

A. I. Nº - 206881.0003/10-4
AUTUADO - UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA
AUTUANTES - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 16/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. a.1) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQÜENTES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. VALOR PROPORCIONAL. a.2) PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE COM RESPECTIVAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, NO VALOR PROPORCIONAL. b) UTILIZAÇÃO EM DUPLICIDADE. Infrações caracterizadas. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. a) VENDAS A CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA. b) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, COM INSCRIÇÃO ESTADUAL NA CONDIÇÃO DE “ISENTOS” E DE “ESPECIAL”. Infrações caracterizadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multas de 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$887.531,30, acrescido da multa no percentual de 60%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$2.633,84, pelas infrações descritas a seguir:

Infração 01. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional à redução. Consta, na descrição dos fatos, que houve falta de estorno de crédito

fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, referente a Termo de Acordo de Atacadistas. Exercício de 2005 – meses de agosto a dezembro; exercício de 2006 – meses de janeiro a novembro; exercício de 2007 – mês de maio. Demonstrativos às fls. 43 a 67, com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 49, 56 e 67. Cópias do livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 68 a 142. ICMS no valor de R\$785.135,90.

Infração 02. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às prestações de serviços, relativas às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional à redução. Consta, na descrição dos fatos, que houve falta de estorno de crédito fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, referente a Termo de Acordo de Atacadistas, nas prestações de serviços de transporte. Exercício de 2005 – meses de agosto a dezembro; exercício de 2006 – meses de janeiro a julho, e de setembro a dezembro; exercício de 2007 – meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro. Demonstrativo às fls. 144 a 179, com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 179. ICMS no valor de R\$91.900,46.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que houve vendas de mercadorias para contribuintes com inscrição estadual cancelada, com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000. Exercício de 2005 – meses de setembro e dezembro; exercício de 2006 – meses de julho a setembro. Demonstrativos às fls. 181 a 187 com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 183 e 187. Espelhos de dados cadastrais de contribuintes emitidos pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ às fls. 188 a 200. ICMS no valor de R\$5.339,23.

Infração 04. Falta de retenção do ICMS, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de vendas de mercadorias para contribuintes com inscrição estadual cancelada. Exercício de 2005 – meses de setembro e dezembro; exercício de 2006 – meses de julho a setembro. Demonstrativos às fls. 202 a 218 com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 204 e 208. ICMS no valor de R\$1.944,84.

Infração 05. Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que houve vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS, com inscrição estadual na condição de “isentos” e de “especial”, com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000. Exercício de 2005 – meses de setembro a novembro; exercício de 2006 – meses de março e agosto. Demonstrativos às fls. 210 a 218 com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 213 e 218. Espelhos de dados cadastrais de contribuintes emitidos pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ às fls. 219 a 224. ICMS no valor de R\$2.459,37.

Infração 06. Falta de registro de entradas de mercadorias sujeitas à tributação. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de notas fiscais oriundas do sistema de Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT. Exercício de 2005 – meses de março a setembro, novembro e dezembro. Demonstrativos às fls. 226 e 227 com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 227. Vias de notas fiscais às fls. 228 a 251. Multa no percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, no montante de R\$2.594,87.

Infração 07. Falta de registro de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de notas fiscais oriundas do sistema de Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT. Exercício de 2005 – meses de maio e novembro. Demonstrativos às fls. 226 e 227 com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 227. Vias de

notas fiscais às fls. 228 a 251. Multa no percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, no montante de R\$38,97.

Infração 08. Falta de recolhimento de imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Exercício de 2006 – meses de janeiro, março a maio, julho, agosto e outubro. Demonstrativos às fls. 253 a 257 com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 254 e 257. ICMS no valor de R\$644,25.

Infração 09. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Exercício de 2005 – mês de outubro. Demonstrativo e respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fls. 259. Cópia do livro Registro de Entradas às fls. 260 a 280. ICMS no valor de R\$107,25.

A autuante acosta, às fls. 11 e 12, Termos de Intimação ao contribuinte, para apresentação de livros e documentos fiscais, e para apresentação de informações em meio magnético; às fls. 283 a 286-A, recibos de entrega de arquivos em mídia ao contribuinte, relativos aos demonstrativos e arquivos eletrônicos utilizados no levantamento fiscal; às fls. 287 a 300, Relação dos arquivos eletrônicos SINTEGRA do sujeito passivo, recepcionados nesta SEFAZ; às fls. 301 a 305, Relação de DAES pagos pelo contribuinte, emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ; às fls. 305 e 307, espelhos de dados cadastrais do contribuinte nesta SEFAZ e no Ministério da Fazenda.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração e Substabelecimentos às fls. 371 a 375, ingressou com impugnação parcial ao lançamento fiscal às fls. 337 a 370 aduzindo ser pessoa jurídica de direito privado que dedica-se à fabricação de bens de consumo, e atividades comerciais em todo território nacional, sujeitando-se à incidência do ICMS. Que, mesmo diante da lisura e legalidade de suas operações fiscais, foi surpreendida com o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/06/2010, e do qual foi cientificado em 16/07/2010. Cópia as imputações e os dispositivos normativos indicados nas mesmas.

Diz que o Auto de Infração seria nulo por inobservância da legislação aplicável, nos itens 01 a 09, e também seria totalmente improcedente. Cópia citação de jurista, o artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e discorre cerca dos elementos estruturais do lançamento tributário.

Aduz que o Auto de Infração seria inválido por vício material existente em seu conteúdo. Que na lavratura do Auto de Infração não teriam sido observados os pressupostos legais estabelecidos no artigo 39 do RPAF/99, este em consonância com os princípios constitucionais descritos no artigo 37 da Constituição da República. Alega que a indicação de dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal e tidos como infringidos, exigidos pelo artigo 39 do RPAF/99, que cópia, devem guardar vinculação direta, de forma a descrever claramente o fato gerador do crédito tributário em consonância com a legislação pertinente, para que o contribuinte não tenha dúvida sobre a motivação e a legalidade do lançamento do crédito tributário a ser por ele suportado. Que esta situação não se teria verificado no presente Auto de Infração porque a Fiscalização teria fundamentado a exigência fiscal indicando dispositivos genéricos, o que teria impossibilitado a vinculação direta com cada infração atribuída, e a perfeita identificação, por ele defendente, de quais seriam os elementos que sustentam a exigência.

Requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Passa a falar sobre o ônus da prova. Diz que estaria ocorrendo inversão deste ônus, por falta de motivação das acusações 01 a 09. Discorre sobre a necessidade de prova das imputações. Diz que o Auto de Infração decorre de nove acusações, muitas delas não podendo decorrer de mera presunção da Fiscalização, e que devem estar cabalmente comprovadas para que se impute alguma exigência a ele, contribuinte. Que os demonstrativos fiscais nada provam. Que a

autoridade fiscal deveria identificar a infração antes de formalizar a exigência. Que não praticou as infrações imputadas.

Aduz que o Fisco deveria “ter comprovado cabalmente, por exemplo, que as operações autuadas decorrem de vendas a contribuintes com inscrição estadual canceladas (infrações 3 e 4), não contribuintes (infração 5), ou mesmo que a Defendente deixou de escriturar notas fiscais (infrações 6 e 7), ou ainda que algumas das mercadorias adquiridas destinavam-se ao uso e consumo do estabelecimento autuado (infração 8) e por fim, que houve o registro de documentos fiscais em duplicidade (infração 09).” Transcreve textos de juristas.

Pede pelo cancelamento do Auto de Infração, alegando que este estaria embasado em um levantamento fiscal cujos resultados não seriam suficientes para comprovar a materialidade das acusações fiscais.

Pede pela declaração de improcedência do Auto de Infração alegando ser impossível a restrição do direito ao crédito do imposto, citando as Infrações 01 e 02.

Aduz que diante da ausência de maiores comprovações e documentos, não seria possível afirmar com segurança a vinculação entre as entradas e as saídas tal qual sustenta o Fisco, o que demonstraria a fragilidade das acusações e a nulidade a que se refere ele, autuado, além disso o direito ao seu crédito fiscal não poderia ser restringido, sob pena de ofensa ao princípio “da não cumulatividade, que permite ao contribuinte manter e aproveitar todo e qualquer crédito do ICMS, tal como concebido na Constituição Federal.” Copia os artigos 150, inciso IV, e 155, inciso II, §2º, ambos da Constituição da República. Diz que a “A CF/88 esgotou a equação da não-cumulatividade, não havendo espaço para reduções operadas pela legislação infraconstitucional, como pretende a d. autoridade autuante.” Cita textos de juristas. Discorre sobre a garantia constitucional ao direito de crédito fiscal.

Diz que “todo e qualquer tipo de bem ingressado no estabelecimento do contribuinte, sem exceção, gera direito ao aproveitamento do crédito do ICMS destacado no respectivo documento fiscal, sendo que este “quantum” será abatido do ICMS gerado pelo citado contribuinte, quanto as operações que praticar posteriormente. De outra mão, deve restar claro que o atual texto Constitucional, quanto ao princípio da não cumulatividade, valeu-se do conceito do “crédito financeiro”, em substituição ao conceito do crédito físico, decorrente da interpretação sistematizada do texto constitucional anterior. Com efeito, pelo atual texto constitucional, o direito à manutenção e utilização do crédito do ICMS decorre do simples fato da entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, desde que suas operações subsequentes tenham tributação pelo ICMS, ou seja, o crédito do ICMS não está vinculado à redução de base de cálculo, como quer fazer entender a d. autoridade autuante, mas sim à tributação das operações, e a tributação é normal.”

Prossegue discorrendo sobre o conceito de “crédito financeiro”, e sobre o Imposto sobre o Valor Acrescentado/Acrescido/Adicionado - IVA adotado inclusive na Comunidade Econômica Européia. Copia textos de juristas.

Diz que o Auto de Infração deveria ser cancelado, “sob pena de violação frontal ao princípio da não cumulatividade constitucionalmente garantido, para que nada se exija da Defendente a título de imposto, multa e juros.”

Assevera existir a possibilidade de análise da matéria de cunho constitucional em sede administrativa. Que “Em virtude do quanto sustentado no item acima, nem se alegue que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual (art. 167 do RPAF/BA).” Discorre sobre este tema, transcrevendo textos de juristas.

Cita as Infrações 03 e 04. Alega que não existiriam indícios de irregularidade das inscrições estaduais das empresas indicadas nos Anexos III a IV-A do Auto de Infração, à época das operações objeto da autuação. Copia trechos das imputações.

Diz que ele, autuado, à época das operações autuadas, não poderia ter conhecimento de indícios de eventual irregularidade envolvendo algumas das empresas relacionadas nos demonstrativos III a IV-A anexos a peça acusatória, e que o Fisco teria deixado de proceder às eventuais diligências que, se tomadas originalmente, não resultariam em situações como a abordada no presente processo. Que, exemplificativamente, mediante a análise dos anexos III e IV do Auto de Infração, verificar-se-ia que parte das exigências contidas nas infrações 03 e 04 relacionam-se com operações realizadas, em 24/09/2005, com empresa inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 58.35.560 (empresa Bianor Almeida Barreto ME). Copia tela do site de “Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia”, com data de consulta indicada de 12/08/2010, campo “Observação” com a informação “Os dados acima são baseados em informações existentes na base de dados da Sefaz-Bahia e demonstra a situação cadastral do contribuinte nesta data.”, campo “Situação Cadastral Atual” indicando contribuinte “não habilitado”, e campo “Data desta Situação Cadastral” indicando a data de 15/12/2005.

Alega que à época das operações objeto de autuação, 24/09/2005, o contribuinte inscrito sob o nº. 58.35.560, não encontrava-se em situação de irregularidade, inaptidão ou cancelamento de inscrição, sendo que tal situação ter-se-ia verificado quase 3 meses após as operações, ou seja, em 15/12/2005. Diz que “Diante da patente improcedência da autuação no que se refere às operações indicadas, por óbvio, não há que se descartar que a mesma situação se verificou com as demais operações indicadas nos anexos III a IV-A do Auto de Infração, o que aponta para cabal improcedência da peça acusatória com relação às infrações 03 e 04. Ademais, deve-se ter em mente que a declaração de irregularidade, inaptidão ou cancelamento de inscrição de determinada empresa, devido às imagináveis consequências que isso gera aos contribuintes que porventura tenham operado com a empresa supostamente irregular, deve ser cercada de cautelas e procedimentos administrativos específicos impostos pela legislação aplicável.”

Repete que, à época das operações autuadas, inexistiria a declaração de irregularidade, inaptidão ou cancelamento em relação à empresa inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia sob o nº 58.35.560, e as demais indicadas nos anexos III a IV-A, as quais, ao contrário, teriam a aparência de formalmente preencherem os pressupostos para o regular desenvolvimento de suas atividades. Que quando ele, autuado, tomou ciência da suposta irregularidade de referidas empresas, o que relata que se deu através do Auto de Infração ora impugnado, os atos anteriormente praticados entre essas empresas e ele, sujeito passivo, já se teriam configurado como atos jurídicos perfeitos, razão pela qual diz que não poderiam ser atingidos. Que praticou operações idôneas com tais empresas. Transcreve o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República. Cita jurista. Discorre acerca de direito adquirido e de ato jurídico perfeito. Diz que a retroatividade dos efeitos das declarações de irregularidade, inaptidão ou cancelamento de inscrição das empresas indicadas nos anexos III a IV-A do Auto de Infração, englobando assim as operações realizadas com as mesmas consigo, defendente, agrediria tal princípio. Diz que tal autuação também violaria o princípio da publicidade dos atos administrativos, na medida em que as declarações de irregularidade, inaptidão ou cancelamento de inscrição estadual ora contestadas, além de buscarem fatos pretéritos à sua própria decretação, também não teriam sido levadas ao conhecimento público, pelo Fisco estadual. Cita juristas e decisão de Tribunal Superior, e Tribunal Estadual de outra Unidade da Federação, acerca de vedação a crédito de ICMS e de IPI, e sobre produção de efeitos de atos declaratórios de inidoneidade.

Diz que, a par da improcedência das infrações em tela, a ausência de maiores comprovações, documentos e dos próprios processos administrativos tendentes a verificar e decretar as

irregularidades atribuídas aos contribuintes indicados nos anexos III e IV-A do Auto de Infração demonstrariam a fragilidade das acusações e a nulidade a que se refere na impugnação.

O contribuinte passa a falar acerca da Infração 08 descrevendo-a e expondo “que, por razões de conveniência interna, efetuou o pagamento integral do valores ali exigidos.” Pede que, diante da quitação deste débito lançado, nada mais seja exigido.

Conclui pedindo pela declaração de nulidade da autuação, pelo cancelamento do débito, e protestando pela posterior juntada de todo e qualquer documento necessário à comprovação da improcedência das acusações fiscais que lhe foram imputadas.

O contribuinte acosta, às fls. 394 a 401, cópias de documentos de Arrecadação Estadual - DAES relativos a pagamento de ICMS devido em razão de diferença de alíquotas, com data de recolhimento de 26/07/2010, sem dados de recolhimento de multa e sem indicação do número do Auto de Infração.

Às fls. 407 e 408, o contribuinte volta a pronunciar-se aduzindo que, embora não concordando com a autuação, teria promovido o pagamento do débito referente à Infração 08 e que, por problemas burocráticos, juntara cópias não autenticadas do pagamento realizado, mas que então juntava os DAES originais às fls. 409 a 416.

A autuante presta informação fiscal às fls. 420 a 430, inicialmente reproduzindo os termos das imputações e resumindo as alegações defensivas e em seguida expondo, quanto à alegação defensiva de nulidade, que os pressupostos previstos no RPAF/99 foram respeitados, em especial o quanto previsto no artigo 18 desse Regulamento. Aduz que o presente lançamento de ofício está fundamentado em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos que detalham as infrações cometidas com todos os elementos necessários para a sua caracterização, elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, tendo o contribuinte todas as condições de defender-se, se possuísse argumentos para tal, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

Prossegue aduzindo que a cobrança do imposto ocorreu em função de diversas infrações à legislação tributária estadual, tendo como respaldo legal o RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, bem como o Decreto nº 7.799/00, Termo de Acordo Atacadista, e que as multas por tais infrações encontram-se s no artigo 42, incisos VII, alíneas “a” e “b”, II alíneas “a”, “e” e “f”, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Relata que, para instruir o processo, foram anexados aos autos cópia dos termos lavrados, os demonstrativos elaborados que detalham as infrações cometidas, além dos livros e documentos fiscais comprobatórios dos fatos apurados, ou seja, os Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Estorno de Crédito a Menor – anexos I, I-A e I-B (fls. 42 a 67), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Estorno de Crédito nas Prestações de Serviço de Transporte – anexos II, II-A e II-B (fls. 143 a 179), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Cancelados – anexos III e III-A (fls. 180 a 187), Demonstrativos Auditoria da Substituição e Antecipação Tributária – Falta de Retenção Contribuintes Inaptos – anexos IV e IV-A (fls. 201 a 208), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para não Contribuintes – anexos V e V-A (fls. 209 a 218), Demonstrativos das Notas Fiscais de Entradas não Registradas e vias das respectivas Notas Fiscais – anexo VI (fls. 225 a 251), Demonstrativo do Cálculo da Diferença de Alíquota - DIFAL – Uso e Consumo – anexo VII (fls. 252 a 257), Demonstrativo do Crédito Indevido e fotocópias do Livro Registro de Entradas – anexo VIII (fls. 258 a 280), bem como fotocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 68 a 142) e dos livros Registro de Entrada (fls. 260 a 280), tendo sido fornecido cópias dos citados demonstrativos e planilhas em meio magnético (mídia CD-R) conforme declarado pelo autuado nos citados demonstrativos e nos Recibos de Arquivos Eletrônicos às fls. 283 a 286 tendo, portanto, o contribuinte, total condição de defender-se.

Expõe também que os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos livros e documentos fiscais do autuado, conforme se pode comprovar através das fotocópias dos Termos de Intimação e de Arrecadação que estão anexados às fls. 11 a 40.

A autuante passa a pronunciar-se quanto ao mérito das imputações.

Em relação às Infrações 01 e 02, aduz que o contribuinte, tendo firmado Termo de Acordo com a Fazenda Estadual para redução em 41,176% da base de cálculo nas saídas de mercadorias tributáveis à alíquota de 17%, infringiu o disposto no artigo 6º do Decreto nº 7.799/00, quando vendeu usando o benefício da redução da base de cálculo não tendo estornado o crédito fiscal do ICMS no valor correspondente à redução, nas operações com mercadorias, bem como nas prestações de serviço de transporte, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo. Que, para instruir o presente processo, foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, ou seja, os Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Estorno de Crédito a Menor – anexos I, I-A e I-B (fls. 43 a 67), Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Estorno de Crédito nas Prestações de Serviço de Transporte – anexos II, II-A e II-B (fls. 144 a 179), bem como as fotocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 68 a 142), tendo sido dado cópias, ao autuado, dos citados demonstrativos e dos arquivos eletrônicos correspondentes (fl. 283 a 286).

Aduz que, conforme preceitua o artigo 8º, inciso IV e parágrafo 1º, do RPAF/99, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, o que o sujeito passivo não fez por não possuí-los. Que, de acordo com o artigo 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal (artigo 143 do RPAF/99), faltando à mesma a prova material.

A autuante afirma que a SEFAZ não obriga o contribuinte a possuir Termo de Acordo, tendo sido uma opção do mesmo, acordado através do processo nº 248.877/2002-2. Que a concessão do benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte, que passou a ficar sujeito às condições gerais e específicas para esse uso. Que o artigo 6º do citado Decreto estabelece as condições específicas quanto à utilização do benefício, ou seja, da redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias, de forma que a carga tributária efetiva resulte em 10%, sendo que o contribuinte também se compromete a proceder ao estorno do crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo (artigo 100, inciso II, do RICMS/BA), cujo percentual não deve exceder a 10% do valor das mercadorias ou aquisições de serviços adquiridas, o que não foi observado pelo contribuinte. Que, assim, é incontestável a infração cometida pela empresa autuada.

Afirma que, nos termos do artigo 125, inciso I, da Lei nº 3.956/81, e do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade argüida pelo autuado.

Quanto às Infrações 03 e 04, a representante do Fisco expõe que nestas é atribuída ao sujeito passivo a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 nas vendas para contribuintes com inscrições estaduais canceladas, bem como a falta de retenção e de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas para contribuintes com inscrições estaduais canceladas, conforme dispõe o artigo 11, combinado com os artigos 87, 124 e 353 inciso I, 50, 51, 126 inciso I, combinados com o artigo 61, todos do RICMS/BA. Afirma que não procede o argumento defensivo de que inexistia irregularidade nas inscrições estaduais quando vendeu mercadorias para as empresas constantes dos Demonstrativos

Auditoria em Documentos e Lançamentos – Vendas para Contribuintes Cancelados, anexo III, fls. 180 a 187. Que, conforme consta do processo, às fls. 188 a 200 (espelhos do sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC, com Histórico da Situação Cadastral), todas as empresas listadas nos citados demonstrativos encontravam-se inaptas no cadastro da SEFAZ no período objeto das imputações. Que, com relação à empresa “Bianor Almeida Barreto”, com inscrição estadual nº 58.835.560, citada pelo autuado de forma específica na impugnação, não procede o argumento de que a inaptidão ocorrera em 15/12/2005. Que, conforme consta do Edital nº 27/2005 (anexo à fl. 189 do PAF) a empresa foi considerada inapta em 09/09/2005, tendo permanecido nessa situação até 05/10/2005, conforme histórico de situação anexo à fl. 190 do PAF. Que, conforme pode-se verificar no Demonstrativo às fls. 181 e 182, as vendas para a referida empresa, consideradas no Auto de Infração, ocorreram em 24/09/2005, período em que a mesma encontrava-se inapta no cadastro de contribuintes desta SEFAZ.

A autuante expõe que, quanto às infrações 05, 06, 07 e 09, ratifica o procedimento fiscal, tendo em vista que o contribuinte não questionou o mérito das citadas infrações.

Conclui opinando pela procedência integral da autuação.

VOTO

Preliminarmente, no que tange aos pedidos de declaração de nulidade de itens do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos fiscais atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive quanto ao mérito das imputações reconhecendo, em parte, a procedência do Auto de Infração.

Quanto aos dispositivos normativos que baseiam as nove imputações, estão descritos com clareza em cada item do Auto de Infração, inclusive tendo sido citado o Decreto nº 7.799/00 em cada imputação a este relacionada, para que ficasse claramente indicado, como ficou, no Auto de Infração, qual a legislação não cumprida regularmente. Ademais, ainda que no Auto de Infração houvesse ocorrido a indicação incorreta dos dispositivos normativos infringidos observo que, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, isto não teria implicado em falta de validade da imputação desde que, pela descrição dos fatos, houvesse ficado evidente o seu enquadramento legal, o que ocorre no caso em foco, em que os fatos foram devidamente explicitados no campo “Descrição dos Fatos” de cada infração, além de ter havido a indicação correta da legislação aplicável a cada caso, conforme já exposto no Relatório que antecede este voto.

No quanto pertinente às alegações defensivas acerca do ônus da prova, este não foi invertido em relação a qualquer das nove imputações presentes no Auto de Infração. Trata-se, em todas as situações, de débito tributário baseado em levantamentos fiscais cujos demonstrativos foram anexados a estes autos e cujas cópias foram devidamente entregues ao contribuinte, conforme comprovam seus recibos, já mencionados no Relatório deste Acórdão. O Fisco não detém a guarda dos documentos fisco-contábeis do sujeito passivo, e por este motivo apenas pode discriminá-los em tais demonstrativos dos roteiros de auditoria realizados. Porém, uma vez que tais demonstrativos citam documentos fiscais por cuja guarda o autuado é o responsável, este poderia, caso fosse esta a situação, ter comprovado possíveis erros em tais levantamentos, apresentando os documentos que provassem suas alegações defensivas. Assinalo que nos termos do RPAF/99 o contribuinte tem a possibilidade de vir a apresentar todas as provas documentais de que porventura disponha, em seu favor, em grau de Recurso, ainda na esfera deste contencioso administrativo.

Arguições de nulidade rejeitadas.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB:

COTEB:

art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No mérito, a autuação trata de nove infrações à legislação do ICMS, conforme exposto no Relatório que antecede este voto.

O contribuinte impugna quatro imputações quanto ao mérito, dividindo-as em dois grupos conforme a natureza de tais imputações, assim contestando de forma conjunta as Infrações 01 e 02 e em seguida, de forma também conjunta, as infrações 03 e 04. Portanto, assim me reportarei quanto ao mérito de tais imputações.

Quanto às imputações 01 e 02, ambas tratam de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor correspondente à parte proporcional à redução. A Infração 01 exige o pagamento de ICMS no valor de R\$785.135,90, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo constando, na descrição dos fatos da Infração 01, que houve falta de estorno de crédito fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, referente a Termo de Acordo de Atacadistas. Os demonstrativos fiscais estão acostados às fls. 43 a 67, com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 49, 56 e 67, estando anexadas ao Auto de Infração, também pelo Fisco, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 68 a 142. A Infração 02 exige o pagamento de ICMS no valor de R\$91.900,46, decorrente de prestações de serviços relacionadas às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo constando, na descrição dos fatos da Infração 02, que houve falta de estorno de crédito fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, referente a Termo de Acordo de Atacadistas, nas prestações de serviços de transporte. O demonstrativo fiscal está acostado às fls. 144 a 179, com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 179.

O contribuinte não contesta o fato de que estaria submetido às regras definidas pelo Termo de Acordo de Atacadista que assinara com este Estado, quanto ao período objeto destas duas imputações. Portanto, também estava submissa aos ditames do Decreto nº 7.799/00, sempre ditado pelo Fisco e também por ele, sujeito passivo, quanto às duas imputações.

Sem especificar a que operações, nem a que períodos mensais se refere, em relação a estas duas imputações, o contribuinte aduz que o Fisco não teria como afirmar, com segurança, a vinculação entre as entradas e as saídas. Porém, exatamente como afirmado pelo Fisco, os demonstrativos fiscais anexados a este processo, às páginas dos autos já discriminadas tanto no Relatório, quanto neste voto, demonstram que o Fisco realizou levantamento minucioso das operações que foram objeto do lançamento de ofício ora em lide. O contribuinte não contestou, de forma objetiva, os dados de tais levantamentos. Observo, por oportuno, que o Fisco aplicou, para os cálculos desenvolvidos na apuração do imposto lançado de ofício, o previsto no artigo 6º do multicitado Decreto nº 7.799/00, conforme verifica-se nos demonstrativos fiscais que embasam estas duas imputações e cujas cópias o contribuinte recebeu. De fato está comprovado, pelo Fisco, com os dados extraídos dos documentos fiscais do sujeito passivo, que este não estornou o crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo. Determinava tal dispositivo normativo, nas redações

em vigor ao longo dos exercícios objeto das imputações 01 e 02, ou seja, agosto/2005 a dezembro/2007, nos períodos especificados em cada imputação:

Decreto n° 7.799/00:

art. 6° Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1°, 2°, 3°-B, 3°-D, 3°-E e 3°-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. (efeitos de 01/08/06 a 23/12/10)

art. 6° Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos artigos 1°, 2°, 3°-B, 3°-D e 3°-E, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. (efeitos de 10/05/06 a 31/07/06)

art. 6° Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos artigos 1° e 2°, 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. (efeitos até 09/05/06)

As alegações defensivas quanto à constitucionalidade das limitações a que se submeteu, voluntariamente, para receber o benefício fiscal decorrente do seu Termo de Acordo de Atacadista, bem como a aplicação do quanto previsto no Decreto n° 7.799/00, fogem aos limites que podem ser analisados por este contencioso administrativo, tal como já exposto neste voto.

Considerando que o contribuinte, para ter os benefícios previstos pelo Decreto n° 7.799/00, assina Acordo no qual assume a responsabilidade pelo atendimento às regras para obtenção destes benefícios, e uma vez que o contribuinte nada traz, aos autos deste processo, que demonstre equívoco nos levantamentos fiscais realizados, que embasam as imputações, ora contestadas sem a apresentação de dados específicos pelo sujeito passivo, resta provada, nos autos, a procedência das imputações 01 e 02.

Quanto às Infrações 03 e 04, também contestadas de forma conjunta pelo sujeito passivo, ambas referem-se a operações realizadas, pelo autuado, com contribuintes com inscrição estadual cancelada nesta SEFAZ.

Assim, detalhadamente, a Infração 03 trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo constando, na descrição dos fatos, que houve vendas de mercadorias para contribuintes com inscrição estadual cancelada, com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo prevista no Decreto n° 7.799/2000. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 181 a 187, com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 183 e 187. Espelhos de dados cadastrais de contribuintes emitidos pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ às fls. 188 a 200.

E a Infração 04 trata de falta de retenção do ICMS, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado constando, na descrição dos fatos, que trata-se de vendas de mercadorias para contribuintes com inscrição estadual cancelada. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 202 a 218, com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 204 e 208.

Vale salientar que, em que pesem as alegações defensivas a respeito do ato jurídico perfeito, e de suas transações comerciais com outras empresas, neste processo não se discute a validade, para efeitos de outro ramo do Direito que não o Direito Tributário, das transações comerciais do contribuinte.

Quanto à publicidade dos atos administrativos, a situação cadastral do contribuinte pode ser consultada, hodiernamente, também por meio da rede “internet”, disponibilizada inclusive por esta SEFAZ, e tanto assim é que o contribuinte traz, em sua impugnação, cópia de página do site de “Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia”. Porém, ainda que à época dos fatos geradores das duas imputações, exercícios de 2005 e de 2006, porventura inexistisse a possibilidade da consulta à situação cadastral do contribuinte via “internet”, quando da realização de cada operação comercial, a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 34, inciso IV, impõe e impunha, à época, obrigações tributárias a cada contribuinte do ICMS, neste Estado:

Lei nº 7.014/96:

art. 34. São obrigações do contribuinte:

IV - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do comprovante de inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, calculado na forma estabelecida em regulamento, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não recolhimento do imposto, total ou parcialmente;’

Também previa à época dos fatos geradores objeto das Infrações 03 e 04, e prevê, o Regulamento de ICMS deste Estado:

RICMS/BA:

art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Assim, cabia ao sujeito passivo exigir, daquele com quem promovesse transações comerciais sobre as quais incidisse o ICMS, o comprovante de regularidade cadastral. Assim não encontra guarida, na legislação, a pretensão defensiva de eximir-se do cumprimento de tal obrigação acessória.

De forma específica o contribuinte alega, citando exclusivamente a empresa “Bianor Almeida Barreto”, que esta estaria na situação de irregularidade apenas a partir de 15/12/2005, conforme já narrado no Relatório que antecede este voto. Para tanto, o sujeito passivo copia página do “site” de “Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia”, com data de situação cadastral na condição de “não habilitado” em 15/12/2005. Ocorre que o Fisco anexara ao Auto de Infração, à fl. 189 destes autos, espelho de página do sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, no qual está discriminado o Edital nº 27/2005, declarando inapta a mencionada empresa na data de 09/09/2005, e no mesmo espelho consta que este contribuinte manteve-se em tal condição irregular até 05/10/2005. E, tal como afirma a representante do Fisco, no demonstrativo de fls. 181 e 182, entregue ao contribuinte, a data das operações realizadas que são objeto da imputação é a de 24/09/2005, momento em que a empresa “Bianor Almeida Barreto” encontrava em situação cadastral irregular perante esta SEFAZ. Por conseguinte, embora a empresa tenha vindo a estar novamente irregular em 15/12/2005, também na data objeto da operação encontrava-se em situação cadastral irregular perante este Estado. Caberia ao sujeito passivo, a cada operação comercial que fosse realizar, cumprir o quanto previsto no transcrito artigo 142, inciso I, do RICMS/BA, posto que cada operação comercial tem sua consequência tributária específica.

Assinalo que o Fisco anexou, ao processo, as fls. 188 a 200, espelhos do mencionado sistema informatizado INC/SEFAZ, demonstrando a situação cadastral das empresas cujas operações com o sujeito passivo vieram a ser objeto das imputações ora em discussão. Assim, comprova o cometimento das infrações 03 e 04. Infrações 03 e 04 procedentes.

No que tange à Infrações 05, 06, 07 e 09, já descritas no Relatório que antecede este voto, tais imputações estão lastreadas em demonstrativos fiscais, vias e cópias de documentos e de livro fiscal, e o contribuinte não as questiona quanto ao mérito, de forma específica, em sua impugnação, nem traz aos autos deste processo, até à data da presente sessão de julgamento, qualquer prova de sua improcedência, ou da possibilidade de ocorrência de equívocos numéricos nos levantamentos fiscais às mesmas atinentes, e dos quais recebeu as cópias em tempo hábil, conforme comprovam seus recibos.

Assim detalhadamente, em relação à Infração 05, estão anexados demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 210 a 218, com respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 213 e 218, e espelhos de dados cadastrais de contribuintes emitidos pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ às fls. 219 a 224; quanto à Infração 06, demonstrativos às fls. 226 e 227, com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 227, e vias de notas fiscais às fls. 228 a 251; Infração 07, demonstrativos às fls. 226 e 227, com respectivo recibo de entrega ao contribuinte à fl. 227, e vias de notas fiscais às fls. 228 a 251; Infração 09, demonstrativo e respectivo recibo de entrega ao contribuinte às fls. 259, cópia do livro Registro de Entradas às fls. 260 a 280. Por conseguinte, nos termos do artigo 140, combinado com os artigos 123, 142 e 143, todos do RPAF/99, não tendo o contribuinte contestado as imputações no mérito, e estando estas lastreadas nos demonstrativos fiscais e documentos já mencionados neste voto, as Infrações 05, 06, 07 e 09 são procedentes.

Em relação à infração 08, falta de recolhimento de imposto no valor de R\$644,25, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a maio, julho, agosto e outubro/2006, com demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 253 a 257, e respectivos recibos de entrega ao contribuinte às fls. 254 e 257, tal imputação não foi contestada de forma objetiva pelo sujeito passivo, e acerca da mesma o contribuinte afirma que estaria pagando o débito lançado de ofício. Assinalo porém que, conforme consta no Relatório que antecede este voto, as cópias de Documentos de Arrecadação Estadual - DAES acostadas pelo contribuinte às fls. 394 a 401, e às fls. 409 a 416, com data de recolhimento de 26/07/2010, portanto posterior à data de lavratura do Auto de Infração em lide, esta de 30/06/2010, tais DAES não fazem referência ao presente Auto de Infração, e não indicam dados relativos à multa relativa à imputação 08. Assim, tais pagamentos não estão formalizadamente relacionados ao presente Auto de Infração. Contudo assinalo, por oportuno, que o contribuinte pode pedir, na instância administrativa competente de seu domicílio fiscal, a compensação destes valores indicados como recolhidos aos cofres públicos, nos termos dos artigos 73, e seguintes, do RPAF/99, inclusive para pagamento do débito lançado no presente Auto de Infração. Nos termos do artigo 140, combinado com o artigo 123, ambos do RPAF/99, não tendo o contribuinte contestado a imputação, e estando esta lastreada nos demonstrativos fiscais já mencionados neste voto, a Infração 08 é procedente.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0003/10-4**, lavrado contra **UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$887.531,30**, acrescido da multa de 60% prevista no

artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “e” e “f”, e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.633,84**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR