

**PROCESSO** - A. I. Nº 269358.0051/14-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA.  
**RECORRIDOS** - REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0169-03/15  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 04/08/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJP Nº 0173-11/17

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE RAZÕES DE MÉRITO. É inválida a Decisão que viola o núcleo constitucional de garantias do administrado, tais como os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. O ato administrativo decisório deve ser anulado, pois causa lesão ao interesse público de garantir o processo justo e a direitos fundamentais. A JF não enfrentou todas as razões de mérito da lide. Anulada a Decisão de primeira instância. Retornam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JF nº 0169-03/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 07/06/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$1.590.906,92, sob a acusação do cometimento de 02 (duas) irregularidades, assim discriminadas pelo órgão julgador de primeira instância, in verbis:

*Infração 01 - 01.02.96. Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar no 24/75, nos meses de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Exigido o valor de R\$49.129,32, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 08 a 12.*

*Consta que “O estabelecimento atacadista auditado recebeu mercadorias em operações de transferência de outro estabelecimento atacadista vinculado à mesma sociedade empresária sediado no Estado de Goiás creditando-se pela alíquota interestadual de 12%. Entretanto, concedendo aquela unidade federativa crédito presumido de 3% para as ditas operações à revelia da Lei Complementar no 24/75, não promoveu o estorno de crédito devido, conforme determinação do Dec. do Estado da Bahia no 14.213 de 22/11/2012, resultando em recolhimento a menor do ICMS nos meses de ocorrência, uma vez que o crédito fiscal admitido no presente caso é de apenas 9%. Tal fato acha-se quantificado analiticamente no Demonstrativo Anexo 1, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos e do qual o estabelecimento auditado toma inteira ciência.”*

*Infração 02 - 07.01.04. Recolhimento do ICMS a menos 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 relacionadas no Anexo 88 do RICMS- BA/97 e Anexo 1 DO RICMS-BA/12, nos meses de julho de 2010 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$1.541.777,60, acrescido de multa de 60. Demonstrativo às fls. 13 a 231.*

*Consta que “O estabelecimento auditado recebeu mercadorias em operações interestaduais de transferência, procedentes de outro estabelecimento atacadista vinculado à mesma sociedade empresária, sediado no Estado*

*de Goiás, NÃO INSCRITO no Estado da Bahia. Nestas operações detectou-se insuficiências de recolhimento em razão da conjugação dos seguintes fatores: 1) Erro na determinação da base de cálculo da antecipação tributária por equívoco na aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA; 2) Falta de determinação da base de cálculo de MEDICAMENTOS pelo Preço Máximo ao Consumidor - PMC, em desobediência ao Convênio nº 76/94; 3) A partir de dezembro de 2012, consideração de crédito fiscal de 12%, quando beneficiário de crédito presumido instituído por aquela Unidade Federativa, à revelia da Lei Complementar no 24/75, além de descumprir o Decreto do Estado da Bahia nº 14.213, de 22/11/2012 quanto aos seguintes itens: 3.1) MEDICAMENTO DE USO HUMANO - Crédito presumido de 4%, crédito admitido 8%; 3.2) OUTRAS MERCADORIAS sujeitas à antecipação tributária - Crédito presumido de 3%, Crédito admitido 9%. Tais situações devem ser levadas em consideração na determinação da base de cálculo do ICMS devido por ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, por impactar na quantificação do seu valor e, por conseguinte, na definição do ICMS devido. O cálculo analítico das omissões parciais de recolhimento constam do Demonstrativo Anexo II, organizado por ano de ocorrência, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos e do qual o estabelecimento auditado toma plena ciência."*

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 18/08/2015 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 858 a 873), nos termos a seguir reproduzidos.

**“VOTO**

*Inicialmente, cabe examinar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob o fundamento de que o lançamento relativo ao item 02 do Auto de Infração incorreu em cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração tendo em vista a constatação no levantamento fiscal de lançamentos em duplicidade, aplicação errônea da MVA e que as correções e ajustes promovidos pelos autuantes na informação fiscal se configuram um aditamento ao lançamento original.*

*Ao compulsar os elementos que integram os autos constato que não assiste razão ao autuado, uma vez que as inconsistências apontadas pelo defendente foram enfrentadas pelos autuantes ao prestarem informação fiscal, ocasião em que promoveram os ajustes e correções cabíveis, elaborando novo demonstrativo reduzindo o valor do débito, fls. 559 a 610, cuja ciência ao autuado de seu teor foi providenciada mediante intimação, fls. 611 a 614, que se manteve silente. Ademais, mediante diligência foi solicitado ao autuado que discriminasse todas as inconsistências apontadas em sede de defesa, as quais foram apresentadas e integralmente enfrentadas pelos autuantes que mantiveram a apuração já apresentada na informação fiscal demonstrando cabalmente a motivação.*

*Também não deve prosperar a alegação do impugnante de que, ao serem procedidos pelos autuantes com base nas comprovações apresentadas na defesa os ajustes do demonstrativo do débito pelos autuantes reconhecendo a aplicação de MVA erroneamente, bem como acerca da alíquota aplicada a determinados produtos e a existência de lançamentos de produtos em duplicidade, eivam a autuação de nulidade por não terem sido realizadas originalmente de forma escoreita. Ao contrário do que aduz o sujeito passivo, essa dinâmica comprova claramente que se configura instalado plenamente nos presentes autos o contraditório em perfeita harmonia com a busca da verdade material. Eis que, com a fundamentação das alterações e ajustes devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a entrega ao defendente de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa, fica também patente seu exercício da ampla defesa.*

*Portanto, emerge dos autos clara evidência de que inexistiu qualquer procedimento que desse margem à quebra da segurança jurídica, desprezo ou ofensa ao princípio da ampla defesa, como alegou, sem razão, o autuado.*

*Em suma, o auto de infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma preconizada pelo art. 39, RPAF-BA/99. O processo administrativo fiscal afigura-se revestido de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e nas ocasiões que entendeu pertinentes.*

*Nestes termos, entendo restar ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada na defesa, ante a inexistência de vícios que maculem a autuação, passíveis de invalidar o lançamento tributário, conforme a previsão contida no art. 18 do RPAF-BA/99, consignados que se encontram nos autos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e presentes todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.*

*No mérito o lançamento de ofício é constituído de duas infrações: utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar no 24/75 - infração 01; recolhimento a menos do ICMS 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 – operações submetidas ao remkige*

*de substituição tributária - infração 02.*

*No que diz respeito à infração 01 o impugnante, em sede defesa refutou, a acusação fiscal sustentando que o crédito escritural de ICMS é intangível e que a autoridade fazendária não pode cancelar o crédito fiscal tendo como base o fato de o Estado de origem ter concedido incentivo de crédito fiscal presumido. Sustentou que os créditos fiscais não podem ser afetados pela concessão de créditos presumidos, por não se configurar as hipóteses de restrição, não tributação ou isenção, delimitadas pela jurisprudência do STJ.*

*Os autuantes ao prestar informação fiscal sustentaram a autuação sob o fundamento de que o Dec. no 14.213/12 veda expressamente os créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar no 24/75.*

*Da análise das peças que compõem este item da autuação verifico que fica patente nos autos, precipuamente no demonstrativo de apuração, que não assiste razão ao defendente, uma vez que o levantamento fiscal, acostado às fls. 08 a 12, apurou no período fiscalizado de forma detalhada e pormenorizada o descumprimento pelo autuado da vedação expressa contida no Dec. no 14.213/12, vigente a partir de 01/12/12, eis que não promoveu em sua EFD nos meses indicados o estorno de crédito devido, conforme determinado nos itens 1.11 e 1.12 do Anexo Único, fls. 236 e 237, já que as mercadorias se originam de estabelecimento atacadista do próprio autuado em outra unidade da Federação.*

*É indubitoso que o referido Dec. no 14.213/2012 ao dispor sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, estatui em seu art. 1º que “fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo”.*

*Expressamente o §1º do referido Decreto também estabelece que “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem”, conforme estabelecido em seu Anexo Único. Ademais, é bom salientar que, consoante teor do §2º também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.*

*Em que pese a extensiva argumentação defensiva sustentando a tese da higidez dos créditos escriturais que não podem ser afetados pela concessão de crédito presumido e que no presente caso não se configura qualquer hipótese restritiva delimitadas pela jurisprudência do STJ, comungo com o entendimento esposado pelos autuantes de que, ao contrário do quando aduzido pelo defendente, a jurisprudência dominante do STJ sobre esta matéria é de que incentivos fiscais concedidos à revelia da LC no 24/75, autoriza a glosa do crédito fiscal majorado pelos Estados destinatários.*

*Fica prejudicada a análise da alegada inconstitucionalidade da norma tributária baiana aduzida pelo impugnante em face da vedação imposta pelo art. 167 do RPAF-BA/99 que afasta a competência deste órgão julgador.*

*Assim, pelo expendido e considerando que o autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, concluo pela subsistência da infração 01.*

*Quanto à infração 02, em suas razões de defesa, o impugnante identificou no levantamento fiscal algumas notas fiscais lançadas em duplicidade e a adoção de MVAs divergentes dos previstos na legislação de regência. Citou também, sem indicar qualquer operação, a existência de divergências entre a quantidade e valores apontados nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.*

*Verifica-se nos autos que as inconsistências apontadas pelo defendente no levantamento fiscal relativas à aplicação errônea da MVA, lançamentos em duplicidades e divergência entre a quantidade e valores de algumas notas fiscais foram objeto de enfrentamento pelos autuantes por ocasião da informação fiscal. Ocasião em que explicitaram os fundamentos que motivaram o acolhimento e a denegação das alegações refazendo um novo demonstrativo de débito acostados às fls. 760 a 809, que resultou na redução do débito da infração 02 para R\$1.372.870,77, cuja cópia foi enviada ao impugnante que não se manifestou no prazo de reabertura de defesa concedido na forma regularmente prevista.*

*Na assentada do julgamento, foi decidido por esta Junta de Julgamento pela conversão os autos em diligência para que o autuado apresentasse extensivamente todas as ocorrências de inconsistências no levantamento fiscal apontadas na defesa e para os autuantes promoverem os ajustes cabíveis com base nas comprovações inequívocas carregadas aos autos.*

*Depois de examinar as ponderações e fundamentações dos autuantes ao atenderem a diligência, cujo resultado, depois de denegarem o atendimento dos pleitos do impugnante e manterem os termos do demonstrativo refeito por ocasião da informação fiscal, passo a tecer as pertinentes ponderações que se seguem.*

*Para os produtos, ABSORVENTE HIGIÊNICO e ESCOVA DENTAL o percentual de MVA adotado pela fiscalização no período da autuação de 41,06% está correto por ser o percentual previsto no Convênio ICMS*

76/94 e não de 26,95%, indicado pelo contribuinte.

No caso dos medicamentos, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme estabelece a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94. A aplicação da MVA de 26,95% pretendida pelo autuado é indevida no presente caso por haver o PMC sugerido pelo estabelecimento fabricante.

Os produtos BISCOITO, BOLINHO BAUDUCCO, BOLO BAUDUCCO a MVA de tais produtos, no período questionado é de 45% e não de 30%, como pleiteia o impugnante.

As operações com produto MACARRÃO oriundas do Estado de Goiás, conforme consta no item 12.2 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97, em MVA de 45%, e não 20%, como sugere o autuado.

Quanto aos produtos BOBINA FISCAL PDV, BOBINA TÉRMICA e CADERNO, não procedem as objeções apontadas pelo impugnante, uma vez que o levantamento fiscal toma como referência as MVAs discriminados no Anexo Único atualizado do Protocolo ICMS 28/2010, celebrado entre os Estados da Bahia e Minas Gerais, aplicável no período auditado às operações sujeitas à Antecipação Tributária interna, conforme consta no item 41 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97.

Constato que a MVA de 48,43%, adotada no levantamento fiscal para as operações no período de apuração com o produto PILHA está de acordo com a previsão expressa no item 30 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97.

No que diz respeito à alegação dos produtos sem destaque do imposto substituição na nota fiscal, mas com crédito de ICMS, cujos produtos reproduzem às fls. 695 a 700, exame minudente nas operações objeto desta discordância não revelam a alegação da defesa.

Não procede a alegação da defesa em ralação ao fato de os produtos enquadrados no regime de substituição tributária interestadual terem sido remetidos à Bahia por seu estabelecimento situado no Estado de Goiás, sem o cumprimento daquela obrigação tributária, uma vez que nem inscrito na Bahia tal estabelecimento é, por ser patente a responsabilidade supletiva do impugnante por operações sujeitas à substituição tributária interestadual, omitidas pelo remetente, como claramente se depreende do art. 8o, §5o, da Lei no 7.014/96, in verbis:

“Art. 8o São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: [...] §5o A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.”

Exame realizado na lista dos produtos referidos pelo impugnante, fls. 701 a 752, não revelam a existência de qualquer produto lançado com valor do imposto a mais.

Quanto à alegação da existência de produtos duplicados no levantamento fiscal verifico que na Informação Fiscal prestada às fls. 540 a 562, foram excluídas todas as duplicidades existentes no levantamento fiscal no exercício de 2010, refeito o demonstrativo de apuração e entregue cópia ao impugnante com reabertura do prazo de defesa, a qual transcorreu sem qualquer manifestação.

No que diz respeito à alegada existência de divergências entre quantidades e valores apontados nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, exame efetuado no demonstrativo não revelam qualquer caso concreto. Assim, ante a falta de indicação inequívoca de tais divergências pelo defendente, torna o argumento insubsistente, por se configurar em mera alegação desprovida de comprovação objetiva.

Em relação ao pedido do defendente para que fossem levados em consideração no levantamento fiscal os valores decorrentes das operações arroladas com produtos que deveriam ter sido enquadrados no regime de substituição tributária e não foram, mas no entanto, foram tributados normalmente nas saídas, esclareço que a pretensão da defesa não deve prosperar, haja vista a falta de comprovação inequívoca de que, efetivamente, tais produtos foram tributados na saída.

Constato também que os autuantes, independente de alegação do impugnante constatarem, e de ofício, promoveram corretamente a retificação no levantamento fiscal da tributação atinente ao produto MACARRÃO que foi efetuada com a alíquota de 17%, quando deveria ocorrer com a alíquota de 7%.

No tocante à deliberação dos autuante de manterem no levantamento fiscal a MVA de 37,83% para o produto Biscoito, constante da Nota Fiscal no 838083 de 09/03/2012, em vez da correta MVA de 45%, prevista no item 12.2.3 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97, sob a alegação de ser mais favorável ao autuado, não pode prevalecer a discricionariedade, haja vista a imperativa vinculação e obrigatoriedade da atividade administrativa de lançamento, sob pena de responsabilidade funcional do agente lançador, estatuída pelo art. 142 do CTN. Logo,

*com fulcro no art. 156 do RPAF-BA/99, represento a Autoridade Fazendária competente para que seja programada uma nova ação fiscal a fim de apurar os valores remanescentes.*

*Nestes termos, acolho o novo demonstrativo de apuração e de débito colacionado às fls. 559 a 561, que reduz o valor da exigência relativa à infração 02 para R\$1.372.870,77, conforme demonstrativo abaixo.*

*(...).*

*No que concerne a inconstitucionalidade do adicional de 2% sobre a alíquota do ICMS exigido com base em previsão na Lei nº 12.038/2010, que instituiu de Fundo de Pobreza, devidamente aplicado na apuração da exigência fiscal, bem como a natureza confiscatória das multas propostas, tipificadas nas alíneas “f” e “a” do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 aduzidas pelo sujeito passivo em suas razões de defesa, saliento que, ao teor do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99, falece competência a esta Junta de Julgamento a declaração de inconstitucionalidade.*

*Assim, pelo acima expandido, concluo que a infração 02 é parcialmente procedente. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração”.*

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorre de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0169-03/15.

Respalado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 887 a 904, no qual inicia suscitando nulidade por cerceamento de direito de defesa e insegurança na determinação do ilícito.

Isso porque os auditores, ao prestarem a informação da infração 02, teriam aditado a peça inicial, efetuando revisão da apuração originária, alterando a base de cálculo e com isso admitido que o lançamento de ofício não foi elaborado da forma correta, situação que enseja nulidade por insegurança jurídica.

Prossegue reiterando as alegações apresentadas em sede de defesa para a segunda infração, como a utilização de preços de mercado para medicamentos, ao invés dos percentuais previstos no Convênio ICMS nº 76/1994, divergências de valores e quantidades entre os levantamentos fiscais e as notas, produtos destacados em duplicidade no demonstrativo do Fisco (nota 293.876) e outros (produtos) com pagamentos a maior ou com índices de MVA maiores do que os vigentes quando das ocorrências (notas 490.497, 838.083, 17.715, 838.084 etc.). Segundo alega, há *“produtos que deveriam ter sido enquadrados como produtos com substituição tributária, não sendo feito por parte da empresa, sendo, conseqüentemente, tributados normalmente e destacado ICMS normal. Tal valor há que se levar em consideração no levantamento fiscal”*.

Assim como já havia feito na impugnação, insurge-se contra o adicional de 2% do Fundo de Pobreza, incidente nas operações com bebidas (Lei nº 12.038/2010), reputando-o inconstitucional e contrário ao art. 167, IV da CF/1988.

Relativamente à infração 1, assevera que o Estado de destino não tem legitimidade para desconsiderar o montante do ICMS inserido no Estado de origem e que a JJF, apesar de ter afirmado que a jurisprudência do STJ não socorre as suas pretensões, não citou qualquer precedente.

Admite que crédito fiscal estipulado sem a chancela do CONFAZ é inconstitucional, mas alega que nem por isso pode ser restringido, devendo ser integralmente aproveitado pelo adquirente (fl. 897).

Sustenta que a multa tem natureza de confisco, motivo pelo qual deve ser cancelada, e encerra pleiteando o provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 910 a 914, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo não provimento, pois o art. 149 do CTN preconiza que o lançamento pode ser revisto quando apontadas incorreções, o que está em conformidade com o princípio segundo o qual a Administração Pública tem o dever de retificar os seus atos, quando praticados de forma irregular. As inconsistências alegadas pelo recorrente foram analisadas pelos autuantes, ao prestarem a informação, tendo sido efetuadas as correções necessárias.

Também não merece acolhimento a tese de impossibilidade de estorno de créditos concedidos por outras unidades federativas de forma ilegal, porquanto desprovida de qualquer embasamento lógico ou jurídico.

## VOTO

Quanto à irresignação atinente à segunda infração, o contribuinte, na peça do Recurso Voluntário, reiterou as seguintes alegações defensivas: a) utilização de preços de mercado para medicamentos, ao invés dos percentuais previstos no Convênio ICMS 76/1994; b) divergências de valores e quantidades entre os levantamentos fiscais e as notas; c) produtos destacados em duplicidade no demonstrativo do Fisco (nota 293.876) e outros (produtos) com pagamentos a maior ou com índices de MVA maiores do que os vigentes quando das ocorrências (notas 490.497, 838.083, 17.715, 838.084 etc.); d) *"produtos que deveriam ter sido enquadrados como produtos com substituição tributária, não sendo feito por parte da empresa, sendo, consequentemente, tributados normalmente e destacado ICMS normal"*.

Atente-se para um dos argumentos constantes do item "c" acima referido (índices de MVA maiores do que os vigentes quando das ocorrências (notas 490.497, 838.083, 17.715, 838.084 etc.)), pois é dele que serão extraídos os fundamentos de fato e de direito deste Voto. Assim como na fase de apelo, na defesa o contribuinte já havia apontado a adoção de MVAs divergentes das previstas na legislação.

As inconsistências relativas às MVAs foram analisadas pelos auditores na informação fiscal de fls. 542 a 562, oportunidade na qual apenas reconheceram o cometimento de erro no cômputo, em desfavor do autuado, relativo ao produto *"corretivo"* (Nota Fiscal nº 490.497 (fl. 557)).

Também reconheceram lançamentos em duplicidade e aplicação equivocada de alíquota (macarrão; fl. 559), tendo apresentado revisão, de tal forma que a exigência restou alterada de R\$1.541.777,60 para R\$1.372.870,77.

Os outros equívocos de MVA, conforme assinalaram, não foram objeto de alteração ou revisão por terem resultado em situação *"mais favorável ao contribuinte"* (fl. 558), motivo pelo qual a Junta de Julgamento Fiscal, com a devida licença, de forma equivocada, representou à autoridade competente para que determinasse a renovação da ação fiscal.

*"No tocante à deliberação dos autuante de manterem no levantamento fiscal a MVA de 37,83% para o produto Biscoito, constante da Nota Fiscal no 838083 de 09/03/2012, em vez da correta MVA de 45%, prevista no item 12.2.3 do Anexo 88 ao RICMS-BA/97, sob a alegação de ser mais favorável ao autuado, não pode prevalecer a discricionariedade, haja vista a imperativa vinculação e obrigatoriedade da atividade administrativa de lançamento, sob pena de responsabilidade funcional do agente lançador, estatuída pelo art. 142 do CTN. Logo, com fulcro no art. 156 do RPAF-BA/99, represento a Autoridade Fazendária competente para que seja programada uma nova ação fiscal a fim de apurar os valores remanescentes".*

As citadas ocorrências, de março de 2012, não mais podem ser objeto de novo lançamento de ofício, tendo em vista a fruição do prazo decadencial, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Por outro lado, trata-se de matéria contida no Recurso Voluntário, por meio do qual não é possível reformar a Decisão de primeira instância para agravar a situação do recorrente. Isso - alterar para maior o valor fixado na Primeira Instância -, somente pode ser feito pela CJF (Câmara de Julgamento Fiscal) em sede de Recurso de Ofício.

Por tal razão, este órgão - sob pena de incorrer em supressão de instância e de cercear os direitos de defesa e contraditório -, está impedido de determinar diligência para as pertinentes correções, o que deveria ter sido feito pela JJF, inclusive para que o fiscalizado pudesse recorrer acerca desse específico assunto (itens 03 e 05 de fl. 558): correção para maior do valor devido, com a aplicação, nas notas 838.083 e 838.084, da MVA correta de 45%, ao invés daquela de 37,83%, inicialmente utilizada pelos auditores.

Não se diga que do cotejo, eventualmente solicitado pela Câmara, entre a correção do *quantum*

*debeatur* da infração 2 para menor, tendo em vista o reconhecido erro referente à Nota Fiscal nº 490.497, e para maior, em razão dos também reconhecidos equívocos concernentes às Notas nºs 838.083 e 838.084, o resultado poderia ser favorável ao sujeito passivo, quer porque não é certo que ocorra, quer porque nem assim os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal restariam menos ofendidos. Ou seja, ao contribuinte não teria sido dada a oportunidade de recorrer de uma provável majoração do débito inerente às Notas nºs 838.083 e 838.084, tomando-se como paradigma os levantamentos iniciais.

É inválida a Decisão que viola o núcleo constitucional de garantias do administrado, tais como os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. O ato administrativo decisório deve ser anulado, pois causa lesão ao interesse público de garantir o processo justo e a direitos fundamentais.

A JJF não enfrentou todas as razões de mérito da lide, pelo que julgo Nula a Decisão recorrida. Os autos devem retornar para a JJF, com vistas a um novo julgamento.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, tendo como PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269358.0051/14-4**, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS