no art. 1º do Decreto nº 7799/00.

O período retificado encontra-se acostado nos autos, em mídia CD (fl.1736) e tem a conformação abaixo:

Mês/ano	Valor A.I.	Valor Retificado
JAN/09	32.280,30	202,95
FEV/09	18.953,15	64,42
MAR/09	40.849,94	148,71
ABR/09	1.660,62	625,19
MAI/09	1.027,79	395,03
JUN/09	1.783,16	724,48
<b>Totais</b>	<b>96.554,96</b>	<b>2.160,78</b>

A insistente afirmação do autuado de que não teria recebido os demonstrativos retificados foi contrariada, a final, pelo próprio autuado ao firmar que "*apenas agora realmente foi entregue os novos demonstrativos*".

Diante da exposição, a irregularidade apurada nesse item 5 resta parcialmente caracterizada no valor de R\$10.848,04.

Na infração 7, a acusação é de recolhimento a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (Art. 1º do Decreto nº 7799/00), nas saídas de mercadorias

tributáveis para não contribuintes (pessoas isentas no cadastro do ICMS e inscritas na condição de especial), nos exercícios de 2009 e 2010, no valor total de R\$98.726,19.

Nas razões, argumenta o autuado que a norma legal (art. 1º do Decreto nº 7799/00) permite a aplicação da redução da base de cálculo, nas saídas destinadas a contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS, na condição de especial, conforme o seu §3º (na redação dada pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11).

Contesta o Auditor Fiscal, aduzindo que elaborou demonstrativo com as saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes, que se inscreveram por opção própria, na condição de especial. Diz que a extensão do benefício, reclamado pelo autuado, se aplica exclusivamente às saídas das mercadorias tributáveis promovidas por contribuintes inscritos no CAD-ICMS, sob determinados códigos de atividades econômicas, diversa do contribuinte autuado.

Afirma que o autuado está inscrita no cadastro estadual sob código de atividade econômica 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, conforme consta de seu Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, portanto, a previsão legal insculpida no parágrafo 3º, do Art. 1º, do Decreto nº 7.799/2000, não contempla as saídas promovidas pela autuada, que deverão sujeitar-se a tributação integral do ICMS, sem qualquer redução da base de cálculo.

Com efeito, o Decreto nº 7.799, de 09.05.2000, dispõe sobre o tratamento tributário especial (redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%), nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único do mencionado Decreto - comércio atacadista, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

O direito não assiste ao autuado. As operações questionadas foram realizadas no período de 2009 a dezembro de 2010. Nesse momento, vigia o § 3º, do art.1º, Decreto nº 7799/2000, com a seguinte redação (Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11):

*"§ 3º Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial."*

De fato, a extensão do tratamento tributário da redução da base de cálculo, nas operações de saídas destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial, se aplica exclusivamente às saídas das mercadorias tributáveis promovidas por contribuintes inscritos no CAD-ICMS, sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13 (4647-8/0\_Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria), 14-A (4672-9/00 \_Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (4673-7/00\_Comércio atacadista de material elétrico), e 14-C (4679-6/99\_ Comércio atacadista de materiais de construção em geral), o que não é o caso do sujeito passivo, inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, sob o código de atividade econômica 4632-00/1 - Comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados (principal) ou mesmo as atividades secundárias, entre tais 4639-7/02 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, conforme consta do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA.

A infração descrita no item 7 está integralmente caracterizada, no valor de R\$98.726,19.

A infração 8 acusa o autuado de não ter efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Os demonstrativos do débito acostados aos autos, em relação ao exercício de 2009 (fls. 312/329) e exercício de 2010 (fls. 330/414) discriminam as aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, anexando aos autos, além dos demonstrativos, cópias das notas, DAEs pagos, etc. totalizando exigência no valor de R\$383.159,40.

Nas razões, argumenta o autuado que fez o recolhimento do ICMS-ST, entregando à fiscalização

respectivas provas, não sabendo o motivo da cobrança; diz que devolveu mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 11555 de 27/04/2010 (Unilever Brasil Nordeste Prod. Limpeza SA), na mesma data do recebimento, por estarem em desacordo com o pedido; além da nota fiscal de devolução nº 191644 de 30/04/2010.

Relaciona notas fiscais com ICMS já retido pelo fornecedor: 8887, 111436, 30834, 31698, 32218, 26354, 26859, 18002, 18001, 118605, 27416, 12968, 12969, 12970, 28416, 14864 e 15777.

Relaciona DAE,s com recolhimento do ICMS antecipado: *Notas Fiscais: 407382, 6880, 6886, 7177, 7214, 7226, 7175, 5684, 5678, 8005, 8007, 8008, 8329, 8271, 8317, 8327, 8273, 8272, 8321, 8001, 8003, 15270, 585, 432526, 11551, 11491, 11555, 29134, 2393, 756, 12818, 12822, 765, 28417, 20068, 20066, 20067, 20064 e 20406.*

O Auditor Fiscal diz que, apesar da farta documentação apresentada, não há provas a favor do autuado, não foram apresentados os documentos de arrecadação. Diz que não deixou de considerar retenções e recolhimentos realizados pelos fornecedores, quando da existência de acordos interestaduais, ou tais documentos não se referiam à substituição tributária com encerramento da fase de tributação, mas, à antecipação parcial e com o posterior aproveitamento do respectivo crédito.

A exigência tem fundamento no art. 8º da Lei nº 7.014/96, reproduzido no art. 371, RICMS BA-97, vigente à época dos fatos, ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com referidas mercadorias, no prazo do art. 125, II, “b”, RICMS BA.

Informa os autos, que a presente exigência do ICMS por antecipação tributária do art. 371, RICMS BA, aplicável nas aquisições interestaduais de mercadorias diversas incluídas no regime de substituição, em conformidade com o art. 61 do RICMS/BA-97 e o autuado, sujeito passivo da obrigação como substituto tributário, devendo recolher antecipadamente o ICMS relativo à sua próprio operação e aquelas subseqüentes.

Nesse sentido, observo que parte dos recolhimentos efetivamente feitos pelo autuado foi corretamente aproveitado pela fiscalização, conforme as assertivas que pontuou no momento da informação fiscal, tais como, operações cujos pagamentos do ICMS-ST foram apresentados pelo próprio autuado; comprovantes de pagamento de mercadorias provenientes de estados não signatários de acordo interestadual, operações com mercadorias que foram integralmente devolvidas aos remetentes, de tal sorte que a exigência restou reduzida para R\$326.470,63, no exercício 2010 e para R\$9.859,56, no exercício de 2009, totalizando R\$336.330,19, conforme demonstrativos contidos na mídia CD, fl. 1689 (volume VI). Assim, o demonstrativo fica o seguinte:

OCORRÊNCIA	LANÇAMENTO	REMANESCENTE
JAN/2009	1.558,47	1.558,47
FEV/2009	1.121,60	136,97
ABR/2009	2.125,98	2.125,98
MAI/2009	215,78	31,09
JUN/2009	1.439,39	175,73
JUL/2009	3.275,51	1.559,37
OUT/2009	2.148,20	2.148,20
DEZ/2009	2.123,75	2.123,75
<b>TOTAL/2009</b>	<b>14.008,68</b>	<b>9.859,56</b>
JAN/2010	24.444,76	24.123,92
FEV/2010	90.893,16	86.612,51
MAR/2010	9.936,89	5.726,06
ABR/2010	69.818,50	60.881,23
MAI/2010	172,95	172,95
JUN/2010	95.463,82	95.463,82
JUL/2010	13.886,73	13.886,73
SET/2010	3.107,17	3.107,17
OUT/2010	49.118,14	26.339,18

NOV/2010	8.097,39	8.097,39
DEZ/2010	4.214,21	2.059,67
<b>TOTAL/2010</b>	<b>369.153,72</b>	<b>326.470,63</b>
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>383.159,40</b>	<b>336.330,19</b>

A partir dos documentos e provas trazidos aos autos, sobretudo aqueles documentos que foram apresentados pelo autuado, às fls. 1518 a 1622, verifico que os vários DAE, com o pagamento do ICMS antecipação parcial, código de receita 2175, não foram considerados como abatimento na presente exigência de ICMS-ST, seja porque são exigências com natureza jurídica e repercussão tributária completamente diversas, seja porque as notas fiscais descritas no campo próprio do documentos de arrecadação não constam no demonstrativo fiscal ou porque o contribuinte autuado utilizou os valores pagos como crédito na apuração do imposto norma mensal, conforme consta no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo Outros Créditos, sob a rubrica “*Refere-se a ICMS Ant. Parcial*”. Laborou também e acerto o preposto do Fisco.

Outros documentos de arrecadação estadual com o código de receita 1145 - ICMS antecipação tributária, anexados aos autos, às fls. 1565, 1574, 1612, não foram considerados pelo autuante, porque as operações, a que se referem tais pagamentos, também não mais constam no relatório fiscal.

Dessa forma, a infração 8 é parcialmente procedente, no valor de R\$336.330,19. As provas acostadas aos autos não fazem provas de recolhimento do ICMS-ST das operações constantes do demonstrativo remanescente.

Na infração 9 a acusa é de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, em novembro de 2010, no valor de valor R\$9.778,11.

A alegação da falta de entrega do demonstrativo alusivo ao mencionado item, cerceando o seu direito de defesa, obstruindo o devido processo legal, já foi analisada anteriormente e não tem pertinência, no caso em concreto,

Constam dos autos o demonstrativo específico, assinado e recebido por preposto do autuado, à fl. 15. A exigência recai sobre a aquisição de produto da substituição tributária (sabão em pó) do Estado de Pernambuco,

Sabe-se que os produtos de limpeza estão submetidos regime da substituição tributária interna (art. 8º da Lei nº 7.014/96 combinado com os artigos 353, II, item 36 e 371, RICMS BA-97) e nas aquisições interestaduais de tais mercadorias, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com referidas mercadorias, no prazo do art. 125, II, “b”, RICMS BA.

O Protocolo ICMS 106/09 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com material de limpeza, envolvendo as operações entre os Estado da Bahia e São Paulo.

No caso em concreto, as aquisições de materiais de limpeza (sabão em pó) feitas por contribuinte do Estado da Bahia junto a Unilever Brasil Nordeste Produtos de Limpeza, sediado no Estado da Bahia, a responsabilidade pelo ICMS-ST é atribuída ao contribuinte autuado.

Infração caracterizada integralmente, no valor de R\$9.778,11.

Na infração 6, a fiscalização apurou que o contribuinte recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Acusa o autuado de ter utilizado, indevidamente, redução da base de cálculo do imposto (art. 1º do Decreto nº 7799/00), nas saídas de mercadorias tributáveis destinadas a empresas canceladas/inaptas, baixadas ou suspensas em processo de baixa no cadastro do ICMS, exercícios 2009 e 2010, no valor total R\$231.094,10.

Na infração 10, a fiscalização acusou o autuado de não ter procedida à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações

internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A exigência recai sobre as operações internas subseqüentes, nas saídas de mercadorias tributáveis para contribuintes localizados no estado e desabilitados no cadastro do imposto (contribuintes baixados, cancelados/inaptos, anulados e suspensos em processo de baixa), mencionados no item anterior, nos exercícios 2009 e 2010, totalizando valor R\$76.278,84.

Os questionamentos defensivos foram apresentados conjuntamente por força do ponto comum entre as duas infrações, ou seja, mercadorias destinadas para contribuintes baianos desabilitados no cadastro próprio. Antes, com referência a alegação de nulidade dos autos pela existência de vícios e erros materiais cometidos pela fiscalização, concernentes na descrição de dispositivos da legislação do imposto.

Já foi visto na inicial dos autos que o procedimento do Fisco na lavratura do presente Auto de Infração não implicou prejuízo aos direitos do contribuinte, ao contraditório e que tenha maculado o devido processo legal. Decerto que a fundamentação da exigência, em especial na infração 6, poderia ser melhor identificada, contudo a indicação do art. 11 do RICMS BA-97 (*quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição*) não causou qualquer incompreensão à matéria exigida, uma vez que o autuado apresentou sua defesa de forma ampla, da forma e com os elementos que dispunha ou entendeu interessante à sua tese.

Ademais, conforme estabelece o artigo 19 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, "*a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*".

Materialmente, a discussão defensiva é que o cruzamento de dados para identificar os contribuintes inabilitados no cadastro do ICMS do Estado da Bahia fora feito considerando a situação dos adquirentes nos dias atuais, ou quando em algum momento, tais contribuintes se encontravam em situação cadastral irregular.

Examinando os autos do processo, verifico que no tocante à infração 6, o demonstrativo inicial elaborado pelo Auditor Fiscal encontra-a acostado aos autos, na mídia CD (fl. 22); com relação à infração 10, os demonstrativos iniciais foram acostados aos autos, às fls. 421/658 (exercício 2009) e fls. 659/800 (exercício 2010), descreve as operações de saídas de mercadorias tributadas com a redução indevida da base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799/00 (Acordo Atacadista), sendo que mencionadas saídas foram destinadas para contribuintes com inscrição cancelada, baixada, suspensa etc., além da consequente falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, relativas às saídas de mercadorias destinadas para contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes, nos termos do art. 353, I, do RICMS BA-97.

O direito não assiste ao autuado. O auditor Fiscal apresentou um novo demonstrativo, após as correções que se faziam cabíveis, além da situação circunstanciada da situação cadastral de cada contribuinte com inscrição com inabilitação, não sendo verdadeira a alegação da defesa de que foi considerado para efeito do cruzamento dos documentos fiscais com o banco de dados da SEFAZ, a situação dos destinatários, nas datas da emissão das respectivas notas fiscais.

Em contrário. O Auditor Fiscal observou criteriosamente a situação cadastral de cada adquirente das mercadorias beneficiadas na data operação, comprovando que o contribuinte autuado não poderia fazê-lo com a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, conforme se encontra cabalmente provado, nas peças processuais coladas aos autos, especialmente, nos relatórios de fls. 1677/1687).

Contudo, entendo que é razoável o questionamento do autuado, endossado pelo Auditor Fiscal, responsável pela ação, que deve ser mantida a redução da base de cálculo de ICMS permitida na legislação do imposto (RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97) relativo a

alguns produtos, tais como: vinagre, charque e margarina (inciso XXI do Art. 87), leite em pó (inciso XXI do Art. 87), leite de gado tipo longa vida (inciso XXXV do Art. 87), óleo refinado de soja (inciso VII do Art. 87), em relação à exigência contida na infração 6, posto que se trata de comando legal alheio aquele contido na inicial dos autos, o que não é o mesmo caso em relação ao item 10.

Posto isso, a infração 6 resta caracterizada parcialmente, sendo alterada a exigência inicial de R\$231.094,10 para R\$228.578,65, de acordo com demonstrativos retificados, acostados nos autos, fl.1689 (volume VI) mídia CD, sendo que os totais de cada mês para o exercício de 2009 consta nas fls. 301 (jan), 553 (fev), 825 (mar), 1101 (jun) – demonstrativo: "...1º SEMESTRE...2.29\_2009.2", 288 (jul), 470 (ago), 674 (set), 751 (out), 826 (nov) e 937 (dez) – demonstrativo: "...2º SEMESTRE...2.29\_2009.3"; para o exercício de 2010 consta nas fls. 64/65 (jan), 131 (fev), 187 (mar) 234 (abr), 277 (mai), 318 (jun) – demonstrativo: "...1º SEMESTRE...2.29\_2010.4", 47 (jul), 104 (ago), 154 (set), 201 (out), 258 (nov) e 314 (dez) – demonstrativo: "...2º SEMESTRE...2.29\_2010.5", conforme débito seguinte:

OCORRÊNCIA	LANÇAMENTO	REMANESCENTE
JAN/2009	27.741,97	27.466,32
FEV/2009	22.004,54	21.844,09
MAR/2009	23.550,36	23.400,88
ABR/2009	11,39	0,00
JUN/2009	25.547,48	25.493,16
JUL/2009	22.422,59	22.264,18
AGO/2009	14.116,58	13.991,27
SET/2009	14.026,92	13.972,84
OUT/2009	7.377,52	7.381,11
NOV/2009	9.868,59	9.849,85
DEZ/2009	11.672,03	11.676,67
<b>TOTAL/2009</b>	<b>178.339,97</b>	<b>177.340,37</b>
JAN/2010	4.305,10	4.269,21
FEV/2010	5.326,10	4.718,31
MAR/2010	5.353,89	5.335,56
ABR/2010	3.522,05	3.512,93
MAI/2010	3.752,15	3.409,28
JUN/2010	4.024,51	3.978,80
JUL/2010	3.201,17	3.129,20
AGO/2010	4.257,83	4.160,18
SET/2010	3.620,84	3.580,60
OUT/2010	2.870,31	2.790,80
NOV/2010	6.266,54	6.153,87
DEZ/2010	6.253,64	6.199,54
<b>TOTAL/2010</b>	<b>52.754,13</b>	<b>51.238,28</b>
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>231.094,10</b>	<b>228.578,65</b>

A infração 10 resta integralmente caracterizada, no valor de R\$76.278,84.

Diante do exposto, o presente lançamento de ofício resta confirmado parcialmente, somando R\$867.003,34, na forma e nos valores abaixo descritos:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	RESULTADO
01	704,27	671,46	PARCIALMENTE PROCEDENTE
02	4.888,61	4.888,61	PROCEDENTE
03	704,27	704,27	PROCEDENTE
04	159.251,33	100.198,98	PARCIALMENTE PROCEDENTE
05	105.242,22	10.848,04	PARCIALMENTE PROCEDENTE
06	231.094,10	228.578,65	PARCIALMENTE PROCEDENTE
07	98.726,19	98.726,19	PROCEDENTE
08	383.159,40	336.330,19	PARCIALMENTE PROCEDENTE
09	9.778,11	9.778,11	PROCEDENTE
10	76.278,84	76.278,84	PROCEDENTE
<b>Total</b>	<b>1.069.827,34</b>	<b>867.003,34</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTEEM PARTE** o Auto de Infração nº 206917.0009/14-7, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (CODICAL DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$867.003,34**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a", "d" e "e" e VII, "a", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "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, 03 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIOMIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR