

A. I. N° - 141596.0009/15-8
AUTUADO - ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0198-05/18

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.

a) FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DO PRAZO. NULIDADE. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para certeza no cálculo do imposto (art. 18, inciso IV do RPAF/99). Levantamento induz à duplicitade na cobrança do imposto, vez que não se pode afirmar que o novo demonstrativo de débito apontado no presente PAF, é de fato o valor do montante de débito devido para a autuação, e não restam valores já cobrados anteriormente no PAF do A.I. n° 146528.0032/11-6, que diz respeito à mesma acusação fiscal e período autuado. **b)** ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Item reconhecido. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2015, exige ICMS no valor de R\$149.705,63, conforme demonstrativos às fls. 5-A a 21 dos autos, em razão da constatação de quatro irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 - 03.08.03 – Recolheu a menor ICMS no valor de R\$144.295,86, em razão de falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, com enquadramento no artigo 4º e 18 do Decreto nº 8.205 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96, conforme demonstrativo à fl. 5-A dos autos.

INFRAÇÃO 2 - 03.08.04 – Recolheu a menor ICMS no valor de R\$3.075,07, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, com enquadramento no artigo 2º e 3º do Decreto nº 8.205; e artigos 37 e 38 da Lei 7.014/96, e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inciso II, alínea "f" da citada Lei, conforme demonstrativo à fl. 5-A dos autos.

INFRAÇÃO 3 - 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$2.054,70, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo à fl. 15 dos autos.

INFRAÇÃO 4 - 16.05.11 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), relativo as datas de ocorrências 31/01/2011 e 31/07/2012. Lançado multa no valor de R\$280,00, na forma do art. 42, inciso XVIII, alínea "c", da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 28/46 dos autos, destacando primeiramente, de forma resumida as infrações, para em seguida dizer que, em que pese a enorme capacidade técnica demonstrada pela i. Autuante, a ação fiscal ora impugnada apresenta falhas formais e materiais, que ensejam a nulidade ou, na pior das hipóteses, a procedência apenas parcial do lançamento fiscal. Sendo assim, destaca que se vale da presente peça defensiva para apresentar as suas razões, as quais passo a descrever:

Em relação aos fatos, diz que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica, preponderantemente, a industrialização de produtos de limpeza, fabricação de vaselina, velas, artefatos de material de plástico e de produtos químico orgânicos. Neste sentido, em razão da atividade desenvolvida, aderiu ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE) e, em razão deste, obedece às regras específicas de incidência do ICMS.

Observa que, visando garantir a regularidade no recolhimento do ICMS, sofre fiscalizações frequentes dos auditores da Secretaria Estadual da Fazenda e, em 19/09/2011, teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 146528.0032/11-6, referente ao período de apuração 01/01/2007 a 31/07/2011, com indicação das seguintes infrações (Doc. 02):

Infração 01 – 03.08.03

Recolheu a menor o ICMS em razão em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

Em vista de não ter recolhido a parcela do ICMS não sujeita à dilação, glosou-se a parcela do incentivo fiscal do Desenvolve, da qual abateu-se os valores recolhidos a título de antecipação, sob o código de receita 2167. Conforme Anexo I - Demonstrativo PERDAS DA PARCELA INCENTIVADA MENSAL, EM CONFORMIDADE COM O ART. 18, do Dec. 8.205/2002, na redação do Decreto nº 9.513/2005.

Infração 02 – 02.1201

Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) o imposto declarado em DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Conforme Anexo II- Demonstrativo de ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Os valores também estão corroborados pela DPD - Declaração do Programa Desenvolve.

Neste sentido, diz verificar uma duplicidade parcial de autuação entre o presente AI nº 141596.0009/15-8 e o AI nº 146528.0032/11-6, supracitado. Destaca que a Infração 01 registrada em ambos os autos indica o suposto recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no DESENVOLVE.

Ademais, constata-se que o período fiscalizado na Infração 01 do presente auto, qual seja, 09/02/2011 a 09/07/2011, está contido no que já foi apurado no auto anterior, cujo lançamento abarcou de 09/09/2009 a 09/08/2011.

Observa que o AI nº 146528.0032/11-6 foi tempestivamente impugnado pela empresa e o débito discutido se encontra com a exigibilidade suspensa em razão da liminar deferida nos autos da Ação Cautelar nº 0301882-81.2013.8.05.0250 e ratificada na Ação Anulatória nº 0302466-51.2013.8.05.0250 (Doc. 03).

Conclui que é inofismável, portanto, a ocorrência de *bis in idem*, no tocante à Infração 01 do presente A.I.

Em relação aos aspectos de nulidade, diz que é patente o fato de que um mesmo fato gerador não pode ser tributado duplamente. O imposto reclamado já foi exigido, de ofício, em autuação anterior.

Diz que se extrai dos autos que o trabalho fiscalizatório foi acometido de um equívoco que comprometeu a autuação imposta, visto ser inconcebível duas autuações sobre o mesmo fato infringente a um mesmo contribuinte dentro de um mesmo período. Caso tal situação não fosse visualizada, o Fisco estaria aceitando uma figura repudiada no Direito Tributário, qual seja, o *bis in idem*.

Observa que, quando da abertura da ação fiscal que levou à lavratura do presente Auto de Infração, apresentou à autoridade fazendária todos os documentos referentes ao período fiscalizado (DMA's, Notas Fiscais, Livros Fiscais, DAE's, etc) e, entre estes, o registro da lavratura do AI nº 146528.0032/11-6, entretanto, houve o lançamento em duplicidade.

Ratifica que o período fiscalizado na Infração 01 do presente auto, qual seja, 09/02/2011 a 09/07/2011, está contido no que já foi apurado no auto anterior, cujo lançamento abarcou de 09/09/2009 a 09/08/2011, bem como, que em ambos os autos a infração tem por pressuposto o recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no DESENVOLVE.

Isto posto, requer seja acolhida a preliminar de nulidade, em razão da duplicidade de autuação, para que a infração 01 seja julgada **nula**.

Outro aspecto de nulidade aventado na defesa é quanto à perda do benefício do DESENVOLVE, que diz ser de competência do Conselho Deliberativo do Programa. Diz que, segundo precedentes do CONSEF/BA, a competência exclusiva para decretação da perda do benefício é do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não cabendo tal atribuição à Auditoria Fiscal, conforme inteligência dos art. 18 e 19 do Decreto nº 8.205/2002, bem como da Instrução Normativa nº 047/2011.

Nesse sentido, diz que **a Fiscalização não poderia determinar, por ato próprio, a perda do benefício do DESENVOLVE, cobrando o ICMS integralmente da Impugnante**. Deveria, em verdade, representar ao Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve informando o fato supostamente ensejador da perda do benefício. Só após a eventual decretação da perda do benefício pelo Conselho Deliberativo poderia a Auditoria Fiscal lançar o ICMS eventualmente devido, cobrado pelo regime normal. Essa é a interpretação adotada pela 2a Câmara de Julgamento Fiscal, no julgamento do AI nº 207090.0005/06-0, *que o destaca*.

Aliás, neste particular, diz que é importante ressaltar que o Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, visando disciplinar os procedimentos na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE, expediu a INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 047/2011, ratificando, integralmente, os argumentos expendidos pela Impugnante, e corroborados pelo CONSEF/BA, acerca da ausência de competência funcional dos prepostos fiscais da SEFAZ para determinar a perda do benefício, que destaca.

Neste sentido, diz que, **ao** decretar a "perda do benefício fiscal" a que a impugnante fazia jus, procedendo à COBRANÇA INTEGRAL E DIRETA do imposto, o autuante praticou ato que extrapola a sua competência funcional, o que acarreta a nulidade da infração 01, nos termos do disposto no art. 18, inc. I, do RPAF/99.

Voltando ao mérito, diz que, em respeito ao princípio da eventualidade, considerando a remota hipótese de serem ultrapassadas as preliminares de nulidade apontadas, o que se cogita apenas para efeito de argumentação, melhor sorte não teria a Infração 01. Diz que, conforme visto, a infração 01 diz respeito ao suposto pagamento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, o que ensejou, aos olhos da i. Fiscalização, perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, e, por via de consequência, a cobrança integral (100%) do saldo devedor do ICMS.

Entretanto, ao proceder desta maneira, diz que o Auditor Fiscal descumpre as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011, violando, assim, o princípio da tipicidade cerrada, a que a Fiscalização está vinculada.

Logo, como a única irregularidade apurada pelo Auditor Fiscal foi a suposta falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não incentivada do ICMS não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do imposto), caberia à Fiscalização, portanto, exigir, exclusivamente, o valor relativo a esta parcela, mantendo intacto, por outro lado, o benefício relativo à parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE (correspondente a 80% do ICMS). Melhor explicando a questão, a autuada goza do benefício fiscal de dilação do prazo de pagamento de 80% do seu saldo devedor mensal de ICMS, até o limite de 72 meses. Ou seja, normalmente, a impugnante apura o valor devido do imposto e recolhe (à vista) apenas 20% do débito, parcelando o saldo remanescente (80%) em até 6 (seis) anos.

Assim, não tendo autorização do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para exigir direta e integralmente o ICMS, o Auditor Fiscal somente poderia ter cobrado os 20% não pagos à vista, mantendo-se íntegro o benefício do DESENVOLVE em relação aos 80% restantes.

Diz que, houve, portanto, flagrante ofensa ao princípio da tipicidade cerrada, pois o autuante descumpriu as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011. Sendo assim, caso ultrapassadas as preliminares de nulidade arguidas nos tópicos anteriores, o que não se acredita, apenas poderia ser exigida da impugnante a parcela não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do ICMS), já que esta foi a única irregularidade apurada pelo Auditor Fiscal.

Deste modo, a impugnante pleiteia seja julgada parcialmente procedente a Infração 01, a fim de que seja cobrado apenas o valor de 20% do ICMS devido no período fiscalizado. Diante do exposto, a autuada espera e confia que este eg. CONSEF saberá fazer justiça, julgando NULO OU PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº. 141596.0009/15-8.

A Fiscal Autuante, à fl. 142 dos autos, apresenta a informação fiscal relatando que o sujeito passivo aponta ocorrência de duplicidade de autuação, em que a ocorrência referente aos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e julho, todos do exercício de 2011, já havia sido objeto de cobrança do AI nº 146528.0032/11-6, lavrado em 19/09/2011, por outro preposto fiscal.

Após análise detalhada e comparativa dos dois autos de infração, diz que constatou que efetivamente, nos referidos meses, trata-se da mesma infração, pelo que sugere que os valores relativos aos mesmos sejam deduzidos do presente processo. Sendo assim, diz que restou o demonstrativo a seguir elaborado onde se podem observar os saldos obtidos nos citados períodos.

Dt Ocorr.	Valores AI 146528.0032/11-6	Valores AI 141596.0009/15-8	Saldo a Considerar
31/01/2011	22.243,57	16.461,74	-
28/02/2011	13.816,98	22.247,46	8.430,48
31/03/2011	16.785,06	29.710,53	12.925,47
30/04/2011	24.045,41	20.217,70	-
31/05/2011	16.635,18	24.319,86	7.684,68
30/06/2011	19.745,50	31.338,57	11.593,07

Quanto à infração 2, diz que neste item de autuação não se encontram inseridos os períodos contestados pela autuada, portanto insiste na manutenção do mesmo na sua totalidade.

Por fim diz que o sujeito passivo não se reportou às demais infrações, pelo que fica provado o acerto da fiscalização quanto ao restante das infrações apuradas.

Voltando aos autos às fls. 151/165 dos autos, a defendente diz que foi intimada para se manifestar sobre a Informação Fiscal no dia 02/03/2016. O prazo de 10 dias para apresentação da manifestação se iniciou em 03/03/2016 (quinta-feira), findando-se em 12/03/2016 (sábado) e prorrogando-se automaticamente para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 14/03/2016 (segunda-feira). Diz, então, ser tempestiva a presente manifestação.

Faz um breve resumo dos fatos, para em seguida dizer que, no tocante às Infrações 02, 03 e 04 a empresa optou por reconhecer e efetuar o pagamento do crédito, através do parcelamento nº

2204515-5, firmado em 35 parcelas de R\$206,86, perfazendo um montante de R\$7.224,75, conforme documento anexo. Destaca que as parcelas vêm sendo pagas regularmente.

Destaca que a Infração 01 foi devidamente impugnada, nos termos da defesa protocolizada em 30/11/2015, haja vista a duplicidade de autuação, bem como, a falta de competência da Fazenda Estadual para decretar a perda do benefício do DESENVOLVE.

Neste contexto todos os argumentos de defesa juntados agora no presente PAF são os mesmos já apresentados anteriormente. Em sendo assim, conclui dizendo que espera e confia que este eg. CONSELHO saberá fazer justiça, julgando NULO OU PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 141596.0009/15-8 em tela.

Às fls. 173/174 a d. Fiscal Autuante apresenta nova Informação Fiscal. Destaca que a defesa alega duplicidade da autuação e contesta a competência da fiscalização da Fazenda Estadual decretar a perda do benefício do DESENVOLVE. Diz que tal duplicidade de autuação ocorreu em relação aos meses de janeiro a junho, todos do exercício de 2011, o que alega ter corrigido quando da primeira Informação Fiscal (fl. 142).

Diz que a defendanté é reincidente na citada infração, tendo o AI 146528.0032/11-6, lavrado por outro preposto Fiscal, 19/09/2011, e julgado procedente pela 2ª JJF do CONSEF. Destaca, também, que o Recurso Voluntário interposto pela defendanté, teve seu provimento negado pela 2ª CJF do CONSEF, mantendo a decisão da primeira instância, que julgou PROCEDENTE o citado Auto de Infração.

Destaca que os argumentos contidos na presente manifestação da defesa (fls. 151/165) são os mesmos contidos na apresentada anteriormente (fls. 65/78), pelo que diz ratificar os argumentos apresentados na Informação Fiscal à fl. 142 dos autos.

Às fls. 178/179 do PAF, consta extrato do Sistema SIGAT indicando informações de parcelamento dos itens reconhecidos pelo sujeito passivo.

Em **sessão** do dia 16/08/2016, a 5ª JJF, julgou procedente em parte o Auto de Infração em tela, conforme os termos do Acórdão JJF Nº 0143-05/16 àS fls. 183 a 189, procedente as infrações 2, 3 e 4; e nula a infração 1, em decisão unânime.

Por recurso de ofício, na forma do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 2ª instância, através do Acórdão CJF Nº 0123-11/17 à fls. 203 a 205, reformou a decisão de 1ª instância, devolvendo o presente PAF a este Relator, para, à luz do entendimento dos membros da segunda instância administrativa fiscal da SEFAZ/BA, efetuar a conclusão do saneamento do presente processo, em relação aos aspectos da fundamentação da decretação de nulidade da infração; e posteriormente desenvolver novo julgamento dos autos, sem qualquer prejuízo às garantias constitucionais do contribuinte.

Isto posto, em pauta suplementar de 29/08/2017, a 5ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência a INFRAZ de origem, **para que sejam adotadas as seguintes providências, em relação, especificamente, à Infração 1:**

1. Considerando que a Infração 1 decorre eminentemente de prova material, relativo ao recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a diliação de prazo, perdendo o Contribuinte o direito à parcela incentivada prevista pelo DESENVOLVE;
2. Considerando que o demonstrativo de débito da Infração 1 (fl. 5-A) no valor de R\$144.295,86 foi alterado para o valor de R\$40.633,70 (fl. 142), **dado a manifestação de defesa em que aponta cobrança em duplicidade**, sob o argumento de que no mesmo período da ocorrência fiscal já houvera sido objeto de autuação pelo Auto de Infração nº 146528.0032/11-6, com cobrança de imposto da mesma acusação, o que foi confirmado pela d. agente Fiscal;
3. Considerando que a autuante, em sede de Informação Fiscal (fl. 142), após análise comparativa dos dois Autos de Infração, constatou que se tratava da mesma acusação;

e dado a tal duplicidade fez um relacionamento entre as datas de ocorrências das duas autuações, **cobrando o saldo remanescente nas ocorrências em que o imposto apurado no Auto de Infração anterior foi apurado a menor que no presente auto, sem trazer aos autos qualquer demonstrativo analítico** que embase tal comparativo;

4. Considerando que o demonstrativo de débito da infração 1 (fl. 142) apresenta-se com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa, **vez que não deixa claro do que se defender**, o sujeito passivo, em relação aos valores dos débitos remanescentes, apontado na acusação como devidos.

• **1^a Providência** Determinar a d. Fiscal Autuante ou Fiscal estranho ao feito, designado pelo Inspetor da INFRAZ de origem, **a apresentar o demonstrativo analítico de apuração do débito da Infração 1**, objeto do A.I. nº 141596.0009/15-8 em análise; **bem assim o demonstrativo analítico de apuração do débito do item** do A.I. nº 146528.0032/11-6, lavrado em 19/09/2011, que alega o defendant estar sendo cobrado em duplicidade; e que foi ratificado pelo d. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal à fl. 142 dos autos.

• **2^a Providência De posse dos dois demonstrativos**, que devem fazer parte integrante dessa nova Informação Fiscal, **desenvolver uma análise comparativa**, identificando se há valores a ser reclamado do sujeito passivo, com a apresentação de um novo demonstrativo de débito, caso fique comprovado que há valores a serem reclamados de ICMS, **prestando os esclarecimentos necessários e devidos ao defendant**, quanto à manutenção dos valores a serem cobrados, com fundamentação, na forma do que dispõe o § 6º, art. 127, do RPAF/BA

Voltando aos autos, a Fiscal Autuante à fl. 222, com documentação acostadas aos autos, dado o pedido de diligência da 5^a JJF, em pauta suplementar de 29/08/2017, nos termos acima destacado, assim informa:

“Em cumprimento à diligência solicitada [...]”

I. *O demonstrativo analítico de apuração do débito da infração 1, relativamente ao exercício de 2011, constante no AI 141.596.0009/15-8, constitui às fls. De nºs 7 a 10 do presente PAF, de cuja cópia ora faço juntada. Os dados foram obtidos do Reg. De Apuração do ICMS da defendant.*

II. *Em relação aos valores ref. À mesma infração, lançados no AI 146528.0032/11-6, lavrado em 19/09/2011, pelo colega Joilson Lage de Magalhaes, informo que os mesmos constam nas fls. 7 e 8 daquele processo, e foram obtidos nas DMA da empresa ITAZUL INDUSTRIA E COMERCIO DE LIMPEZA EIRELI, de IE 06611570, objeto de autuação, e dos quais faço também anexar cópias. O citado PAF encontra-se arquivado na PGE/PROFIS, tendo o mesmo sido julgado procedente com posterior recurso não provido.”*

O sujeito passivo, às fls. 240/246 dos autos, oferece manifestação face à Informação Fiscal de fl. 222, acima destacada, em que, após repisar todos os seus argumentos postos na defesa de fls. 28/46, registra, entre outros destaques, que a d. Fiscal Autuante se restringiu a repetir documentos que já constava dos autos e, ao invés de apresentar novo demonstrativo de débito, ratificou a análise comparativa juntada às fls. 142 e 228, que foi apreciada pela 5^a JJF do CONSEF, onde concluiu pela nulidade da autuação.

Consigna, que confia que este eg. CONSEF saberá fazer justiça, para, ratificando o julgamento proferido pela 5^a JJF, declara parcialmente procedente o Auto de Infração nº 141596.0009/15-8, anulando a Infração 1, em razão da duplicidade na cobrança do imposto.

VOTO

Em **sessão** do dia 16/08/2016, a 5^a JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração em tela, conforme os termos do Acórdão JJF Nº 0143-05/16, às fls. 183 a 189, decidindo pela substância das infrações 2, 3 e 4; e nula a infração 1, em decisão unânime.

Todavia, por recurso de ofício, na forma do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, em 2^a instância, através do Acórdão CJF Nº 0123-11/17, de fls. 203 a 205,

reformou a decisão de 1ª instância, devolvendo o presente PAF a este Relator, para à luz do entendimento dos membros da segunda instância administrativa fiscal da SEFAZ/BA, efetuar a conclusão do saneamento do presente processo, em relação aos aspectos da fundamentação da decretação de nulidade da infração; e posteriormente desenvolver novo julgamento dos autos, sem qualquer prejuízo às garantias constitucionais do contribuinte.

Os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal assim entenderam:

"Se os julgadores chegaram à conclusão de que o demonstrativo de fl. 142 não foi suficientemente claro, tendo atingido o direito de defesa, poderiam ter solicitado a elaboração de outro, com teor mais analítico, após o que seria concedido prazo para se manifestar equivalente ao da impugnação, sem qualquer prejuízo às garantias constitucionais do contribuinte". (Grifo acrescido)

Neste contexto, em pauta suplementar de 29/08/2017, a 5ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência à INFRAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências, em relação especificamente à Infração 1:

- *1ª Providencia Determinar a d. Fiscal Autuante ou Fiscal estranho ao feito, designado pelo Inspetor da INFRAZ de origem, a apresentar o demonstrativo analítico de apuração do débito da Infração 1, objeto do A.I. nº 141596.0009/15-8 em análise; bem assim o demonstrativo analítico de apuração do débito do item do A.I. nº 146528.0032/11-6, lavrado em 19/09/2011, que alega o defendant estar sendo cobrado em duplidade; e que foi ratificado pelo d. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal à fl. 142 dos autos.*
- *2ª Providencia De posse dos dois demonstrativos, que devem fazer parte integrante dessa nova Informação Fiscal, desenvolver uma análise comparativa, identificando se há valores a ser reclamado do sujeito passivo, com a apresentação de um novo demonstrativo de débito, caso fique comprovado que há valores a serem reclamados de ICMS, prestando os esclarecimentos necessários e devidos ao defendant, quanto à manutenção dos valores a serem cobrados, com fundamentação, na forma do que dispõe o § 6º, art. 127, do RPAF/BA*

Voltando aos autos, a Fiscal Autuante à fl. 222, dado o pedido de diligência da 5ª JJF, em pauta suplementar de 29/08/2017, nos termos acima destacados, na forma destacada pelo sujeito passivo em sede de nova manifestação às fls. 240/246, face à referida diligência, se restringiu a repetir os documentos que já constavam dos autos, e ao invés de apresentar novo demonstrativo de débito, ratificou a análise comparativa juntada às fls. 142 e 228, que já houvera sido apreciada pela 5ª JJF do CONSEF, em sede de 1ª instância, onde concluiu pela nulidade da autuação através do Acórdão JJF Nº 0143-05/16, às fls. 183 a 189.

Desta forma, por acreditar que foi atendida a determinação da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0123-11/17, às fls. 203 a 205, dado as documentações acostadas pela Fiscal Autuante, de fls. 222/233, e a manifestação de defesa às fls. 240/246, considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, motivo pela qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$149.705,63, relativo a quatro irregularidades, sendo a primeira, relativa ao ano de 2011, por ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$144.295,86, em razão de falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Incentivo Fiscal Desenvolve; a segunda, relativa aos anos de 2011 e 2012, recolheu a menor ICMS no valor de R\$3.075,07, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no mesmo Programa Desenvolve; a terceira deixou de recolher ICMS, no valor de R\$2.054,70, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas à consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2012; e a quarta, aplicação de multa de R\$280,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA, relativos às datas de ocorrências 31/01/2011 e 31/07/2012.

Com exceção da primeira infração, todas as demais foram reconhecidas e parceladas pelo

autuado, no valor histórico de R\$5.409,77, conforme extrato à fl. 180 dos autos, logo, não fazendo parte da lide, sendo consideradas procedentes, restringindo a discussão apenas em relação à primeira infração, a qual foi impugnada.

Há de se observar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo os Agentes Fiscais agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto/multa, existem regras de direito formal, que determinam como os agentes fiscais devem proceder na constituição do crédito. Logo é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa.

Em sede de defesa o sujeito passivo observa que teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 146528.0032/11-6, referente ao período de apuração 01/01/2007 a 31/07/2011, com indicação, dentre outras, da seguinte infração (fls. 58/60) - *Infração 01 – 03.08.03*. Diz então verificar uma duplicidade de autuação entre o presente A.I. nº 141596.0009/15-8, em análise, e o A.I. nº 146528.0032/11-6, supracitado. Com isso argui a nulidade da Infração 01.

Ao desenvolver a Informação Fiscal de fl. 142, a d. Fiscal Autuante admite a duplicidade aventada pelo sujeito passivo, e sugere a manutenção da autuação para os valores remanescentes apurados, através da comparação entre os valores lançados no A.I. nº 141596.0009/15-8, com os valores levantados no A.I. nº 146528.0032/11-6, anteriormente lavrado. Nesse sentido, altera o demonstrativo de débito da infração 1, de R\$144.295,86, para o valor de R\$40.633,70 (fl. 142).

Logo, além do novo demonstrativo de débito da infração 1 (fl. 142), apresentar-se com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa, vez que não deixa claro do que o sujeito passivo se defender, em relação aos valores dos débitos remanescentes, o procedimento que se apresenta correto para a situação posta, é de se desenvolver uma integração entre o levantamento que se apurou o débito objeto do A.I. nº 146528.0032/11-6, lavrado em 19/09/2011, e o levantamento que se apurou o débito do A.I. nº 141596.0009/15-8, em análise, e com isso identificar se há valores ainda a ser reclamado do sujeito passivo, e não simplesmente fazer uma análise comparativa, por data de ocorrência coincidentes entre as autuações, e cobrar apenas os valores lançados a menor no A.I. nº 146528.0032/11-6, anteriormente lavrado.

Não agindo assim a d. Fiscal Autuante, entendo restar procedente a arguição de nulidade do defendant por duplicidade de autuação, vez que não se sabe se dos valores remanescentes apontados pela autuante à fl. 142, não restam valores já cobrados anteriormente. Por outro lado, está claro nos autos que o período fiscalizado na Infração 01 do presente auto (A.I. nº 141596.0009/15-8), qual seja, 09/02/2011 a 09/07/2011, está contido no que já foi apurado no Auto de Infração anterior, cujo lançamento abarcou de 09/09/2009 a 09/08/2011 (A.I. nº 146528.0032/11-6), com indicação da caracterização e enquadramento da infração, o mesmo do A.I. nº 141596.0009/15-8, objeto em análise.

Relativamente à motivação dos membros da 1^a CJF, através do Acórdão CJF Nº 0123-11/17, às fls. 203 a 205, ter concluído pela nulidade da decisão proferida através do Acórdão JJF Nº 0143-05/16, às fls. 183 a 189, sob a perspectiva de que os membros da 1^a Instância teriam chegado à conclusão de que o demonstrativo de fl. 142 não foi suficientemente claro, tendo atingido o direito de defesa, e que por isso poderia ter solicitado a elaboração de outro demonstrativo, como assim foi solicitado em sede de nova diligência, dado o determinado na decisão que tornou nulo o citado Acórdão, destaco que não foi só apenas esta motivação que a 5^a JJF tomou para decretar a nulidade da infração 1 em análise.

Na realidade, há de se destacar que além do período fiscalizado na Infração 1 do presente auto (A.I. 141596.0009/15-8), qual seja, 09/02/2011 a 09/07/2011, está contido o que já foi apurado no auto anterior (A.I. 146528.0032/11-6), cujo lançamento abarcou de 09/09/2009 a 09/08/2011, ambos os autos de infração têm por pressuposto, o recolhimento a menor de ICMS em razão da suposta falta de recolhimento na data regulamentar, da parcela não sujeita à diliação de prazo, perdendo o direito

ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Desenvolve. Ademais, vejo que a Fiscal Autuante também usou a técnica de um “*encontro de conta*”, não previsto na legislação, entre os valores apurados no anterior AI.146528.0032/11-6, e o presente AI. 141596.0009/15-8.

Mais ainda, pela técnica utilizada pela Autuante, quando os valores apurados e exigidos no anterior AI. 146.5280032/11-6 são superiores aos valores apontados no presente AI. 141596.0009/15-8, não há saldo a cobrar; todavia, nas competências em que os valores apurados no anterior AI. 146.5280032/11-6 são inferiores aos valores apontados no presente AI. 141596.0009/15-8, há saldo a ser pago pela defendante.

Neste contexto, observo que se existe valor a ser cobrado do AI anterior de nº 146.5280032/11-6, deve-se abrir uma O.S. para efetuar uma revisão fiscal, caso se entenda que existem valores a serem cobrados do sujeito passivo, o que não é o caso do presente auto de infração. Aliás, isso é o que se vê da redação descrita no documento de constituição do crédito tributário à fl. 2 do presente PAF, ou seja, está posto no final do citado documento, que é ressalvado o direito da Fazenda Estadual de apurar a qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.

Portanto, com base no art. 18, inciso IV do RPAF/99, declaro nula a Infração 01, por duplicidade de autuação decorrente da incerteza do montante do débito, vez que não se pode afirmar que o novo demonstrativo de débito apontado pela d. Fiscal Autuante à fl. 142 dos autos, é de fato o valor do montante de débito devido para a autuação (§ 1º, art. 18 do RPAF), e não restam valores já cobrados anteriormente no A.I. nº 146528.0032/11-6, que diz respeito à mesma acusação fiscal e período autuado.

Com fundamento no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para se for o caso, autorizar a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas acima apontadas, no sentido de exigir o débito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que efetivamente há ICMS a recolher por perda do direito ao benefício do Programa Desenvolve, nas datas de ocorrência 28/02/2011, 31/03/2011, 31/05/2011 e 30/06/2011, à fl. 142, que fazem parte integrante do período fiscalizado de 01/01/2011 a 31/12/2012, observando o aspecto decadencial do lançamento do crédito fiscal.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restarem integralmente subsistentes as infrações 2, 3 e 4, e nula a infração 1, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0009/15-8, lavrado contra **ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.129,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$280,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c” do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA