

PROCESSO - A. I. Nº 146551.0001/13-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS – ILPISA
RECORRIDOS - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS – ILPISA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0063-03/17
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0309-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O autuado elide parcialmente a autuação. Mantido o julgamento de piso. Infração 1 procedente em parte. **b)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. Entendo que o regulamento do IPI não pode ser utilizado para opor regra da LC 87/96, que claramente estabelece no art. 33, transcrita no voto de piso, as possibilidades do uso do crédito da energia elétrica, excluindo assim, as empresas do setor comercial. Reduzida de ofício parte do lançamento por decadência relativa aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008. Infração 2 procedente em parte. **c)** SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL RELATIVO ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O Recorrente aduz que o estorno é o mesmo que está sendo exigido nas infrações 3, 4, 5 e 7. Não há qualquer vínculo entre esta infração, e as demais alegadas como sobrepostas, 3, 4, 5 e 7. Mantida a Decisão recorrida. Infração 6 subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Defesa parcialmente prejudicada por mandado de segurança. Suspensa a exigibilidade de parte do crédito. Reconhecida de ofício decadência parcial. Infração 3 procedente em parte. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Parte do imposto exigido encontra-se com exigibilidade suspensa em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Mantida a Decisão recorrida, porém reconhecida de ofício decadência parcial nas infrações 4 e 11. Infrações 4 e 11 parcialmente procedentes em parte e infração 9 procedente. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM OPERAÇÕES NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/00. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Parte do imposto exigido encontra-se com exigibilidade suspensa em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. O benefício do Termo de Acordo do Decreto nº 7799/00 só contempla contribuintes do ICMS no gozo das

atividades, nunca os desabilitados. Mantida a decisão de piso. Infração 5 Procedente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Revisão fiscal efetuada pelos Autuantes reduziu o valor do débito. Mantida a decisão de piso por falta de argumentos que demonstrem a existência de erros após as correções efetuadas. Infração 8 procedente em parte, e 9 Procedente. 6. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Autuado escolheu a via judicial para discutir a lide em relação às operações com CFOP 5.910, ficando prejudicada a defesa e suspensa à exigibilidade. Contudo, foi reconhecida de ofício a decadência dos meses de janeiro a março de 2008. Infração 10 mantida parcialmente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Reconhecida, de ofício, a decadência parcial das infrações 2, 3, 4, 10 e 11 no período de janeiro a março de 2008. Decisão unânime.

RELATORIO

A 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 27/03/2013, quando foi lançado o valor total de R\$3.787.054,53, e tendo desonerado parte do valor, reduzindo para R\$3.014.595,34, recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda, e o contribuinte inconformado com os valores remanescentes, interpôs Recurso Voluntário, sendo o lançamento composto dos 11 itens abaixo relacionados:

Infração 01- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio de 2008, julho, agosto e outubro de 2010. Exigido o valor de R\$2.969,23, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a abril e junho de 2008. Exigido o valor de R\$5.584,63, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro 2010. Exigido o valor de R\$7.085,21, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$35.831,07, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo, nos meses de junho de 2008 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$6.291,86, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de junho a dezembro de 2008, fevereiro a dezembro de 2009 e fevereiro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$411.319,60, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo. Saídas de mercadorias para não contribuintes do ICMS, nos meses de maio de 2008 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$27.272,44, acrescido da multa de 60%

Infração 08 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios

fechados de 2008, 2009 e 2010. Exigido o valor de R\$2.937.265,96, acrescido das multas de 70% e de 100%;

Infração 09 - Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Substituição tributária resultante das omissões apuradas no levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2008, 2009 e 2010. Exigido o valor de R\$23.421,52, acrescido da multa de 60%;

Infração 10 - Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estorno indevido de débito fiscal de ICMS nas operações de saídas de mercadorias identificadas com o CFOP 5910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$316.935,84, acrescido da multa de 60%;

Infração 11 - Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$13.077,17, acrescido da multa de 60%.

Após apresentação da defesa às fls. 1099/128, e da informação fiscal, fls. 1162/65, oportunidade em que os autuantes reconheceram parcialmente as alegações de defesa quanto à primeira infração, o Recorrente se manifestou às fls. 1166/79, reiterando argumentos defensivos, que levaram a Junta a converter o processo em diligência à INFAZ de origem pedindo providências para esclarecimentos das infrações 3, 3, 5, 7, 8 e 9. Após o resultado da diligência às fls. 1202/207, o Recorrente voltou a se manifestar às fls. 1219/24.

Os autuantes ao tomarem conhecimento da manifestação fizeram nova alteração nas infrações objeto da primeira diligência, às fls. 124/49. O Requerente voltou mais uma vez a se manifestar às fls. 1.256/60 e a Junta mais uma vez converteu o processo em nova diligência aos autuantes para elaborar novos demonstrativos das infrações 10 e 11 e trazer provas complementares relativas às infrações 5 e 11. Tendo os autuantes apresentado resultado da diligência às fls. 1287/96, e tendo o autuado intimado a se manifestar à fl. 1303, e não apresentado qualquer manifestação, o processo foi pautado para julgamento, quando a Junta assim decidiu conforme voto abaixo, em resumo:

VOTO

A Infração 01 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O autuado em sua impugnação sustentou que as mercadorias constantes nas Notas Fiscais de n°s 2.422 e 6.419 arroladas no levantamento fiscal são destinadas a revenda no estabelecimento ora autuado, devendo, portanto, serem excluídas da autuação.

O autuante, depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo defendente, acatou a comprovação da regularidade do crédito fiscal referente às Notas Fiscais de n°s 2422 e 6419. Informou que procedeu à exclusão dos valores atinentes às duas notas fiscais, o que reduziu o valor da exigência da infração 01 para R\$24,61, conforme demonstrativo que colaciona a fl. 1162. Concordo com a intervenção dos Autuantes, tendo em vista que se baseou na efetiva comprovação do defendente de que as mercadorias são destinadas a comercialização. Assim, acolho o novo demonstrativo de débito acostado à fl. 1162 e concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

A Infração 02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. Em sede de defesa o autuado sustentou que consoante entendimento já manifestado pelo STJ em matéria equivalente, qual seja, de que os estabelecimentos equiparados a industriais, ainda que de natureza comercial, fazem jus ao creditamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica consumida nos seus estabelecimentos. Pugnou pela improcedência desse item da autuação, já que não ocorrera qualquer infração à legislação tributária, pois o estabelecimento autuado está equiparado a industrial, de acordo com o disposto no inciso III, do art. 9º, do Regulamento do IPI.

Os autuantes mantiveram a autuação asseverando que, mesmo em se tratando de estabelecimento atacadista equiparado a industrial a Legislação, em especial o RICMS-BA/97, não lhe assegura o direito ao crédito nas operações de aquisição de energia elétrica.

A equiparação do estabelecimento autuado a industrial, pelo Regulamento do IPI, não tem o condão de elidir a acusação fiscal, uma vez que a aquisição de energia elétrica objeto da autuação não foi consumida no processo de industrialização. Entendo restar caracterizada a infração, haja vista que a Lei Complementar n° 87/96, no art. 33, inciso, II, alínea "b", somente permite o crédito de energia elétrica por empresas comerciais a partir de 1º de janeiro de 2020.

Assim prevê o art. 33 da Lei Complementar n° 87/96, in verbis:

"Art. 33 ...

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*
- b) quando consumida no processo de industrialização;*
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;*
- d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses;”*

A Infração 03 trata do recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o valor de R\$7.085,21, consoante demonstrativo de apuração, fls. 31 a 51. A Infração 04 cuida da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, o valor de R\$35.831,07, consoante demonstrativo de apuração, fls. 52 a 200.

Em relação a estas duas infrações, o impugnante solicita a suspensão desses dois itens da autuação pelo fato de ter identificado no levantamento fiscal diversas notas fiscais de bonificações, CFOP 5.910, até o julgamento final da ação judicial de que se trata a matéria, nos termos do art. 117 do RPAF-BA/99. Asseverou que possui sentença de mérito, cuja cópia colaciona as fls. 1148 a 1151, que acolhe sua tese, tendo sido determinado pela 4ª Vara da Fazenda Pública, que o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, deveria se abster de lhe autuar em relação aos procedimentos já adotados naquela época, de não reconhecer na base de cálculo do ICMS os valores relativos às suas saídas em bonificações.

Com base nas alegações da defesa, esta 3ª JFJ converteu os autos em diligência, fl. 1198, para que os autuantes segregassem, nos respectivos levantamentos fiscais, as operações com o CFOPs 5.910 e 6.910 em um demonstrativo e em outro as demais operações. Os autuantes apresentaram o resultado da diligência, fls. 1245 a 1249, demonstrando que em relação à Infração 03 o valor de R\$7.085,21, corresponde a R\$4,70, relativos às operações com o CFOPs 5.910 e 6.910 e R\$7.080,51, atinente às demais operações. Quanto à Infração 04 o valor de R\$35.831,07, corresponde a R\$13.122,02 relativos às operações com o CFOPs 5.910 e 6.910 e R\$22.709,05, atinente às demais operações.

Observo que em relação aos valores apurados atinentes às operações referentes a bonificações, tendo autuado ingressado no judiciário e sendo essa matéria objeto de decisão favorável, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito às demais operações que não se referem a bonificações o defendente não contrapôs qualquer argumentos acerca dos valores apurado. Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF-BA/99, considero suspensa a exigibilidade dos valores relativos às operações com bonificações nas infrações 03 e 04, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, ficando mantido o lançamento até a decisão final pelo poder judiciário.

Nestes termos, concluo pela procedência parcial das infrações 03 e 04 nos valores, respectivamente, R\$7.080,51 e R\$22.709,05. E suspensa a exigibilidade os valores relativos às operações com bonificações, R\$4,54, para a Infração 03 e R\$13.122,02, para a Infração 04, conforme demonstrativo de débito acostado ao final desse voto.

A Infração 05 imputa ao autuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo no valor de R\$6.291,86. Em suas razões de defesa o impugnante reafirma, inicialmente, seus argumentos aduzidos em relação às infrações 03 e 04, em seguida observou que o Fisco imputou a ocorrência de vendas para contribuintes desabilitados durante o período fiscalizado, o que fez com que a tributação reduzida, praticada naqueles períodos em função do Termo de Acordo assinado com o Estado da Bahia, fosse desconsiderada. Asseverou que todas as vendas efetuadas com alíquota de 10% do ICMS, foram glosadas pela fiscalização, que atribuiu a alíquota cheia, de 17%, cobrando a diferença de 7% sobre todas as vendas realizadas a contribuintes desabilitados perante à SEFAZ.

Salientou que numa operação comercial, os itens do negócio que interessam às partes são: a mercadoria, o preço e as condições da entrega daquilo que foi adquirido, assim como o cumprimento das cláusulas ajustadas pelas partes envolvidas na transação comercial. Asseverou que cumpriu as obrigações comerciais e fiscais a que está obrigado e com observância de todos os requisitos exigidos pela legislação pertinente, uma vez que emitiu as notas fiscais e emitidas foram entregues normalmente aos destinatários, não havendo motivos para existir outros empecilhos para tais operações comerciais.

Manifestou seu entendimento de que não é papel do contribuinte verificar se as empresas que estão em funcionamento no Estado se encontram em situação regular perante o Fisco. Frisa que seria um verdadeiro caos operacional se cada estabelecimento atacadista tivesse que “investigar” cada um dos seus clientes, e somente após constatar, sabe-se lá como, que a sua situação é de regularidade, pudesse emitir as notas fiscais de vendas. Mencionou que a Secretaria da Fazenda, com o Poder de Polícia que detém, é quem deveria

determinar o fechamento desses estabelecimentos.

Não acolho o argumento do defendente, haja vista que no presente caso, precipuamente por se tratar de operações, nas quais, os destinatários são beneficiários de tributação reduzida que exige o atendimento de condições para usufruir do benefício, por ser patente a sua obrigação de exigir do destinatário a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico - DIE.

Ademais, o contribuinte autuado estava obrigado, por determinação legal expressa, a verificar a situação cadastral dos seus clientes, pois a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. nº 7799/00 é condicionada a que, dentre outras exigências, que as operações de saídas sejam destinadas a “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”. Portanto, a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS-BA/97, entendo que a infração restou caracterizada em relação às operações que não se referem à bonificações.

Em relação às operações com bonificações, do mesmo modo que as Infrações 03 e 04, os valores segregados pelos autuantes ao atender a diligência ficam extintos, por ter o autuado ingressado no judiciário sendo essa matéria objeto de decisão favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF-BA/99, no valor de R\$733,13, conforme demonstrativo ao final desse voto. Logo, a infração 05 em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$5.558,73.

Infração 06 trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no valor de R\$411.319,60, conforme demonstrativo às fls. 278 a 515.

O impugnante em suas razões de defesa observou que ao enquadrar a infração foi utilizado como dispositivo legal aquele que trata da regra geral relativa às operações com redução da base de cálculo, onde o crédito das entradas deve ser estornado proporcionalmente às saídas amparadas com a redução da base de cálculo. Prossegue assinalando que o referido Dec. nº 7.799/00 se refere a um benefício fiscal concedido aos estabelecimentos comerciais atacadistas, e, como tal, os seus beneficiários não são obrigados a seguir as regras gerais, mas somente àquelas que estiverem previstas no referido decreto.

Registrou que ao analisar a íntegra do Dec. nº 7.799/00, verifica-se que não há previsão para estorno proporcional dos créditos fiscais das entradas, razão pela qual não se viu obrigado a efetuar tal procedimento. Pugnou pela improcedência da autuação. Convém salientar que, na condição signatário do Termo de Acordo Atacadista - Dec. 7799/00, para fruição dos benefícios do aludido Termo, o defendente terá que atender a todas as condições previstas no referido Decreto.

Os créditos fiscais atinentes às aquisições de mercadorias vinculadas às operações subsequentes decorrentes dos benefícios não poderão exceder a 10% do valor da operação é o que se depreende expressamente do teor do art. 6º, do Dec. 7799/00, in verbis:

Dec. 7799/00.

“Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.”

Assim, resta patente que o autuado está sujeito ao estorno de crédito estatuído pelo art. 6º, do Dec. 7799/00. Nestes termos, fica mantida a autuação atinente ao item 06 do Auto de Infração.

Infração 07 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo, nas saídas de mercadorias para não contribuintes do ICMS, no valor de R\$27.272,44, conforme demonstrativo às fls. 516 a 736. Sustentou a defesa que nesta infração ocorreu situação idêntica àquelas constatadas nas Infrações 03, 04 e 05, onde foram identificadas nos anexos que compõem esta Infração, diversas notas fiscais de bonificações, CFOP 5910, o que significa que o agente fiscal descumpriu determinação judicial, por isso, solicita a esta JJF considere esta infração suspensa até o julgamento final da ação judicial de que se trata a matéria, nos termos do art. 117 do RPAF-BA/99.

Do mesmo modo que nas infrações 03, 04 e 05, segregados os valores das operações com bonificações no atendimento da diligência solicitada por esta JJF, os autuantes apresentaram novos demonstrativos, fls. 1246 e 1249, que resultaram no valor de R\$11.354,67, para as operações com bonificações - montante para o qual fica prejudicada a defesa - e de R\$15.917,77, para as demais operações arroladas no levantamento fiscal. Nestes termos, conluo pela procedência parcial da infração 07 no valor de R\$15.917,77. Conforme demonstrativo acostado no fim deste voto.

A Infração 08 trata da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias

tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2008, 2009 e 2010, conforme demonstrativo às fls. 737 a 761, no valor de R\$2.937.265,96.

Infração 09 cuida da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Substituição tributária resultante das omissões apuradas no levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2008, 2009 e 2010, no valor de R\$23.421,52, conforme demonstrativo às fls. 791 a 796.

Em sede de defesa, o autuado sustentou a existência de equívoco no levantamento de estoques, tendo em vista que, para atender uma exigência do seu sistema operacional foi obrigado a utilizar códigos internos que buscam identificar a origem de cada produto, onde os mesmos produtos originados na fábrica de Itapetinga são classificados sempre como terminação o código "B", uma forma que achou para diferenciar a origem de cada produto. Citou como exemplo, o produto Leite UHT Integral BOAVIDA, fabricado em Palmeira dos Índios, possui o código A00020 e este mesmo produto fabricado em Itapetinga possui o código A0020B. Sustentou que as eventuais que as eventuais divergências apuradas pelo Autuantes decorreram do fato de que produtos idênticos com códigos se misturarem em seu estabelecimento.

Além da falha nos cálculos relativos ao produto Leite UHT, questionou também a aplicação da alíquota de 17%, considerando o fato de possuir Termo de Acordo de Atacadista que lhe proporciona o benefício da carga tributária efetiva de 10%. Sugeriu a aplicação da proporcionalidade das saídas tributáveis através da análise das DMAs. Cita como precedente procedimento adotado pela 1ª CJF em diligência determinada no julgamento do Recurso Voluntário do A.I. nº 207101.0001/08-5, lavrado contra este mesmo estabelecimento.

Em atendimento a diligência solicitada por esta 3ª JF, fl. 1198, os autuantes promoveram o agrupamento das operações com Leite UHT Integral independentemente de código que resultou na redução do débito da Infração 08 para R\$2.212.898,33, e a majoração da Infração 09 para R\$25.421,52, conforme demonstrativo às fls. 1204 a 1207.

No que diz respeito ao pedido da defesa para que seja aplicada a proporcionalidade das saídas através das informações declaradas nas DMAs, com base no precedente de decisão da 1ª CJF no A.I. nº 207101.0001/08-5, verifico ao compulsar os elementos desse item da autuação, que não deve prosperar a pretensão do impugnante, tendo em vista que no julgamento citado, a exigência fiscal apurada no levantamento de estoque decorreu de apuração de omissão de entradas e presunção de omissão de saídas. Portanto, descabida a aplicação no presente caso, que apurou falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

Depois de examinar que no atendimento da diligência foi procedido ao agrupamento das mercadorias de mesma natureza, consoante previsão amparada pela Portaria nº 445/98. Acolho os novos demonstrativos de apuração e de débito elaborados pelos autuantes.

Assim, concluo pela subsistência parcial da Infração 08, no valor de R\$2.167.771,39, fl 1249, sendo R\$980.562,16, no exercício de 2008, R\$989.864,50, no exercício de 2009 e R\$197.344,73, no exercício de 2010.

Em relação à infração 09, considerando que os novos demonstrativos, elaborados por ocasião da diligência pelos autuantes, agravaram o valor da exigência lançada de ofício, fica mantido o valor originalmente lançado no montante de R\$23.421,52.

Recomendo a autoridade Fazendária que examine a possibilidade de promover nova ação fiscal para apurar o débito remanescente, consoante resultado da diligência.

A Infração 10 cuida do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estorno indevido de débito fiscal de ICMS nas operações de saídas de mercadorias identificadas com o CFOP 5910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde, no valor de o valor de R\$316.935,84, conforme demonstrativo à fl. 797.

Em sede de defesa, sustentou que nesta infração, cumprindo determinação judicial que lhe permitia compensar o ICMS calculado indevidamente nas saídas em bonificações, promoveu o estorno dos débitos de tais saídas, classificadas nos CFOPs 5.910 e 6.910, diretamente na sua escrita fiscal. Reafirmou que o Fisco, por sua vez, ignorando a decisão judicial já descrita autuado tratada nas infrações entendeu que o procedimento adotado foi indevido, o que culminou neste item da autuação.

Reiterou seu pedido para que esta Junta de Julgamento que o ICMS incidente nas saídas em bonificações já foi considerado indevido pelo Poder Judiciário, conforme documentação anexada - Doc. 3, fls. 1148 a 1151. Pugnou pela suspensão da infração até o julgamento final da ação judicial de que se trata a matéria, nos termos do art. 117 do RPAF-BA/99.

Os autuantes ao atender a diligência solicitada informaram que os valores exigidos nesta infração, fls. 1294, referem-se exclusivamente ao estorno de crédito fiscal das operações de saídas de mercadorias sob os CFOPs

5910 e 6910, logo asseveraram não haver valores a segregar da exigência de R\$316.935,84, uma vez que o quantum se refere às saídas sob CFOP 5.910 e 6.910.

Assim, entendo restar prejudicada a defesa atinente à infração 10, ante a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo acerca das operações com bonificações, o que importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação e suspensão a exigibilidade do débito apurado.

A Infração 11 cuida falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010, no valor de R\$13.077,17, conforme demonstrativo às fls. 798 a 1088.

O impugnante afirmou que ocorrera situação idêntica àquelas constatadas nas infrações 03, 04, 05 e 07, onde foram identificadas nos anexos que compõem esta Infração, diversas notas fiscais de bonificações, CFOP 5910, observando que o agente fiscal descumpriu determinação judicial e, portanto, solicita que também seja suspensa a infração até o julgamento final da ação judicial de que se trata a matéria, nos termos do art. 117 do RPAF-BA/99.

Considerando que esse item da autuação também foi objeto de diligência para segregar as operações com bonificações que resultou na elaboração de novos demonstrativos, fl. 1295, apurando o montante de R\$508,16, para as operações com bonificações - montante para o qual fica prejudicada a defesa e suspensão a exigibilidade - e de R\$12.569,01, para as demais operações.

Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 11, no valor de R\$12.569,01, conforme demonstrativo abaixo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo.

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO COMPARATIVO | | | | |
|-------------------------------------|---------------------|---------------------|------------------------|----------------------|
| Infrações | Auto de Infração | JULGAMENTO | EXIGIBILIDADE SUSPensa | |
| 01 | 2.969,23 | 24,61 | - | PROC. EM PARTE |
| 02 | 5.584,63 | 5.584,63 | - | PROCEDENTE |
| 03 | 7.085,21 | 7.080,51 | 4,70 | DEF. PARC. PREJUDIC. |
| 04 | 35.831,07 | 22.709,05 | 13.122,02 | DEF. PARC. PREJUDIC. |
| 05 | 6.291,86 | 5.558,73 | 713,13 | DEF. PARC. PREJUDIC. |
| 06 | 411.319,60 | 411.319,60 | - | PROCEDENTE |
| 07 | 27.272,44 | 15.917,77 | 11.354,67 | DEF. PARC. PREJUDIC. |
| 08 | 2.937.265,96 | 2.167.771,39 | - | PROC. EM PARTE |
| 09 | 23.421,52 | 23.421,52 | - | PROCEDENTE |
| 10 | 316.935,84 | 0,00 | 316.935,84 | DEF. PREJUDICADA |
| 11 | 13.077,17 | 12.569,01 | 508,16 | DEF. PARC. PREJUDIC. |
| TOTAIS | 3.787.054,53 | 2.671.956,82 | 342.638,52 | |

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 1358/70, com os seguintes argumentos a serem ponderados - que após o julgamento em 1ª Instância administrativa, objeto do Acórdão JF nº 0063-03/17, do total de 11 (onze) infrações constantes no Auto de Infração, a Recorrente concorda totalmente apenas com o julgamento das infrações 1, 3, 4, 7 e 10, e destas, não irá recorrer.

Neste Recurso Voluntário, portanto, as infrações 2, 5, 6, 8, 9 e 11, por não terem sido objeto de concordância da Recorrente, ou por ter sido objeto de concordância apenas parcial, deverão ser objeto de nova discussão e análise por parte desta egrégia Câmara de Julgamento.

Alega que na infração 2, a irregularidade verificada na presente infração diz respeito à apropriação do ICMS nas aquisições de energia elétrica por parte da Recorrente, e que, segundo o entendimento da Fiscalização, tal creditamento é indevido, pois a atividade principal da empresa é a de comércio atacadista de produtos alimentícios, e, portanto, não teria direito ao crédito.

Na impugnação apresentada, foi informado que a Recorrente, detentora da marca VALEDOURADO, tem por objeto social principal a industrialização e posterior comercialização do leite e derivados. Possui duas fábricas situadas na Bahia e uma em Alagoas, além de algumas filiais atacadistas, uma delas situada no município de Salvador – BA, sendo esta última o objeto deste Auto de Infração.

Por ser uma filial atacadista, o entendimento da Recorrente é o de que a mesma está equiparada a industrial, conforme preceitua o Regulamento do IPI - RIPI, no seu artigo 9º, inciso III. *Logo, analisando o disposto no inciso III, do artigo 9º, do RIPI, acima transcrito, verifica-se que as unidades que se referem a filiais de estabelecimentos industriais, de mesma titularidade e que não exerçam atividades varejistas, são equiparadas à industriais, e, como tal, todas as disposições legais válidas para as indústrias se aplicam também às suas filiais atacadistas.*

Na sua defesa, a Recorrente ainda citou precedente do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre o assunto – *Resp 842270* – segundo o qual os estabelecimentos equiparados a industriais, ainda que de natureza comercial, fazem jus ao creditamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica consumida nos seus estabelecimentos.

Verifica-se, portanto, que a linha de defesa utilizada pela Recorrente na sua defesa em muito se assemelha ao entendimento já manifestado pelo STJ em matéria equivalente, qual seja, de que os estabelecimentos equiparados a industriais, ainda que de natureza comercial, fazem jus ao creditamento do ICMS nas aquisições de energia elétrica consumida nos seus estabelecimentos.

Por todas as razões expostas, requer a Recorrente a total improcedência da Infração 02, por não restar caracterizada nenhuma infração à legislação tributária, visto que o Regulamento do IPI equipara a industrial o estabelecimento da Recorrente.

Na infração 5, o Fisco alegou que ocorreram vendas para contribuintes desabilitados durante os períodos de 2008, 2009 e 2010, o que fez com que a tributação reduzida, praticada pela Recorrente naqueles períodos em função do Termo de Acordo assinado com o Estado da Bahia, fosse desconsiderada. Dessa forma, todas as vendas efetuadas pela Recorrente, com alíquota de 10% do ICMS, foram glosadas pela fiscalização, que atribuiu a alíquota cheia, de 17%, cobrando a diferença de 7% sobre todas as vendas realizadas a contribuintes supostamente desabilitados perante a SEFAZ.

Na sua defesa, a Recorrente argumentou que não é papel do contribuinte verificar se as empresas que estão em funcionamento no Estado se encontram em situação regular perante o Fisco, pois seria um verdadeiro caos operacional se cada estabelecimento atacadista tivesse que “investigar” cada um dos seus clientes, e somente após constatar a sua situação de regularidade, pudesse emitir as notas fiscais de vendas.

Além disso, foram identificadas nos anexos que compõem esta Infração 5, diversas notas fiscais de bonificações, assunto que se encontra em discussão judicial, e que, portanto, a Recorrente solicitou a suspensão até o julgamento final da ação judicial de que se trata a matéria, nos termos do art. 117 do RPAF/99. No julgamento ocorrido na 3ª JF, a solicitação de suspensão da Infração 5 foi acatada após ocorrer o desmembramento da infração, separando as notas fiscais de bonificações das demais, procedimento esse que a Recorrente concorda.

Entretanto, em relação ao mérito da questão, os membros da 3ª JF entenderam que, por serem os destinatários das mercadorias beneficiários de tributação reduzida, deveria a Recorrente exigir a exibição da situação de regularidade dos destinatários para cada operação de vendas, deliberando, assim, pela Procedência da Infração 5.

Não pode, entretanto, a Recorrente concordar com entendimento da 3ª JF, pois, para evidenciar a existência de boa fé basta provar que realmente houve o negócio, com a comprovação do pagamento do imposto da operação, o que efetivamente ocorreu no caso concreto. Numa operação comercial, os itens do negócio que interessam às partes são: a MERCADORIA, o PREÇO e as condições da ENTREGA daquilo que foi adquirido, assim como o cumprimento das cláusulas ajustadas pelas partes envolvidas na transação comercial.

Se o contribuinte vendedor emitiu as notas fiscais a que está obrigado e com observância de todos os requisitos exigidos pela legislação pertinente, e se as vias das notas fiscais assim emitidas foram entregues normalmente aos destinatários, podemos afirmar que foram cumpridos os deveres instrumentais a que se submetem, em matéria de emissão de notas fiscais.

Além disso, foi demonstrada pela Recorrente a existência de uma vasta jurisprudência no STJ que desobriga os contribuintes do ICMS de verificar a situação cadastral dos destinatários das mercadorias vendidas. Diante do exposto, considerando que as operações de vendas efetivamente ocorreram e que não é seu papel verificar a regularidade fiscal dos seus clientes, requer a Recorrente a reanálise do mérito dessa Infração 5 por essa Câmara de Julgamento, com a posterior decretação da sua total improcedência.

Diz que na infração 6, o Fisco alegou que a Impugnante, por estar habilitada aos benefícios do Decreto nº 7.799/00, deveria efetuar o estorno dos créditos do ICMS que foram aproveitados por ocasião da entrada das mercadorias. Ao enquadrar a infração, entretanto, utilizou como dispositivo legal aquele que trata da regra geral relativa às operações com redução da base de cálculo, onde o crédito das entradas deve ser estornado proporcionalmente às saídas amparadas com a redução da base de cálculo.

No julgamento em 1ª Instância administrativa, a 3ª JJF não acatou os argumentos apresentados pela Recorrente e deliberou pela procedência da autuação. Em razão disso, a Recorrente apresenta a seguir um novo elemento a ser analisado na presente discussão. A Infração 6, sob análise, questiona a falta de estorno do crédito fiscal decorrente das transferências interestaduais de mercadorias para revenda. Tais transferências foram realizadas pelas suas fábricas situadas em Palmeira dos Índios – AL e Itapetinga - BA para serem comercializadas pela Recorrente (filial).

A análise do anexo que compõe a Infração 06, elaborado pela Fiscalização, não deixa dúvidas sobre a origem das mercadorias, basta verificar que os CFOP 2.152 e 1.152 respondem a praticamente 100% do levantamento fiscal. Ao exigir que a Recorrente realize o estorno dos créditos dessas entradas de forma proporcional às saídas beneficiadas pelo decreto do atacadista - Decreto nº 7.799/00 – a Fiscalização está assumindo que todas as saídas subsequentes dessas mercadorias ocorreram com tributação de 10% de ICMS, o que justificaria o estorno.

O que ocorre é que com a lavratura de outras infrações constantes no presente Auto de Infração, como, por exemplo, as infrações 3, 4, 5 e 7, a Fiscalização atribuiu para tais infrações a aplicação da alíquota cheia, de 17%, o que significa que as mercadorias alcançadas por essa alíquota não deveriam ser objeto de estorno de créditos de ICMS, constante na presente Infração 6.

Ou seja, a Fiscalização deveria, no momento da quantificação da Infração 6, fazer a relação entre as mercadorias que deram entrada no estabelecimento da Recorrente, com aquelas que efetivamente foram tributadas à 10%, deixando de fora aquelas mercadorias em que o próprio Fisco atribuiu como alíquota devida a de 17%, situação verificada nas infrações 3, 4, 5 e 7 deste Auto. De forma como foi feito, o Fisco está exigindo, na Infração 6, o estorno de créditos das mercadorias listadas nos anexos relativos às infrações 3, 4, 5 e 7.

Pelo exposto, requer a Recorrente a conversão do PAF em diligência para que a ASTEC possa determinar, mediante auditoria, quais foram as mercadorias listadas na Infração 6 que tiveram, posteriormente, a tributação alcançada pela alíquota máxima, de 17%, e, assim, realizar a exclusão dessas mercadorias no levantamento fiscal relativo ao estorno dos créditos. Posteriormente, após o retorno do PAF, requer a Recorrente a esta egrégia Câmara de Julgamento a improcedência da Infração 06 em relação a tais mercadorias.

A infração 7 não foi objeto do Recurso Voluntário.

As infrações 8 e 9 tratam de omissões de saída apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques. A Infração 8 refere-se à suposta omissão de saídas de mercadorias ocorridas nos anos de 2008, 2009 e 2010, ou seja, o Fisco presumiu que a Recorrente deu saídas de mercadorias em seu estabelecimento desacompanhadas das respectivas notas fiscais. Já a Infração 09 refere-se à mesma omissão atribuída a Infração 8, porém, apenas de produtos sujeitos à substituição tributária, e, por este motivo, serão tratadas neste mesmo tópico.

Ainda que parte substancial dos argumentos apresentados na defesa tenha sido acatada pela 3ª

JF, tanto que o valor original da Infração 8 foi reduzido de R\$2.937.265,96 para R\$2.167.771,39, o fato é que existe ainda um argumento defensivo que precisa ser revisto por este egrégio órgão julgador, a seguir explicado, já que tal argumento não foi acatado pela ilustre Junta de Julgamento. Diz respeito ao fato da Fiscalização atribuir a alíquota cheia para quantificar a infração, o que acabou por desprezar as vendas efetuadas pela Recorrente para as microempresas, operação bastante usual para os fabricantes de laticínios e que possui uma alíquota de ICMS de 7% nessas operações.

Portanto, considerando a existência de alíquotas diferentes de 17% nas operações de saídas, o entendimento da Recorrente é o de que para a determinação correta da alíquota a ser aplicada na quantificação das supostas omissões de saídas deveria o Fisco determinar, através da análise das DMAs, qual o percentual de *'saídas tributadas'* em relação ao *'total das saídas'*, para que, ao quantificar o montante da omissão de saídas, aplicar sobre esta apenas a proporcionalidade das *'saídas tributadas'*.

Este procedimento, aliás, já havia sido determinado pela 1ª Câmara de Julgamento num outro Auto de Infração lavrado contra o mesmo estabelecimento da Recorrente, sendo determinada uma diligência para que os agentes fiscais buscassem identificar justamente o percentual de saídas tributadas, a fim de aplicá-lo sobre a omissão detectada àquela época. Trata-se do Auto de Infração nº 207101.0001/08-5.

Pelo exposto, a Recorrente embora concorde com os cálculos que reduziram substancialmente o valor originalmente cobrado no Auto de Infração, requer que esta egrégia Câmara de Julgamento delibere pela conversão do PAF em diligência para que sejam revistas as alíquotas aplicadas na quantificação das supostas omissões de saídas, utilizando neste cálculo as alíquotas efetivas praticadas pela Recorrente.

Na infração 11, ocorreu situação idêntica àquela constatada na Infração 5, ou seja, o Fisco alegou que ocorreram vendas para contribuintes desabilitados durante os períodos de 2008, 2009 e 2010, o que fez com que a tributação praticada pela Recorrente naqueles períodos fosse desconsiderada, atribuindo a alíquota cheia, de 17% para quantificar a infração.

A Recorrente solicita que aqui sejam considerados os mesmos argumentos apresentados em relação à Infração 5, qual seja, de que não é papel do contribuinte verificar se as empresas que estão em funcionamento no Estado se encontram em situação regular perante o Fisco. Diante do exposto, considerando que as operações de vendas efetivamente ocorreram, requer a Recorrente a reanálise do mérito dessa Infração 11 por essa Câmara de Julgamento, com a posterior decretação da sua total improcedência.

Diante de todo o exposto, considerando todas as razões de mérito aqui aduzidas, requer a Impugnante que as infrações relacionadas às saídas em bonificações sejam suspensas, nos termos do artigo 117, do RPAF, até o julgamento final da ação judicial que trata do assunto. Em relação à Infração 2 requer a Recorrente a sua total improcedência, por não restar caracterizada nenhuma infração à legislação tributária, visto que o Regulamento do IPI equipara a industrial o estabelecimento da Recorrente.

Em relação à Infração 5, requer a Recorrente a reanálise do mérito, com a posterior decretação da sua total improcedência, visto que as operações de vendas efetivamente ocorreram e que não é seu papel verificar a regularidade dos seus clientes.

Em relação à Infração 6, requer a Recorrente, inicialmente, a conversão do PAF em diligência para se determinar quais foram as mercadorias que tiveram, posteriormente, a tributação alcançada pela alíquota máxima, de 17%. Posteriormente, requer a Recorrente a esta egrégia Câmara de Julgamento a improcedência da Infração 06 em relação a tais mercadorias.

Em relação às infrações 8 e 9, requer que esta egrégia Câmara de Julgamento delibere pela conversão do PAF em diligência para que sejam revistas as alíquotas aplicadas na quantificação das supostas omissões de saídas, utilizando neste cálculo as alíquotas efetivas praticadas pela

Recorrente. Finalmente, em relação à Infração 11, requer a Recorrente a sua total improcedência, em virtude de tudo que foi alegado na Infração 5.

VOTO

No presente processo, temos Recursos de Ofício e Voluntário, em razão de julgamento em primeira instância deste conselho, quando parte do imposto lançado foi desonerado no julgamento das infrações 1 e 8, tendo sido mantidas inteiramente procedentes as infrações 2, 6 e 9, assim como as infrações, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, contudo, destas, a parte relativa ao mandado de segurança apresentado pelo Recorrente, foi separada em demonstrativo à parte, para efeito de suspensão de exigibilidade do crédito tributário em instância judicial, assim como suspensão da inscrição em dívida ativa.

Em sede de Recurso Voluntário, o contribuinte afirma que concorda totalmente com o julgamento das infrações 1, 3, 4, 7 e 10, e destas, não irá recorrer, contudo recorre das infrações 2, 5, 6, 8, 9 e 11, por não terem sido objeto de concordância seja total, seja parcial.

Faço inicialmente a ressalva dos itens 3, 4, 5, 7, 10, 11 deste lançamento, de que certos elementos que compõem estas infrações deixaram de ser apreciados no julgamento de primeira instância, porquanto o Recorrente apresentou comprovação de haver ingressado no poder judiciário, e assim, prejudicou parcialmente a defesa, sendo que com relação à infração 10 toda a infração decorreu de questão sob litigância na Justiça, e deixou de ser apreciada quanto ao mérito.

Portanto, com a defesa prejudicada, a JJF manteve os valores relativos à interferência judicial, em demonstrativo separado para efeito de suspensão da exigência do crédito tributário, e inscrição em dívida ativa, assim como manteve estes valores na Resolução, para efeito de composição da procedência do lançamento.

O Recorrente pede diligência para as infrações 8 e 9, sem contudo apresentar quaisquer inconsistências. Digo isto porque as alegadas alíquotas, ditas equivocadas decorrem do fato do contribuinte não ter compreendido que em auditoria de estoques, a alíquota aplicada é a padrão (cheia), visto não se saber o destino das mercadorias são para microempresas e fazem jus à alíquota de 7%, além disso, uma vez detectada a venda sem emissão de documentos fiscais o contribuinte perde o direito ao benefício firmado. Diligência denegada.

Passo inicialmente ao julgamento do Recurso de Ofício, dos itens 1 e 8. Na primeira infração, o lançamento ocorreu por conta de uso indevido de crédito fiscal referente ao material de uso e consumo. Na defesa, o Recorrente comprovou que duas notas fiscais que correspondem quase todo o valor lançado, por conta de serem transferências de sua unidade fabril, fazendo jus ao crédito. Os autuantes, logo na informação fiscal reconheceram o erro, e retiraram os valores correspondentes, restando tão somente R\$20,86 de maio de 2008 e R\$3,75 de outubro de 2010, no total de R\$24,01. Mantida a decisão de piso. Infração 1 Procedente em Parte.

A infração 8 decorreu de lançamento por levantamento quantitativo de estoques de mercadorias em exercícios fechados. O levantamento de fato apresentou equívocos acatados pelo autuante, quando o lançamento foi revisado com o agrupamento de mercadorias de mesma natureza, notadamente das operações com LEITE UHT, tendo a infração sido reduzida de R\$2.937.265,96 para R\$2.167.771,39. Mantida também a decisão de piso.

No Recurso Voluntário, o Recorrente pediu a revisão das infrações 2, 5, 6, 8, 9 e 11, a seguir ponderadas. Na infração 2, decorrente da utilização indevida de crédito de energia elétrica, alegou que nos termos do Regulamento de IPI, sua atividade é equiparada a industrial, mesmo sendo uma filial atacadista, pois recebe as mercadorias direto das suas unidades de indústria, para revenda. Cita julgamentos do STJ, em que se equipara a empresa atacadista a industrial.

Entendo que o regulamento do IPI não pode ser utilizado para opor regra da LC 87/96, que claramente estabelece no art. 33, transcrita no voto de piso, as possibilidades do uso do crédito da energia elétrica, excluindo assim, as empresas do setor comercial. As decisões do STJ,

eventualmente favoráveis à tese do contribuinte, também não vinculam as decisões administrativas.

No entanto, embora não suscitada a decadência nem na impugnação inicial, nem no Recurso Voluntário, percebo que o auto foi lavrado em 27/03/2013, com ciência em 04/04/2012, e a infração 2 apresenta lançamentos para os meses de janeiro a março de 2008. Pelo entendimento jurisprudencial a regra esculpida no art. 173 I (primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), deve ser aplicada nos casos em que é verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento ou ainda a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, visto que neste caso se dissimulou do Fisco a obrigação de pagar corretamente o tributo.

Tendo a PGE/PROFIS emitido parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, nos seguintes termos de aplicação no § 4º, do art. 150 do CTN, visto não haver comprovação de dolo, fraude ou simulação, entendo que o lançamento enquadra-se claramente na regra acima, visto não haver comprovação de dolo, fraude ou simulação, e assim, excludo de ofício os meses de janeiro a março de 2008, reduzindo a infração 2 de R\$5.584,63 para R\$2.168,20. Modificada de ofício a Decisão recorrida. Infração 2 Parcialmente Procedente.

A infração 5 decorreu de recolhimento a menos em virtude de utilização indevida da redução de base de cálculo, decorrente de vendas para contribuintes desabilitados. A JJF também excluiu os valores decorrentes das bonificações, que estavam protegidas pelo mandado de segurança, contudo manteve o valor integral na Resolução. Alega que não tem como verificar a situação de cada cliente, pois seria um verdadeiro caos operacional. Diante dos sistemas informatizados utilizados em toda atividade comercial hoje, não constitui nenhum caos a verificação da condição dos clientes do Recorrente. O benefício do Termo de Acordo do Decreto nº 7799/00 só contempla contribuintes do ICMS no gozo das atividades, nunca os desabilitados. Mantida a decisão de piso. Infração 5 Procedente.

A infração 6, decorreu da falta de estorno de crédito de mercadorias cujas saídas subsequentes, ocorreram com redução de base de cálculo, em desacordo com os termos do Decreto nº 7709/00, conforme dito o parágrafo 6º, o de que os créditos das entradas não podem exceder 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos documentos fiscais de aquisição.

Quando o contribuinte recebe benefício de redução de carga tributária na saída, se obriga a estornar o crédito proporcional nas entradas, pois do contrário estaria a se beneficiar duplamente – além de uma alíquota reduzida, manter um crédito integral, o que ampliaria o benefício além do proposto, visto que na apuração do imposto estaria se debitando de um valor menor pela saída beneficiada e com um crédito integral, que só faria sentido se a saída não tivesse qualquer benefício.

O Recorrente aduz que o estorno é o mesmo que está sendo exigido nas infrações 3, 4, 5 e 7. Pede conversão em diligência para determinar quais foram as mercadorias que tiveram saída com 17% e realizar a exclusão. Contudo não apresentou nenhum caso concreto de erro, de forma a justificar a diligência. Não há qualquer vínculo entre esta infração, e as demais alegadas como sobrepostas, 3, 4, 5 e 7, conforme podemos ver pelas descrições, adiante comentadas.

A infração 3 trata de erro na alíquota, a 4 de retenção do sujeito passivo por substituição, a 5, utilização indevida de redução da base de cálculo em vendas a contribuintes desabilitados, e a 7 para não contribuintes. Ou seja, não há quaisquer vinculações entre a infração 6 e as demais, que justifique superposição de lançamentos. Mantida a Decisão recorrida. Infração 6 Procedente.

Quanto às infrações 8 e 9, do levantamento de estoques, após a diligência, e a redução do item 8 pelo autuante, o Recorrente não logrou apontar inconsistências, já que houve o agrupamento de itens similares conforme alegado. Diz que há itens com saídas com diferentes alíquotas, e pede aplicação de proporcionalidade, sem apontar um item sequer que faça jus à proporcionalidade, visto que a alíquota aplicada em auditoria de estoques é a alíquota padrão, e não alíquotas

diferenciadas, pois o fato de mercadorias saírem sem documentos fiscais impossibilita saber o destino, se para empresa normal ou para microempresa.

Além disso, em se descumprindo tal obrigação, ainda que fosse possível provar o destino, o benefício de redução de alíquotas é vinculado ao cumprimento de obrigações acessórias, emissões de notas fiscais, etc. Mantida a decisão de piso por falta de argumentos que demonstrem a existência de erros após as correções efetuadas. Infração 8 Procedente em Parte, e 9 Procedente.

Na infração 11 consta a falta de retenção do ICMS substituição tributária nas vendas internas realizadas a contribuintes inaptos ou inabilitados. O mesmo ocorreu em relação ao CFOP 5910, cujo lançamento está suspenso por determinação judicial, e a JJF segregou estes valores para o caso de julgamento de mérito, ao excluir o valor de R\$508,16, contudo mantendo-o na Resolução.

Aduz os mesmos argumentos da infração 5, o de que não tem condição operacional de verificar se os adquirentes estão funcionando regularmente. A situação pode caracterizar a ausência de dolo, contudo, sem poder descaracterizar a infração, assim como não é justificável com os meios informatizados, alegar não saber a situação do contribuinte, já que o sítio da Secretaria da Fazenda disponibiliza consulta pública sobre os contribuintes do ICMS.

Contudo, há decadência parcial dos lançamentos efetuados entre **janeiro e março de 2008, e reduzo de ofício o lançamento de R\$13.077,17 para R\$ 12.193,41**. Reformada a decisão de piso. Infração 11 Procedente em Parte.

Por fim, faço um breve comentário sobre as infrações que tiveram a defesa parcialmente ou totalmente prejudicadas. A infração 3 decorreu de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e a infração 4, da falta de retenção do ICMS substituição tributária.

Às fls. 1.148/51 há decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública, de 31/01/08, exatamente o período inicial do lançamento, em que a Justiça concede em Mandado de Segurança, a suspensão da exigência do Fisco quanto à inclusão de descontos não condicionados concedidos em forma de bonificação na base de cálculo do ICMS, inclusive quanto à utilização, via compensação, dos créditos tributários originados do pagamento a maior de ICMS, excetuando os valores de imposto relativo às operações subseqüentes e recolhidos como substituição tributária. O mesmo sucedeu na infração 4.

No entanto, embora não suscitada a decadência nem na impugnação inicial, nem no Recurso Voluntário, percebo que o auto foi lavrado em 27/03/2013, com ciência em 04/04/2012, e tanto a infração 3 como a 4 apresentam lançamentos para os meses de janeiro a março de 2008. Pelo entendimento jurisprudencial a regra esculpida no art. 173 I (primeiro dia do exercício subseqüente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), deve ser aplicada nos casos em que é verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento ou ainda a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, visto que neste caso se dissimulou do Fisco a obrigação de pagar corretamente o tributo.

Tendo a PGE/PROFIS emitido parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, nos seguintes termos de aplicação no § 4º, do art. 150 do CTN, visto não haver comprovação de dolo, fraude ou simulação, entendo que o lançamento enquadra-se claramente na regra acima, visto não haver comprovação de dolo, fraude ou simulação, e assim, **excluo de ofício os meses de janeiro a março de 2008 nas duas infrações, reduzindo a infração 3 para R\$6.832,90 e a infração 4 para R\$31.104,13**. Infrações 3 e Parcialmente Procedentes.

A infração 10, embora não tenha sido objeto do Recurso de Ofício, nem do Recurso Voluntário, pelo fato de ter a defesa inteiramente prejudicada por lide judicial, também apresenta-se valores com lançamentos em prazo decadencial, **razão pela qual de ofício, excluo os meses de janeiro a março, e reduzo a infração de R\$316.935,84 para R\$292.443,27**, para efeitos de futura cobrança

judicial, em se julgando o mérito na justiça, favorável ao Fisco. Para efeito de visualização do julgamento e dos valores que sofreram decadência, apresento o demonstrativo abaixo:

| INF | LANÇADO | JULG. JUNTA | DECAD. (-) | JULG.CÂMARA | EXIG. SUSPENSA |
|--------------|---------------------|---------------------|------------------|---------------------|-------------------|
| 1 | 2.969,23 | 24,61 | 0,00 | 24,61 | 0,00 |
| 2 | 5.584,63 | 5.584,63 | 3.416,43 | 2.168,20 | 0,00 |
| 3 | 7.085,21 | 7.085,21 | 247,61 | 6.837,60 | 4,70 |
| 4 | 35.831,07 | 35.831,07 | 4.726,94 | 31.104,13 | 13.122,02 |
| 5 | 6.291,86 | 6.291,86 | 0,00 | 6.291,86 | 733,13 |
| 6 | 411.319,60 | 411.319,60 | 0,00 | 411.319,60 | 0,00 |
| 7 | 27.272,44 | 27.272,44 | 0,00 | 27.272,44 | 11.354,67 |
| 8 | 2.937.265,96 | 2.167.771,39 | 0,00 | 2.167.771,39 | 0,00 |
| 9 | 23.421,52 | 23.421,52 | 0,00 | 23.421,52 | 0,00 |
| 10 | 316.935,84 | 316.935,84 | 24.492,57 | 292.443,27 | 292.443,27 |
| 11 | 13.077,17 | 13.077,17 | 883,76 | 12.193,41 | 508,16 |
| TOTAL | 3.787.054,53 | 3.014.615,34 | 33.767,31 | 2.980.848,03 | 318.165,95 |

Pelo exposto na tabela acima, foi reconhecida de ofício a decadência parcial das infrações 2, 3, 4, 10 e 11, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, reduzindo com isto o valor julgado pela JJF de R\$2.671.956,82 para R\$2.662.682,08, em virtude de valores com efeitos da decadência, o que também reduziu o valor da infração 10 não julgada por estar inteiramente sob lide judicial, mas reconhecida de ofício a decadência parcial, pra efeito de futura inscrição em Dívida Ativa, e assim, o total do valor julgado nesta CJF, somado ao crédito com exigibilidade suspensa, que antes era R\$3.014.615,34 foi reduzido para R\$2.980.828,03, por conta da redução de R\$33.767,31 retirados do lançamento por conta da decadência.

Efetuada, de ofício, retificação do lançamento do demonstrativo de débito referente à infração 7, item 182, fl. 1.330, e do valor de R\$713,13, quando o correto é de R\$733,13, da exigibilidade evidenciada no voto do relator de piso referente à infração 5, com base ao art. 164, §3º do RPAF/BA, em face da existência de erro material.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, porém, com o reconhecimento parcial, de ofício, das infrações acima citadas. Auto de Infração Procedente em Parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, decretar a decadência referente aos meses de janeiro a março de 2008, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146551.0001/13-6, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.980.848,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$813.076,64, 70% sobre R\$1.970.426,66 e 100% sobre R\$197.344,73, previstas no art. 42, incisos VII, alíneas “a” e “b”, II, alíneas “a”, “e” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário parcialmente em relação aos itens 3, 4, 5, 7, 10 e 11 no valor de **R\$318.165,95**, até a decisão final da lide na esfera judicial.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS