

**PROCESSO** - A. I. Nº 278987.0102/10-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0023/02-14  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 06/10/2021

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/21-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS CONSIDERADAS NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Diligência fiscal comprova que parte dos destinatários das mercadorias em questão, efetivamente são contribuintes do ICMS, ou seja, praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores do ICMS. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida deste item. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado parcialmente o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Infração elidida em parte, tendo em vista a comprovação documental dos estornos por parte da recorrente. Modificada a Decisão recorrida deste item. Não acolhida a preliminar de nulidade, e não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária, por faltar competência ao órgão julgador administrativo. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2010, para exigência de ICMS no valor total de R\$1.307.770,40, sob acusação do cometimento de 03 (três) infrações. Em vista do reconhecimento pelo sujeito passivo da infração 03, são objeto de análise as seguintes infrações:

*1. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$128.640,55, em razão indevida do benefício da redução da base de cálculo, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, contrariando as disposições contidas no Decreto nº 7.799/00, conforme demonstrativos e documentos às fls.18 a 21.*

*Em complemento consta: Refere-se a saídas para não contribuintes do ICMS com aplicação indevida da*

*redução da base de cálculo do ICMS prevista no artigo 1 do Decreto 7.799/00. Foi confeccionado demonstrativo que apura, por nota fiscal e item de mercadoria, subtotalizado por mês, a diferença de ICMS devida, a qual compõe anexo intitulado (Aplicação Indevida do Termo de Acordo de Atacadista – Decreto 7.799/00 – Notas Fiscais de Saída), para os exercícios de 2006 a 2009”.*

*2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.175.129,49, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls.22 a 24.*

*Em complemento consta: Referente ao crédito de ICMS não estornado das aquisições de mercadorias alcançadas nas saídas subseqüentes pela redução de base de cálculo prevista no Artigo 78-A do Decreto 6.284/97 (Arroz e Feijão). Anexo ao processo, consta a apuração dos estornos de crédito efetuados pelo contribuinte, onde se constata a não realização dos estornos ora exigidos. Foi confeccionado demonstrativo que apura, por nota fiscal e item de mercadorias, subtotalizado por mês, a diferença de ICMS devida, o qual compõe anexo intitulado (Créditos Indevidos Compra para Comercialização Arroz e Feijão – Apuração dos Estornos de Créditos), para os exercícios de 2006 a 2009.*

Após a devida instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, com base nos seguintes argumentos abaixo colacionados:

#### **VOTO**

*Analizando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:*

*a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.*

*b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.*

*c) Nas informações fiscais e nas diligências foram justificadas todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo o demonstrativo do débito das infrações impugnadas, merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, tendo o autuado recebido cópia das mesmas com a correção do débito, e a juntada de cópias de documentos, e se manifestou exercendo o seu direito de defesa.*

*d) Residindo no campo das provas, a alegação defensiva de que não foram juntados os documentos para instrução do processo, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.*

*Logo, com os esclarecimentos trazidos nas informações fiscais e diligências, não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.*

*Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.*

*Quanto ao pedido para realização de diligência, por fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, verifico que a esta altura processual, já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção, ressaltando-se que o pedido do sujeito passivo foi atendido, na medida que o processo foi objeto de várias diligências pelos autuantes e por fiscal estranho ao feito, sendo acolhidos os equívocos apontados na defesa, e refeito o levantamento fiscal, resultando na diminuição do débito das infrações 01 e 02.*

*No mérito, verifico que das infrações contempladas no Auto de Infração, a infração 03, referente a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de*

*mercadorias regularmente escrituradas, dispensa comentários, tendo em vista que foi acolhido o débito a ela inerente, no valor de R\$4.000,36. Desse modo, ante o reconhecimento do sujeito passivo, de que o débito refere-se à diferença de ICMS das saídas de leite longa vida não produzidas no Estado da Bahia tributadas pelo contribuinte em carta tributária de 7% (CT = 7%), quando seria devido 10% (CT = 10%), nos termos do artigo 1º do Decreto 7.799/00, considero esta infração totalmente subsistente, inclusive já foi comprovado o devido recolhimento, conforme documentos às fls. 5.841 a 5.845, extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”,*

*Isto posto, passo agora a analisar o mérito das infrações impugnadas.*

#### **INFRAÇÃO 01**

*Cuida este item da autuação da imputação de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$128.640,55, em razão indevida do benefício da redução da base de cálculo, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, contrariando as disposições contidas no Decreto nº 7.799/00, conforme demonstrativos e documentos às fls. 18 a 21.*

*Ocorre que o contribuinte possui Termo de Acordo, Atacadista, Decreto nº 7.799, e teria reduzido indevidamente a base de cálculo nas saídas destinadas a não contribuintes, o que implicou no recolhimento a menos do ICMS.*

*Portanto, o fulcro da autuação é de redução indevida da base de cálculo, relativamente às operações internas nas vendas realizadas para não contribuintes do ICMS.*

*Determina o Decreto nº 7.799 de 07 de maio de 2000, que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes de ICMS, sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo único que integra o Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo, poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo em cada período de faturamento, aos percentuais de faturamento, estabelecidos no art. 1º do diploma legal.*

*O lançamento foi impugnado com base nas seguintes razões defensivas:*

*a) Que não foi considerada na apuração do débito a redução da base de cálculo de 30% prevista no Decreto nº 9.547/2005, por se tratar de “bebidas alcoólicas”, conforme demonstrativo por amostragem às fls. 463 a 471.*

*Os autuantes, fls. 4.418 a 4.420, concordaram com a defesa, admitiram o equívoco, e refizeram o levantamento fiscal aplicando a redução de 30% na base de cálculo para bebidas, correspondente à aplicação do disposto no artigo 87, inciso XXVII do RICMS/97, créditos esses, apurados nos termos dos demonstrativos 2006-S1 a 2009-S1, resultando na diminuição do débito deste item para o valor de R\$69.859,76, conforme demonstrativo às fls. 4.421 a 4.624.*

*b) Que não foram qualificados de forma correta os destinatários das vendas, em todos os períodos autuados, visto que, muitas vendas a “produtores rurais”, regularmente inscritos, contribuintes do ICMS, foram taxadas na ação fiscal como “não contribuintes”, levando em conta apenas o “CPF”, sem observar que tais produtores não contam com “CNPJ”, porém possuem a devida Inscrição Estadual, sempre lançada nas notas, e portanto, afirma que são vendas passíveis da redução prevista no Decreto 7.799/00.*

*Ou seja, que uma enorme quantidade de vendas, para CPF, foi indevidamente computada como para “não contribuintes”, porém, que essas saídas foram realizadas para “revenda”, ou seja, para “contribuintes”, ainda que não inscritos, uma vez que, as quantidades revelam o intuito comercial, bem como no campo adicional das notas consta informação acerca da “denominação social” das “empresas”, como se pode auferir através das mesmas.*

*Portanto, após a correção do débito em razão de aplicação incorreta do percentual de 30% da base de cálculo para bebidas, a lide se resume exclusivamente se a conclusão fiscal, em relação às vendas para produtores rurais, ambulantes e pessoas não contribuintes, seria cabível a exigência do imposto sem a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00.*

*No que se refere às vendas realizadas a produtores rurais e ambulantes inscritos no cadastro fazendário, na diligência fiscal feita por fiscal estranho ao feito foram excluídas do levantamento fiscal as vendas destinadas a eles. Quanto às vendas para não contribuintes (pessoas físicas) sem inscrição estadual, poderia se dizer que a legislação tributária não definiu com precisão o termo “contribuinte do ICMS”, já que qualquer pessoa física ou jurídica pode ser contribuinte do imposto, à luz do artigo 5º Lei do ICMS nº 7.014/96, de 04/12/1996, in verbis:*

**Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços**

*de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

*Ocorre, por se tratar de um benefício fiscal, que deve ser interpretado literalmente, no caso do tratamento previsto no Decreto 7.799/00, não basta ser contribuinte no sentido amplo, há uma condição específica que não depende da interpretação do que seja contribuinte, considerando que o art. 1º do Decreto 7.799/00 estabelece que o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o citado Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, sendo considerado contribuinte do ICMS de acordo com a interpretação apresentada pelo defendente, somente se aplica o benefício fiscal a contribuintes que estejam inscritos no CAD-ICMS.*

*No caso em exame, a exigência fiscal remanescente após a revisão fiscal com a exclusão das vendas para ambulantes e produtores rurais, se refere a pessoas físicas não inscritas no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia.*

*Vale repetir, que o Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. A utilização do tratamento tributário previsto neste Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, e dentre as vedações à utilização deste benefício fiscal, encontra-se a operação de saída de mercadoria a consumidor final. Portanto, não se aplica a operações realizadas a pessoas físicas e jurídicas sem inscrição estadual.*

*Saliento que não há como acolher as razões defensivas, haja vista que, conforme estabelece o art. 13, Inciso I, do RICMS/97, a outorga de benefício fiscal não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias. Independente das questões levantadas pelo defendente o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido.*

*Pelo acima alinhado, é condição imposta no Decreto nº 7.799/00, que as mercadorias sejam destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, o que não ocorreu na totalidade das operações, conforme discriminado nas planilhas que instruem este item após a revisão fiscal.*

*Conclusivamente, não ficou demonstrado, nos autos, que os destinatários das mercadorias, em questão, efetivamente são contribuintes do ICMS, ou seja, praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores do ICMS. Além do mais, o tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual.*

*Tal entendimento se consolida através do Parecer proferido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ, conforme publicado no site dessa Secretaria e a seguir reproduzido, que se referindo a não aplicação do benefício da redução de base de cálculo nas vendas efetuadas a Órgãos Públicos, que não são, a princípio, contribuintes do ICMS, serve para aclarar o entendimento relativo à condição de contribuinte, constante do Decreto nº 7.799/0:*

*“PARECER Nº 16265/2008 DATA: 28/08/2008.*

*ICMS. Consulta. O benefício previsto no Dec. nº 7.799/00 aplica-se exclusivamente às saídas internas efetuadas pelo estabelecimento atacadista com destino a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, ou seja, às saídas internas destinadas a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem operações e/ou prestações sujeitas à incidência do imposto estadual.*

*A consulente, empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à questão a seguir transcrita:*

*“Adquirimos recentemente o Termo de Acordo Atacadista e gostaríamos de saber se podemos nos beneficiar com a redução de base de cálculo nas vendas efetuadas a Órgãos Públicos que não são contribuintes do ICMS.”*

**RESPOSTA:**

*Em resposta à orientação solicitada, ressaltamos que o art 1º do Dec. nº 7.799/2000, que disciplina a aplicabilidade do benefício da redução de base de cálculo nas operações efetuadas por atacadistas baianos, assim estabelece expressamente:*

*“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CADICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das*

*mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:(...)”.*

*Vê-se, assim, da leitura do dispositivo legal acima transcrito, que o benefício ali previsto aplica-se exclusivamente às saídas internas efetuadas pelo estabelecimento atacadista com destino a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, ou seja, às saídas internas destinadas a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem operações e/ou prestações sujeitas à incidência do imposto estadual.*

*Nesse contexto, e considerando que os Órgãos Públicos, em princípio, não se caracterizam como contribuintes do ICMS, visto que não praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores deste imposto, as saídas internas de mercadorias efetuadas pela Consulente com destino a tais entidades não estão alcançadas pelo benefício previsto no Dec. nº 7.799/00.*

*Ressalte-se, por fim, que a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na resposta à presente consulta, ajustando-se à orientação recebida e, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, dentro do prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta, nos termos do art. 63 do Regulamento do Processo*

*Administrativo Fiscal - RPAF (Dec. nº 7.629/99).*

*É o parecer.*

*Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA*

*GECOT/Gerente: 28/08/2008 – ELIETE TELES DE JESUS SOUZA*

*DITRI/Diretor: 28/08/2008 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA”*

*De todo modo, o contribuinte fazendo uso do seu amplo direito de defesa, conforme determina o art. 123 do RPAF, não demonstrou nos autos que os destinatários das mercadorias em questão, efetivamente são contribuintes do ICMS, ou seja, praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores do ICMS, e estão inscritos no cadastro fazendário como determina o Dec. 7.799/00*

*Desta forma, restando comprovado que os contribuintes destinatários das mercadorias não estão inscrito no cadastro fazendário como contribuintes do ICMS, fica mantida a infração, em relação às vendas para pessoas físicas não inscritas no cadastro fazendário, pois comprovada a irregularidade praticada, e os argumentos trazidos na defesa não são capazes de desconstituir a acusação fiscal.*

*Lançamento parcialmente subsistente, no valor de **R\$69.859,76**, conforme demonstrativo à fl. 4.419.*

#### **INFRAÇÃO 02**

*Trata de exigência de ICMS referente ao 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.*

*Ou seja, a exigência fiscal refere-se ao crédito de ICMS não estornado das aquisições de mercadorias alcançadas nas saídas subsequentes pela redução de base de cálculo prevista no Artigo 78-A do Decreto 6284/97 (Arroz e Feijão).*

*A infração foi enquadrada artigo 100, inciso II, do RICMS/97. Está previsto no citado dispositivo regulamentar, que a constatação de vendas com base de cálculo inferior as de entradas, enseja o estorno do crédito proporcional à redução, conforme podemos observar na transcrição *ipsis literis* abaixo:*

**100.** *O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:*

*.....*

**II** - *forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;*

*Pelo exposto, infere-se que a condição sine qua non para a exigência do estorno se avulta quando o crédito fiscal lançado em consequência das entradas (crédito), for superior a carga tributária incidente sobre as saídas das mercadorias (débito), ou seja, não caberia a exigência do estorno do crédito proporcional, quando a carga tributária da saída (débito) for superior ao crédito fiscal lançado, sob pena de ferir o princípio da não-cumulatividade tributária.*

*Desta forma, havendo saídas de mercadorias com base de cálculo inferior as operações de entradas, o dispositivo legal acima transcrito exige o estorno do crédito proporcional à redução.*

*Foi suscitada a nulidade da autuação, com base na preliminar de insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que o estorno Da obrigação tributária é de estornar os créditos é pelas entradas, ou seja, que o estorno deve ser feito pelas compras e que o levantamento fiscal deveria ter sido realizado “nota a nota”, somando-se os valores destacados em cada documento, abatendo-se os estornos efetuados espontaneamente, mês a mês, enquanto que a apuração levou em consideração os totais de cada mês.*

*Não acolho esta alegação, pois da análise do demonstrativo constante no CD que instrui este item, e totalizado às fls.22 a 24, que foi entregue ao autuado conforme recibo às fls.1.621 a 1.622, intitulado de Créditos Indevidos Compra para Comercialização Arroz e Feijão – Apuração dos Estornos de Créditos, verifico que os valores do imposto a serem estornados encontram-se devidamente discriminados, mês a mês, com a identificação das notas fiscais de entradas com o respectivo crédito fiscal utilizado pelo autuado à alíquota de 17%, em contrapartida com a alíquota de 7% utilizada pela fiscalização por ocasião das saídas, apurando-se as diferenças que foram lançadas no auto de infração, inclusive mantido tal demonstração na revisão fiscal feita pelos autuantes.*

*Observe que foi correto o procedimento da fiscalização em apurar os créditos devidos ao contribuinte na forma dos estornos por saídas das mesmas mercadorias, na forma do previsto no artigo 6º, § 1º do Decreto 7.799/00 combinado com o artigo 100, § 2º, inciso II do decreto 6284/97 (RICMS/BA), a seguir transcrito:*

**Art. 6º** Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subseqüentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, 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.

*§ 1º Não sendo possível ao contribuinte manter controle de seus estoques de modo a permitir a vinculação a que se refere este artigo, aplicar-se-á o método previsto no § 2º, do art. 100, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997.*

*Ao contrário do que alega o defendente, repito que os autuantes produziram demonstrativos de apuração dos estornos mensais unitários para as mercadorias arroz e feijão, de modo a aplicar os valores unitários desses estornos nas saídas interestaduais desses produtos, para apurar o crédito correspondente às entradas das saídas das mercadorias “arroz” e “feijão” com débito de imposto (saídas interestaduais), saídas essas inseridas nas regras do Decreto 7.799/00, ao qual o contribuinte era signatário no período fiscalizado.*

*Saliento mais uma vez que os demonstrativos de apuração dos estornos mensais unitários, utilizados para apropriação ao contribuinte dos créditos correspondentes às entradas de arroz e feijão dadas saídas em operações interestaduais com débito de ICMS, encontram-se no CD e estão identificados como Anexos 2006-E1, 2007-E1, 2008-E1, 2009-E1 e seus correspondentes Anexos 2006-S1, 2007-S1, 2008-S1 e 2009-S1.*

*Observe que na confecção dos referidos anexos, a fiscalização considerou o previsto no artigo 100, § 2º, inciso II do Decreto 6.284 de 14 de março de 1997 (Regulamento do ICMS), tendo em vista o contribuinte ter adquirido as mercadorias arroz e/ou feijão de estados de alíquota diferente (ora 7%, ora 12%), bem como, foi utilizado corretamente o critério de alíquota média, ante a previsão legal abaixo.*

**Art. 100.** O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

*[...]*

*§ 2º Na determinação do valor a ser estornado, observar-se-á o seguinte:*

**I** - quando não for conhecido o seu valor exato, será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, sobre o preço mais recente do mesmo tipo de mercadoria ou serviço;

**II** - não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes, se possível identificá-las, ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contratadas, vigentes à época do estorno; (grifei)

**III** - quando houver mais de uma aquisição ou prestação e não for possível determinar a qual delas corresponde a mercadoria ou o serviço, o crédito a ser estornado deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente na data do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado.

*Quanto ao entendimento do defendente de que é totalmente ilegal, além de inconstitucional, o disposto no art.*

100, inciso II, do RICMS/97, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, considerando que o trabalho fiscal tem amparo legal, acolho os demonstrativos refeitos pelos próprios autuantes que contemplam o acima alinhado, tudo em conformidade com os Anexos 2006-S1 a 2009-S1, que resultam na diminui do débito dos valores originalmente lançados, para os valores de: 2006 = R\$119.300,68; 2007 = R\$281.544,62; 2008 = R\$444.032,01; e 2009 = R\$235.154,55, conforme planilhas às fls. 4.393 e 4.394.

Disso decorrente, o débito deste item fica reduzido para o valor de R\$1.080.031,86.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor de R\$1.153.904,98, conforme demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	VLS.AUTUADOS	VLS.JULGADOS
1	128.640,55	69.859,76
2	1.175.129,49	1.080.044,86
3	4.000,36	4.000,36
TOTAIS	1.307.770,40	1.153.904,98

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a referida Junta recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, pelos seguintes fundamentos:

Em preliminar, suscita a nulidade do PAF, por cerceamento do direito de defesa, na medida em que a JJF julgou sem respeitar a instrução por ela própria iniciada, e não atendida.

Aduz que o Sr. Supervisor da IFEP Sul, praticando ato inteiramente contrário à solicitação do CONSEF e a regular instrução do PAF, de forma até mesmo “rebelde”, se negou a cumprir a diligência expressamente solicitada à fl. 5.819, taxando tal solicitação, discutida e aprovada pelos três Ilustres e Competentes membros da 2ª JJF, de “inócua”.

Afirma que o Sr. Supervisor adotou postura sem isenção e, prejudicando a defesa, ao invés de designar Auditor para realizar o trabalho, devolveu o processo com o inane e, até mesmo, desrespeitoso, despacho de fls. 5822 a 5824, com a pretensão, ilegal e irregular, de passar por cima da análise e determinação do CONSEF (discutida pela JJF em PAUTA SUPLEMENTAR) e de “homologar” a autuação (o que não lhe compete).

A despeito disso, assevera que a JJF julgou o lançamento, impondo grave prejuízo à defesa, renovando que, conforme expressamente admitido à fl. 4.418, a autuação foi mantida em relação a vendas, para CPF, indevidamente computadas como para “não contribuintes”, quando as quantidades revelam o intuito comercial, bem como no campo adicional das notas consta informações acerca da “denominação social” das “empresas”, e que a Autuada já juntou ao PAF, em meios físico e magnético, planilhas onde indica vendas para PRODUTORES RURAIS, AMBULANTES e PESSOA FÍSICAS INSCRITA NA SEFAZ, motivo pelo qual protesta pela NULIDADE de todo o PAF, por insegurança na determinação da infração e, notadamente, por CERCEAMENTO do direito de defesa.

Ultrapassada tal assertiva, pugna que a determinação do CONSEF seja respeitada e, assim, renovada, e que seja a diligência cumprida, a cargo de fiscal estranho ao feito.

Ainda em preliminar, acrescenta pedido de reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação aos fatos geradores de 2006, 2007 e até setembro de 2008, na medida em que, conforme inclusive consta à fl. 11 do acórdão ora recorrido, somente em outubro de 2013 a Autuada foi cientificada a tomar conhecimento da juntada de documentos de sustentação da cobrança. A JJF registrou que: “Entendem também que a infração é clara, com base de cálculo definida e foi dada ciência ao autuado de todos os fatos novos e novos documentos anexados ao processo conforme recibo de fls. 5.803 a 5.826....”.

Salienta que, em outubro de 2013, foram apresentados “FATOS NOVOS”, ou seja, novos fundamentos para os pedidos, acompanhados de provas, ou mais precisamente, dos documentos comprobatórios dos fatos, os quais deveriam compor o lançamento desde o seu início. Tal ocorrendo, significa que a autuação somente em outubro de 2013, quando a Autuada foi intimada dos NOVOS FATOS E DOCUMENTO DE PROVA, foi atingida pelo instituto da decadência. Assim não fosse, se estaria dando ao Fisco o ilegal poder de eternizar os prazos de constituição dos créditos tributários, sempre em detrimento do Contribuinte e da ampla defesa.

Portanto, pede que as parcelas cujos fatos geradores ocorreram até 30 de setembro de 2008, itens 01 e 02 do AI, sejam excluídas da cobrança. Caso o CONSEF assim entenda, solicita que a questão seja tratada como “prescrição”, com os mesmos efeitos.

Reitera todos os termos da defesa (27/08/2010 - SIPRO 534113/2010-0), bem como dos pronunciamentos datados de 14/02/2011 (SIPRO 007435/2011-8), 26/05/2011 (SIPRO 100922/2011-0), 06/12/2011 (SIPRO 331355/2011-2), 11/01/2013 (SIPRO 006247/2013-8) e 17/10/2013 (SIPRO 309466/2013-2), os quais passam a fazer parte do presente recurso como se transcritos estivessem, evitando desnecessária e cansativa repetição. Requer que todo o conteúdo da defesa, questões prejudiciais e de mérito, bem como os pedidos de diligências, sejam reexaminadas pela Câmara do CONSEF, inclusive como fundamento das outras questões acima suscitadas.

Com relação ao item 01, aponta que a autuação continua recaindo sobre “Produtores Rurais”, “Ambulantes” e “Pessoas Físicas Inscritas”, conforme demonstrativos, anexados ao processo, com detalhamento da Inscrição Estadual, na mesma ordem das planilhas do AI. Ademais, nos arquivos magnéticos (CD - ARQUIVOS SINTEGRA DIBAL 2006 a 2009), segue robusta amostragem de notas fiscais, provas estas que não foram examinadas. A SEFAZ, inclusive, tem nos seus sistemas os extratos com informações das mencionadas inscrições.

Pede tratamento isonômico e acrescenta, no que tange aos contribuintes com “inscrições especiais”, a decisão do CONSEF contida do Acórdão nº 0295-11/12.

No que tange ao item 02, salienta que os novos demonstrativos provam é que a empresa fez vendas tributadas, de “arroz e feijão”, suscetíveis a estornos de débitos, que não foram realizados e também não foram levados em consideração na autuação. Tais valores fazem parte do contexto da auditoria realizada pelo Fisco e deveriam, assim, ser deduzidos da autuação. Com tais demonstrativos, juntados pela Autuada, seguiram todas as notas fiscais de 2006 e 2007, e parte das notas de 2008 e 2009, documentos que também não foram avaliados. A dedução dos valores apurados é inerente ao lançamento e deve ser efetivado, inclusive sob pena de prejuízos futuros ao Erário, perante o Poder Judiciário.

Por fim, pede pelo provimento do presente recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade dos itens 01 e 02 do PAF, por insegurança na caracterização das infrações e cerceamento do direito de defesa, ou a decadência, ou prescrição, sobre os fatos geradores ocorridos até setembro de 2008, ou, no mérito, a improcedência dos itens contestados, ou ao menos a dedução das importâncias referidas no item acima.

Em sessão de julgamento realizada em 04/11/2014, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência ao autuante para que este, com base nas notas fiscais de saída calculasse o percentual de venda de feijão e arroz para dentro e fora do Estado da Bahia, no período fiscalizado; com base nesses percentuais, aplicasse o percentual de venda para dentro do Estado, mês a mês, aos créditos destas operações, lançados pelo contribuinte na sua escrita fiscal e; elaborasse novos demonstrativos de débito da infração 2, levando-se em conta os percentuais de vendas para dentro do Estado, mês a mês, totalizando o valor a ser eventualmente estornado no período fiscalizado.

A diligência realizada (fls. 7390/7394) apresenta a revisão fiscal realizada pelo autuante.



Em manifestação (fls. 7626/7630), o contribuinte reitera os termos recursais e afirma que, no que tange ao item 02, apesar da redução proposta na diligência, relativas às vendas de “arroz e feijão”, de logo deve ser observado que os valores apresentados, em vários meses, foram onerados, em confronto com os demonstrativos apresentados por ocasião da diligência realizada em novembro de 2011, pelos Fiscais Almir de Santana Assis e Roberto Araújo Magalhães, cujas cópias fornecidas à Autuada, na intimação firmada em 25/11/11, irregularmente, não foram numeradas e rubricadas (mas devem estar no PAF).

Acrescenta que, segundo tais demonstrativos, os valores dos meses de janeiro a dezembro de 2006, dezembro de 2007, abril, maio, novembro e dezembro de 2008, fevereiro, abril, maio, agosto, setembro e dezembro de 2009, foram onerados, atingindo os montantes já julgados pela JJF, em detrimento da Autuada. Assim, os demonstrativos ora anexados apresentam valores diversos dos mesmos produtos e, assim, ficam expressamente impugnados. No máximo, devem ser considerados, no trabalho atual, os montantes concernentes aos meses com redução.

Salienta que a Autuada já havia juntado demonstrativos e documentos pertinentes ao item 02 (demonstrativos em meios físico e magnético e notas fiscais), que comprovam que as vendas tributadas de arroz e feijão, suscetíveis e estornos de débitos, que não foram realizados, em valores bem mais favoráveis, tudo consoante consta do processo e deve ser observado. Como já explicado, a Autuada FEZ OS ESTORNOS, conforme lançamentos totais em suas DMA’S e no seu LRAICMS, também levados ao PAF.

Informa, ainda, que para se chegar aos valores corretos a serem deduzidos, os Autuantes teriam que observar a paridade da carga tributária, conforme Termo de Acordo de Atacadista. Para tanto, teriam que demonstrar a compatibilização da carga tributária, inclusive com a exclusão, da sistemática do Termo de Acordo, das mercadorias óleo de soja, vinagre, margarina e leite em pó, posto que a Autuada, em relação aos tais produtos, lançou e pagou o ICMS com base no regime normal, não as contemplando com o aludido Termo.

Assim, explica que os valores dos estornos, com a paridade exigida da carga tributária, se encontram nos demonstrativos e documentos carreados ao feito pela Autuada, com base nos quais renova, mais uma vez, se não decretada a nulidade desejada, os pedidos de revisão geral, visando a dedução dos valores apontados, sob pena de futura nulidade de todo o PAF, por insegurança na determinação da infração e dos valores e cerceamento do direito de defesa.

Atentando para o item 08, do Recurso Voluntário, que expressamente solicitou o reexame de toda a matéria e manifestações da Autuada, renova que apresentou demonstrativos, DMA’S e LRAICMS, esclarecendo e identificando todos os estornos voluntariamente realizados, relativos ao Termo de Acordo (e paridade da carga tributária) e aos produtos “arroz e feijão”, apontando débitos em alguns meses e créditos em outros (ex: novembro de 2009). Tais elementos se contrapõem ao lançamento, e à diligência ora impugnada, e até o momento não foram devidamente analisados pelo Julgador.

Por fim, pede pelo provimento do presente recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade dos itens 01 e 02 do PAF, por insegurança na caracterização das infrações e cerceamento do direito de defesa, ou a decadência, ou prescrição, sobre os fatos geradores ocorridos até setembro de 2008, ou, no mérito, a improcedência dos itens contestados, ou ao menos a dedução das importâncias referidas no item acima, conforme demonstrativos apresentados na defesa. Se mantido algum valor correspondente à diligência em comento, que por absurdo sejam aqueles em cujos meses as diferenças são menores que aquelas anteriormente apontadas pela própria fiscalização.

Em Parecer (fl. 7635), a PGE/PROFIS entendeu pela necessidade da remessa dos autos à ASTEC para verificação das seguintes questões: inclusão, na infração 01, de “produtores rurais, ambulante e pessoas físicas inscritas”; valores onerados na última diligência (infração 02), em confronto com a diligência realizada em novembro/2011; inobservância da paridade da carga tributária, conforme

Termo de Acordo Atacadista; necessidade de exclusão das mercadorias de óleo de soja, vinagre, margarina e leite em pó, posto que, o contribuinte lançou e pagou ICMS com base no regime normal; necessidade de verificação dos estornos voluntariamente realizados relativos ao Termo de Acordo e os produtos arroz e feijão, conforme DMA's e LRAICMS.

Com base em tal solicitação, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência à ASTEC para proceder com a revisão suscitada pela PGE/PROFIS (fl. 7639).

O contribuinte se manifesta (fl. 7644).

Em trabalho realizado, a ASTEC se pronunciou (fls. 7647/7651), afirmando o que segue:

Quanto ao primeiro pedido, afirma o diligente que o Auditor Fiscal Erivelto Antônio Lopes com base nas informações contidas no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, para os destinatários com CNPJ, efetuou a exclusão nos levantamentos fiscais da cobrança do ICMS, referente aos destinatários inscritos como contribuintes, permanecendo apenas aqueles comprovadamente não inscritos, ou inscritos como não contribuintes. Elaborou demonstrativo fls. 4421/4624 e anexou “Extrato da Situação Cadastral” dos destinatários que foram mantidos no Levantamento Fiscal, fls. 4625/5800.

Quanto à infração 2, afirma que foi efetuado o confronto entre a última diligência e os demonstrativos anexados pelos autuantes às fls. 4393/4404; que o autuado elaborou demonstrativo considerando os estornos voluntariamente realizados, conforme LRAICMS às fls. 734/1599 e relativos ao Termo de Acordo dos produtos “arroz” e “feijão”, conforme DMA'S e LRAICMS, os quais foram conferidos pelo diligente e anexados ao PAF às fls. 7657/7704 (impresso), alterando os valores encontrados pelos autuantes nos demonstrativos de fls. 4393/4404 e seus anexos; conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, gravado em CD à fl. 7656 e impresso os totais mensais às fls. 7652/7655, o mesmo já excluiu das mercadorias “óleo de soja”, “vinagre”, “margarina” e “leite em pó”, posto que o contribuinte lançou e pagou o ICMS com base no Regime Normal. Também efetuou a paridade da carga tributária, conforme Termo de Acordo Atacadista.

Conclui que nenhuma alteração foi efetuada na presente diligência, mantendo os demonstrativos elaborados pelos autuantes, apresentando tabela com os valores resumidos das infrações 01 (R\$118.539,41) e 02 (R\$166.449,98).

Em manifestação (fls. 7709/7710), o contribuinte observa, em relação à Infração 01, que o demonstrativo de fls. 7.650 e 7.651 (que inclusive apresenta valores maiores que os autuados, em fevereiro/06, janeiro/07 e julho/08), colide com o demonstrativo de fls. 4.419, e com o próprio Acórdão recorrido, que fixou a condenação em R\$ 69.859,76.

Aponta que o diligente entendeu a solicitação da diligência de forma equivocada, pois a CJF, em verdade, atendendo apelo da Autuada, solicitou a “inclusão de produtores rurais, ambulantes e pessoas físicas inscritas”, mas para fins de DEDUÇÃO dos valores cobrados, ou seja, inclusão como vendas suscetíveis à redução de base de cálculo, já que as aquisições foram feitas com intuito comercial.

Ademais, conforme anexos Parecer PGE (que atualmente se encontra em diligência para homologação) e Acórdão CJF nº 0295-11/12, os contribuintes inscritos como “especiais” devem compor a base de redução prevista no Decreto nº 7799/00 (art. 11 do Decreto nº 10.156/06), bem como “o valor global de operações de saídas não possui a barreira conceitual de contribuintes inscritos no CAD-ICMS, sendo esta condição somente balizadora das operações objeto de benefício”. Assim, sendo sequer o valor julgado pela JJF deve ser mantido. Item IMPROCEDENTE.

No que tange à Infração 02, a ASTEC aponta valor residual de R\$166.449,98, não levando em consideração que a autuação implicou em um refazimento total da apuração, provando que a Autuada estornou valores bem superiores aos devidos, importância não mais suscetíveis a restituição e que devem servir para dedução no presente PAF. Os saldos em favor da Autuada,

surgidos a partir de janeiro/06, deveriam ser transportados, implicando na inexistência de qualquer importância a ser exigida. Item IMPROCEDENTE.

Ante o exposto, em decorrência da “prova técnica” produzida durante a instrução do PAF, ratifica os pedidos de Provisão do Recurso Voluntário e da IMPROCEDÊNCIA total do lançamento.

Em informação fiscal prestada (fls. 7735/7739), quanto à infração 01, o autuante afirma que concorda com os valores da diligência de fls. 4415/5802 e, quanto à infração 02, diz que concorda com os valores apresentados na diligência prestada às fls. 7390/7619.

Em sessão de julgamento realizada em 24/04/2019 o patrono do autuado reconheceu que os valores mensais apurados nos demonstrativos de fls. 7657/7704 foram transferidos com valores invertidos pelo diligente para o demonstrativo de débito apresentado às fls. 7650/7651.

Assim, o processo foi novamente convertido em diligência para a ASTEC, determinando que o contribuinte apresentasse demonstrativo analítico relativo aos estornos que foram feitos pela empresa que resultaram nos valores indicados nos demonstrativos sintéticos (fls. 7657/7704); confrontasse os demonstrativos da empresa com os refeitos pela fiscalização (fls. 4415/5802) e refizesse o demonstrativo de débito. Ao final, a ASTEC deveria intimar as partes para se manifestarem e encaminhar o processo para a PGE.

Em resposta (fls. 7749/7800), a ASTEC concluiu que a empresa se encontra inapta desde 2015, sendo feita a intimação através do contador da empresa para apresentar demonstrativo analítico relativo aos estornos que foram feitos pela empresa que resultaram nos valores indicados nos demonstrativos sintéticos de fls. 7657/7704.

Informa que foram confrontados os demonstrativos da empresa com os refeitos pela fiscalização (fls. 4415/5802) e foi refeito o demonstrativo de débito de fls. 7650/7651, resultando em um novo demonstrativo, conforme fls. 7753/7800, considerando as informações contidas nos relatórios de entrada e saída, por CFOP, alíquotas e relatórios das notas fiscais com redução da base de cálculo e planilhas de estorno de créditos, apresentados pelo autuado, conforme fls. 7803/8055.

Em manifestação (fls. 8060/8063), o recorrente questiona o trabalho realizado, afirmando que as quantias mensais favoráveis ao contribuinte, levantadas a partir de fevereiro de 2006 deveriam ser transportadas para os períodos seguintes. Tais quantias totalizam R\$177.361,85, o que significa dizer que a infração 02, no máximo, se suplanta as demais razões defensivas, em atenção ainda à prova pericial produzida pelo próprio Estado, haveria de ser reduzido para R\$224.313,77.

Colaciona decisões análogas deste CONSEF e requer a improcedência da infração ou procedência parcial no valor acima mencionado. Ademais, requer o afastamento da decadência do direito de repetição de indébito, sendo expressamente autorizado o pedido de restituição, em espécie, já que o estabelecimento não mais opera, ou mesmo, visando futura dedução do próprio lançamento mediante certificado de crédito.

O autuante se manifesta (fls. 8069/8070), salientando que o transporte entre os períodos de apuração não cabe ao autuante, a quem tem, somente, a função de homologar o lançamento efetuado pelo contribuinte, considerando a natureza jurídica do imposto, conforme dispõe o CTN. Apurada a diferença, cabe à autoridade fiscal efetuar o lançamento respectivo com a imposição dos acréscimos legais, providências adotadas no PAF.

Quanto à natureza dos julgados, diz tratar-se de situações onde o crédito já se encontrava devidamente escriturado, havendo mero erro de contabilização.

Encaminhado à PGE/PROFIS para manifestação, o procurador José Augusto Martins Júnior opina pela anuência em todos os termos da diligência realizada, com a formatação de novos demonstrativos com os valores estornados pelo autuado, considerando os Relatórios de entradas e saídas (CFOP) e relatórios de saídas com redução de base de cálculo, apresentados pelo autuado às fls. 7803/8055.

Quanto à discussão sobre a possível decadência de suposto direito de repetição de indébito do autuado, a seara para tal discussão é no pedido de repetição de indébito preconizado no art. 73 do RPAF/99.

## VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 03 (três) infrações, sendo objeto de análise tão somente as infrações 01 e 02, já que a infração 03 foi reconhecida pela recorrente, conforme comprova os extratos do SIDAT da SEFAZ às fls. 5.841 a 5.845.

Inicialmente, nos cabe analisar as nulidades aventadas pelo contribuinte em sua peça recursal.

A recorrente requer a nulidade do Auto de Infração, alegando que o autuante se recusou a proceder em conformidade com a solicitação da Junta de Julgamento Fiscal em diligência solicitada, entendendo que houve grave prejuízo à defesa o julgamento da Junta com a manutenção das vendas para CPF, indevidamente computadas, como para não contribuintes.

Convém informar que este processo administrativo fiscal, já em sede de segundo grau, passou por inúmeras diligências, tanto aos autuantes quanto para a Assessoria Técnica (ASTEC) sendo objeto de análise, inclusive, a demanda ora questionada pela recorrente.

Importante salientar que todos os argumentos trazidos pelo recorrente em suas manifestações foram objeto de análise pelos autuantes, inclusive os trabalhos realizados pela ASTEC, razão pela qual não se sustenta a alegação de nulidade do presente Auto de Infração por cerceamento de defesa.

Alega, também, como preliminar, só que dessa vez de mérito, a decadência, reproduzindo que a Junta de Julgamento Fiscal se manifestou afirmando que somente em 2013 “... *foi dada ciência ao autuado de todos os fatos novos e novos documentos anexados ao processo conforme recibo de fls. 5.803 a 5.826*”.

Compulsando o acórdão e o processo, equivoca-se o contribuinte com tal assertiva. Os novos demonstrativos e documentos apresentados pelo autuante e reproduzidos pela Junta em seu relatório, dizem respeito à revisão fiscal realizada em sede diligencial, relacionando as pessoas jurídicas inscritas no cadastro especial, não excluídos da possibilidade de redução da base de cálculo, bem como os contribuintes de fato (com CNPJ), que adquiriram mercadorias, como se percebe através das notas fiscais, para revenda, motivando, inclusive, a redução da infração 01.

Observa-se dos dizeres do autuante que: “*no novo demonstrativo elaborado após a diligência fls. 4.422 a 4.624, constam apenas aqueles destinatários comprovadamente não inscritos, ou inscritos como não contribuintes*”.

Assim, descabida a alegação de decadência/prescrição, já que não foram apresentados fatos novos, mas sim elementos para explicar a diligência realizada.

Ultrapassadas as nulidades, passemos à análise do Recurso de Ofício, resultado das reduções ocorridas nas infrações 01 e 02. Vejamos.

As infrações objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário são elas:

1. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$128.640,55, em razão indevida do benefício da redução da base de cálculo, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, contrariando as disposições contidas no Decreto nº 7.799/00, conforme demonstrativos e documentos às fls.18 a 21.

Em complemento consta: Refere-se às saídas para não contribuintes do ICMS com aplicação indevida da redução da base de cálculo do ICMS prevista no artigo 1 do Decreto nº 7.799/00. Foi confeccionado demonstrativo que apura, por nota fiscal e item de mercadoria, subtotalizado por mês, a diferença de ICMS devida, a qual compõe o anexo intitulado (Aplicação Indevida do Termo

de Acordo de Atacadista – Decreto nº 7.799/00 – Notas Fiscais de Saída), para os exercícios de 2006 a 2009.

2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.175.129,49, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls. 22 a 24. Em complemento consta: Referente ao crédito de ICMS não estornado das aquisições de mercadorias alcançadas nas saídas subsequentes pela redução de base de cálculo prevista no Artigo 78-A do Decreto nº 6.284/97 (Arroz e Feijão).

Anexo ao processo, consta a apuração dos estornos de crédito efetuados pelo contribuinte, onde se constata a não realização dos estornos ora exigidos. Foi confeccionado demonstrativo que apura, por nota fiscal e item de mercadorias, subtotalizado por mês, a diferença de ICMS devida, o qual compõe anexo intitulado (Créditos Indevidos Compra para Comercialização Arroz e Feijão – Apuração dos Estornos de Créditos), para os exercícios de 2006 a 2009.

Quanto à infração 01, as reduções realizadas na primeira instância são reflexos do acatamento, tanto pelas autoridades fiscalizadoras quanto pelos julgadores de piso, de parte das razões de defesa suscitadas pelo contribuinte, ora recorrente.

Nesta infração, reconheceu-se: *a exclusão dos destinatários que são contribuintes (inclusive os produtores rurais e ambulantes), sendo mantidos no novo levantamento os contribuintes não inscritos no CAD-ICMS.*

Deste modo, com base na documentação e alegações apresentadas, o débito da infração 01 foi acertadamente reduzido para o valor de R\$69.859,76, conforme demonstrativo às fls. 4.421 a 4.624.

Já na infração 02, os autuantes informam que procederam com a apuração dos estornos mensais dos créditos correspondentes às entradas das mercadorias arroz e feijão, detalhando as operações, apresentando os respectivos anexos (2006-E1, 2007-E1, 2008-E1, 2009-E1 / 2006-S1, 2007-S1, 2008-S1 e 2009-S1) onde, segundo os autuantes, foi considerado o previsto no art. 100, §2º, inciso II do Decreto nº 6284/97, tendo em vista que contribuinte adquiriu mercadorias arroz e feijão de estados de alíquotas diferentes (7 % e 12%), tendo utilizados o critério de alíquota média.

(Citar) a redução de 30% na base de cálculo para bebidas, correspondente à aplicação do disposto no artigo 87, inciso XXVII do RICMS/97, créditos esses, apurados nos termos dos demonstrativos 2006-S1 a 2009-S1.

Considerando as saídas interestaduais, observou a fiscalização que para quantificação dos valores a serem estornados, foi utilizado o critério do preço médio x quantidade de saídas interestaduais (tributadas), o que resultou na redução da infração para o valor de R\$1.080.044,86, conforme demonstrativos de fls. 4393/4394.

Observo que a redução realizada em primeiro grau é pertinente, em que pese ainda haja considerações que serão objeto do Recurso Voluntário, tendo em vista que a adequação praticada pelas autoridades fiscais encontra respaldo na legislação estadual vigente à época dos fatos (art. 100, §2º, inciso II do Decreto nº 6284/97).

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

O Recurso Voluntário diz respeito às questões remanescentes deste Auto de Infração, tendo o recorrente salientado as razões de defesa, devidamente repisadas no relatório acima.

Em relação à infração 01, a recorrente segue alegando que remanescem na autuação “produtores rurais”, “ambulantes” e “pessoas físicas inscritas”, tendo apresentado robusta amostragem de notas fiscais, provas estas que não foram examinadas. A questão foi pontuada pela procuradoria em parecer exarado à fl. 7635, motivando a realização de diligência junto à ASTEC para que fosse

verificada a alegação do contribuinte de que havia no demonstrativo da infração tais classes de contribuintes.

Em resposta (fl. 7648), a ASTEC foi taxativa ao informar que nos demonstrativos apresentados pelo autuante às fls. 4421/4624 permanecem tão somente destinatários comprovadamente não inscritos ou inscritos como não contribuintes, afirmando que a diligência já foi cumprida, uma vez que foram excluídos os destinatários inscritos como contribuintes.

O art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece como requisito para sua aplicação que as operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) **sob os específicos códigos de atividades listadas no Anexo Único que integra o citado Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.**

Todavia, os parágrafos 3º e 4º do mesmo dispositivo flexibilizam tal aplicação para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, desde que as operações internas sejam realizadas por estabelecimentos específicos, constantes no Anexo Único.

Tendo em vista que a autuação se deu em 2010, relativa a períodos compreendidos entre 2006 a 2009, cabe analisar a redação do §3º, acrescentada pelo art. 1º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, com efeitos de 01/08/06 a 31/10/11, o qual determinada que:

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

*§ 4º O valor das vendas de que trata o parágrafo anterior deverá ser somado ao das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no caput deste artigo.*

Segundo consta no Anexo Único, as atividades relacionadas no parágrafo 3º são:

13	Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria
14	Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria
14 A	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas
14 B	Comércio atacadista de material elétrico
14 C	Comércio atacadista de materiais de construção em geral

Assim, analisando a situação cadastral da empresa, observo suas atividades econômicas não estão abarcadas pela extensão da norma, conforme se observa da situação cadastral apresentada.

O recorrente anexou às fls. 7717/7730 um parecer da PGE/PROFIS da lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, o qual reconhece a aplicação do benefício em questão às vendas realizadas para não contribuintes do ICMS inscritos no CAD ICMS desde que abarcados nos códigos de atividades listados na norma, o que não ocorre no presente caso.

Ademais, a decisão acostada também pelo recorrente do Acórdão nº 0295-11/12 diz respeito a uma empresa de comércio de papéis LTDA, a qual está abarcada pela atividade de código 13.

Enfim, as provas apresentadas pela recorrente reforçam ainda mais o acerto da decisão de piso, razão pela qual a infração 01 deve ser parcialmente mantida no valor de R\$69.859,76, nos moldes do demonstrativo de fl. 4.419.

Quanto à infração 02, o seu julgamento requer, ao mesmo, tempo, uma explicação, mesmo que objetiva, de todo o iter percorrido para o deslinde de sua apuração.

A irresignação da recorrente se dá, em sede recursal, pela descon sideração das vendas tributadas de arroz e feijão pela fiscalização de todas as notas fiscais de 2006 e 2007 e parte das notas fiscais de 2008 e 2009, o que motivou a realização da diligência de fls. 7385/7386 para que o autuante apurasse o percentual de venda de feijão e arroz para dentro e fora do Estado.

Em resposta (fls. 7390/7394) a revisão fiscal indicou percentuais de estornos de arroz (9,90%) e

feijão (35,25%) a exemplo do mês 01/2006, tomando por base o valor original de R\$10.753,60, o que resultou em valor devido de R\$9.688,79, conforme demonstrativo analítico das saídas mensais isenta de arroz (fls. 7395/7396) e feijão (fls. 7421/7422) que dão suporte aos demonstrativos sintéticos (fl. 7391), ocasionando na redução da infração para R\$1.040.593,67.

Em manifestação realizada às fls. 7626/7630, o sujeito passivo alegou que não foram analisados que: em vários meses foram onerados os valores originais mensais que deveriam limitar-se aos originais; os demonstrativos apresentados em meio físico e magnético e notas fiscais que comprovam que as vendas tributadas de arroz e feijão são suscetíveis a estorno e que deveriam ser observados os estornos realizados, conforme lançamentos totais em suas DMA's e LRAICMS (fl. 7391), inclusive compatibilizar a carga tributária das mercadorias óleo de soja, vinagre, margarina, leite em pó, tendo lançado e pago o ICMS em regime normal de tributação.

Diante das alegações, esta 1ª CJF decidiu mais uma vez converter o feito em diligência à ASTEC, tendo em vista a revisão suscitada pela PGE/PROFIS (fl. 7639) para apurar as questões trazidas pela recorrente.

Em resposta (fls. 7647/7651), a ASTEC informou que realizou o confronto dos demonstrativos do autuante (fls. 4393/4404) com os do autuado, considerando os estornos realizados e escriturados no LRAICMS (fls. 734/1599) e relativos aos produtos arroz e feijão (conforme documentos fiscais de fls. 7657/7704 – CD fl. 7656), alterando o valor da infração para R\$166.449,98.

Em manifestação (fls. 7709/7710), a recorrente alegou que o valor residual não levou em consideração o refazimento da apuração, provando que a autuada estornou valores bem superiores aos devidos, importâncias não mais suscetíveis a restituição e que devem servir para dedução no presente PAF.

Os autuantes se manifestaram, ratificando a concordância com os valores da revisão de R\$1.040.593,67. Ademais, em sessão de julgamento realizada em 24/04/2019 o patrono da empresa reconheceu que o valor de R\$166.449,98 se tratava de um equívoco da ASTEC tendo em vista que os valores apurados favoráveis à empresa foram transportados como favoráveis ao Estado, ou seja, foram invertidos.

Assim, considerando a necessidade de averiguação mais minudente, esta 1ª CJF, em busca da verdade material, converteu o feito em diligência à ASTEC para confrontar os demonstrativos da empresa com os refeitos pela fiscalização (fls. 4415/5802), refazer o demonstrativo de débito de fls. 7650/7651, bem como intimar o contribuinte para apresentar demonstrativo analítico relatório aos estornos feitos pela empresa que resultaram nos valores indicados nos demonstrativos sintéticos de fls. 7657/7704.

Em resposta (fls. 7749/7751), a ASTEC confrontou os demonstrativos refeitos pela fiscalização e refez o demonstrativo de débito, o que resultou em um novo demonstrativo, conforme fls. 7753/7800, considerando as informações contidas nos relatórios de entradas e saídas, por CFOP, alíquotas e relatórios das notas fiscais com redução da base de cálculo e planilhas de estornos de créditos, apresentados pelo autuado, conforme fls. 7803/8055, resultando no valor da infração 02 de R\$401.675,62.

O contribuinte se manifestou alegando a existência de estornos em valores superiores aos devidos, importâncias que devem servir de dedução no presente auto de infração. E que tais estornos representam pagamentos realizados indevidamente, motivo pelo qual pugnou pela improcedência ou procedência parcial no valor de R\$224.313,77, sendo afastada a decadência de repetição do indébito, já que o a questão está sendo objeto de discussão administrativa.

O autuante se manifestou às fls. 8069/8070, afirmando que descabe a alegação da recorrente, uma vez que a constatação de existência de eventuais créditos fiscais não utilizados pelo contribuinte, apurados fortuitamente na fiscalização e apontados pelo autuante, possuem caráter meramente

informativo no caso concreto, cabendo ao mesmo proceder com a regularização nos termos da legislação.

A PGE se manifestou à fl. 8075 pela concordância com os valores apresentados nas fls. 7803/8055 e, quanto à decadência do suposto direito de repetição, este não era o âmbito para discussão, mas sim no pedido de restituição de indébito, conforme determina o art. 73 do RPAF.

Depois de todo o trabalho de apuração despendido neste processo, após incansáveis diligências, manifestações e avaliações dos documentos fiscais da recorrente e dos trabalhos da fiscalização, seguidos das alegações de defesa e trabalhos revisionais realizados, chega-se à conclusão de que a última diligência realizada, na qual a Assessoria Técnica confrontou os demonstrativos refeitos pela fiscalização e refez o demonstrativo de débito, considerando as informações contidas nos relatórios de entradas e saídas, por CFOP, alíquotas e relatórios das notas fiscais com redução da base de cálculo e planilhas de estornos de créditos, apresentados pelo autuado, conforme fls. 7753/7800, espelha a verdade material dos fatos, sendo a infração 02 parcialmente mantida no valor de R\$401.675,62.

Quanto aos pedidos de compensação e suspensão da decadência da possibilidade de pedido de restituição, a matéria não se encontra na competência de análise deste CONSEF.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo a infração 01 nos moldes da decisão de piso e a infração 02 no valor de R\$401.675,62, consoante demonstrativo à fl. 7751.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278987.0102/10-6**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$475.535,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS