

A. I. N ° - 232954.0008/10-7
AUTUADO - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
AUTUANTE - ADAZIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 12.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **a1)** Infrações 01 e 02 subsistentes, reconhecidas pelo autuado; **a2)** No tocante a infração 5 não há previsão na legislação tributária estadual para não efetuar o estorno de crédito nos casos em que a redução da base de cálculo das saídas torna equivalente à alíquota de saída à alíquota de aquisição. Mantida a infração. **b)** UTILIZAÇÃO A MAIS DO QUE O DEVIDO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado **2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO PARA CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO LOCALIZADO NESTE ESTADO. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. INFRAÇÕES (INFRAÇÃO 06). Caracterizada a venda para contribuinte inapto. Corrigida a alíquota aplicada para alguns itens. Reduzido o valor da exigência. Infração parcialmente mantida. **4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. a)** VENDAS A CONTRIBUINTE INAPTO. (INFRAÇÃO 07). Caracterizada a venda para contribuinte na situação cadastral “inapto”, que tem o mesmo tratamento de não inscrito. Infração procedente. **b)** VENDA PARA NÃO CONTRIBUINTE. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado. **5. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. ICMS DEVIDO PAGO INTEMPESTIVAMENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado. Na acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/2010, refere-se à exigência de R\$1.083.404,75, concernente ao descumprimento de obrigação principal do ICMS, conforme segue:

Infração 01- deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta que o autuado não estornou os valores dos créditos superiores a 10% escriturados no livro de Registro de Entradas, previsto no art. 6º do

Decreto 7799/00, na condição de Signatário do Termo de Acordo de Atacadista. ICMS no valor de R\$ 129.291,78, multa de 60%;

Infração 02 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta que o autuado deixou de estornar o crédito proporcional sobre a entrada de mercadorias da base de cálculo nas saídas subseqüentes. Refere-se às mercadorias com redução de base cálculo, cuja tributação nas saídas corresponde às alíquotas de 0 e 7%. ICMS no valor de R\$245.001,33. Multa de 60%;

Infração 03- recolheu a menor ICMS em decorrências de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS. ICMS no valor de R\$36.806,84, multa de 60%;

Infração 04- deixou de proceder a retenção do ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se as vendas realizadas para contribuintes não inscritos no exercício de 2006. ICMS no valor de R\$9.196,78. Multa de 60%;

Infração 05 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta que se refere aos estoques existentes em 22/12/2006, das mercadorias previstas no Decreto 9733/05 e que foram contempladas com redução de base de cálculo naquela data, conforme art. 87 do RICMS/97. ICMS no valor de R\$13.209,20. Multa de 60%;

Infração 06 - deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizadas neste Estado. ICMS no valor de R\$107.053,24. Multa de 60%;

Infração 07 - recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, Refere-se venda para contribuintes inaptos, com a redução indevida da base de cálculo. ICMS no valor de R\$185.584,89. Multa de 60%;

Infração 08 - recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente à venda para não contribuintes. ICMS no valor de R\$50.908,73. Multa de 60%;

Infração 09 - utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial. Consta que o autuado recolheu R\$42.179,38 e se creditou de R\$44.973,25. ICMS no valor de R\$2.793,87. Multa de 60%;

Infração 10 - deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. ICMS no valor de R\$3.558,09. Multa de 60%.

O autuado apresentou a impugnação, às fls. 910 a 928, argüindo, inicialmente o principio da verdade material e da inquisitorialidade, inerentes ao processo administrativo fiscal.

Argui nulidade de algumas infrações do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Consigna que, após a leitura completa da presente Impugnação, ficará claro que este Auto de Infração, no tocante às infrações 06 e 07, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante, nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Diante do ora exposto entende ser clara a necessidade de se decretar a nulidade das infrações 06 e 07.

Alinha que, para uma acusação ser levada adiante, é imprescindível não só que o Fisco a descreva de forma clara, precisa e sucinta, mas que, acima de tudo, sejam trazidas à luz as provas necessárias à demonstração dos fatos argüídos pelo autuante, que dariam suporte fático à mesma.

Argumenta que, em relação às infrações 06 e 07, o preposto fiscal não atendeu ao que determina o art. 28, inciso 4º, II, do RPAF, e nem ao mandamento do disposto no art. 46 do RPAF/99, já que os fatos por ele argüídos precisariam estar acobertados por provas matérias trazidas aos autos, o que não aconteceu.

Art. 28 A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

Inciso 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I – (...)

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüído.

(grifos não originais)

Ressalta que, diante desta omissão comprobatória por parte do autuante, ficou o sujeito passivo impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa, já que o mesmo não tem como se certificar dos fatos argüídos pelo autuantes, no que diz respeito á situação cadastral dos clientes (destinatários das mercadorias) da empresa autuada.

Conclui pela nulidade prevista no art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99, relativas às infrações 06 e 07.

Descreve a infração 06 e afirma que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação. Dentre estes, destaca-se, pela sua essencialmente, o previsto no art. 39, III, do RPAF/99.

Questiona quem são estes contribuintes e argui a falta de clareza e precisão que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo. Portanto, deve estar indicado na peça de acusação, de forma transparente e precisa, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito a exigência tributária, por meio da autuação.

Considera nula infração 06, apresentando para amparar seu entendimento o Acórdão 0520/99.

Quanto ao mérito das infrações 06 e 07, afirma a existência da disposição contida no art. 155, Parágrafo Único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Ressalta que, relativamente às infrações ora não defendidas, o contribuinte já providenciou o respectivo pagamento, seja por meio de parcelamento, seja por meio de apresentação de certificado de crédito fiscal, o que mostra claramente seu interesse real de pagar o que de fato é devido, mas, por outro lado, de defender-se de exigência tributária que se apresenta indevida.

Quanto às infrações 06 e 07, afirma que o autuante pretende cobrar ICMS desconsiderando as notas fiscais emitidas pela autuada atribuindo a venda de pessoas sem inscrição estadual. Observa que o autuante para desconsiderar, aplica a cobrança do ICMS com MVA do Anexo 89 previsto para contribuintes.

Entende que tal procedimento é só para lhe prejudicar, vez que num momento desconsidera a venda, observando que não deverá reduzir a base de cálculo do ICMS prevista no art. 1º do Decreto 7799/2000 por não se tratar de contribuinte, aplica penalidade a autuada sob a alegação de venda para contribuinte e por consequência aplica as MVA's do Anexo 89.

Afirma que todos os contribuintes cuja autuada destinou mercadoria são inscritos no cadastro do ICMS da Bahia, se no momento da venda qualquer destes estava em situação irregular não é problema do contribuinte vendedor, e sim da SEFAZ que mesmo sabendo da irregularidade, pois tem seu sistema ao seu favor, então porque ainda mantém tais estabelecimentos em operação?

Logicamente é um problema do Estado que o autuante não deve penalizar a autuada até mesmo a redação do art. 1º do decreto 7799/2000, reza que poderá ser reduzida para contribuintes inscritos, e certamente trata-se de contribuintes inscritos, não obtendo qualquer informação no referido decreto quanto à regularidade ou não do destinatário da mercadoria, logo, o documento da venda é legal, não é inidôneo, então porque desconsiderá-lo?

Acusa a falta de controle do sistema da SEFAZ-BA, juntando a esta defesa notas fiscais eletrônicas atuais emitidas para contribuinte com inscrição irregular e mesmo assim tendo a liberação por parte da SEFAZ-BA (conforme Anexo-D). Consigna que nem o sistema do próprio fisco é capaz de invalidar para estes contribuintes e depois que penalizar a empresa com a diferença de ICMS e MVA por contribuinte que esta em situação inapta.

Quanto ao mérito da infração 06, afirma que, além das alegações para improcedência desta infração, o fisco forneceu uma memória de cálculo para o exercício de 2006, desta infração. Contendo erros em todos os produtos que atribui de alíquota 27% (vinte e sete por cento), contrariando o que prevê o Art. 51 do RICMS-BA.

Afirma que no dia 02/01/2006, NF - 396792, item 001, produto mucilon arroz. (alimento), mais na planilha de apuração está com 27%. (conforme Anexo-E).

Quanto às infrações 06 e 07, aduz caber à legislação tributária prever as situações em que um contribuinte é obrigado a recolher um tributo (fato gerador), da mesma forma que também cabe a ela prever forma e a metodologia utilizável para que o valor do tributo seja apurado.

Afirma que no caso do autuado, é certo que o disposto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas, conforme se observar logo abaixo.

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 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% (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:

(...)

Argumenta que o próprio art. 1º, acima transcrito, é claro o suficiente, quando estabelece o direito ao benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único, que integra o citado Decreto. E este é o caso do sujeito passivo, fato não observado pelo autuante, nos seus demonstrativos fiscais vinculados às infrações 06 e 07. Desta forma, complementa o autuado, é devida a redução da base de cálculo na apuração do imposto vinculado às infrações 06 e 07.

Quanto ao mérito da infração 05, afirma que a alegação do fisco é de que o autuado deixou de efetuar 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. Refere-se aos estoques existentes em 22/12/2006, das mercadorias previstas no Decreto 9733/05 e que foram contempladas com redução de base de cálculo naquela data, conforme art. 87 do RICMS/97.

Informa que, para o item desta infração a cobrança é indevida, no que se diz a respeito a mercadoria Charque P A Quatro Marcos, que o próprio fisco reconhece que alíquota de entrada para este produto é 7% (sete por cento).

Aponta ainda o artigo **Art. 87. É reduzida a base de cálculo. XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).**

Alinha que, conforme o próprio o artigo contempla redução de base cálculo.

Entretanto este produto não é isento, ou seja, entrou com 7% e na saída é 7%, então não tem o que se falar em estorno de crédito para este item. Com isso, resultou em uma cobrança indevida de R\$1.598,15 valor original (Anexo-C).

Requer, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente Impugnação, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualizar situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, os nobres julgadores decidam pela improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, Parágrafo Único, do RPAF/99.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

O autuante, às fls. 984 a 988 dos autos, apresentam a informação fiscal afirmando que em relação às infrações 01, 02, 03, 04, 08, 09 e 10, a Autuada em sua peça defensiva, reconhece integralmente a procedência da autuação fiscal.

Afirma que para as infrações 06 e 07 o contribuinte pede nulidade, argumentando “cerceamento de defesa, pelo fato de não terem sido comprovadas por meio de documentação”.

Consigna que, para a infração 6, alega o autuado que não ficou caracterizada, dada a sua redação “deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado” - e pergunta, quem são estes contribuintes?

O autuante afirma que a infração está cadastrada no SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração da Sefaz), com a codificação: 07.04.03,

Sendo 07 – Substituição/Antecipação interna

04 – Vendas para Microempresas e Contribuintes não Inscritos.

03 - ICMS não retido.

O enquadramento da infração, no Auto de Infração é:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

Inciso I - O contribuinte que efetuar saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento da antecipação do imposto.”

Assegura que as planilhas demonstrativas da infração, presentes na mídia que recebeu à fl. 906 do PAF, consta em seus cabeçalhos tratar-se de falta de retenção, na condição de substituto do estado, do ICMS nas vendas a contribuintes não inscritos e respondem a pergunta “Quem são estes contribuintes”, pois relacionam um por um a cada operação realizada.

Entende que a alegação do contribuinte não procede, pois está caracterizada no próprio Auto de Infração e nos seus anexos.

Relata que na seqüência o contribuinte argumenta que não consta no Auto de Infração a comprovação da situação desses contribuintes à época das operações.

Aduz que consta no Auto de Infração a cópia do cadastro de 24 contribuintes.

Afirma que, diante da alegação do contribuinte, anexou a cópia do cadastro da época de todos os contribuintes elencados nas respectivas planilhas demonstrativas destas infrações. Estas cópias estão gravadas em nova mídia anexada a esta Informação Fiscal, em imagens “coladas” em arquivo doc do Word.

Quanto ao mérito afirma que o contribuinte se confunde ao alegar que o autuante cobra indevidamente a MVA prevista no Anexo 89, quando diz que *“num momento desconsidera a venda observando que não deverá reduzir a base de cálculo do ICMS prevista no art. 1º do Decreto 7799/2000 por não se tratar de contribuinte, outrora aplica a penalidade a autuada sob a alegação de venda para contribuinte e por consequência aplica as MVA’s do Anexo 89.”*

Esclarece que nas duas infrações (7 e 8 do Auto de Infração) as vendas foram realizadas para **“contribuintes não inscritos”** e não para **“não contribuintes”**, e, nesta situação, pelo Inciso I do Art. 353, a autuada, na condição de Contribuinte Substituto do Estado, está obrigada a reter e recolher o ICMS devido pelo contribuinte não inscrito exatamente porque nesta situação seus clientes não irão recolher o ICMS devido nas suas operações de vendas, pois se encontram na condição de não inscritos e, naturalmente, estes contribuintes irão revender estas mercadorias com lucro.

Complementa que, para isto o RICMS prevê a aplicação de MVA’s – Margem de Valor Adicionado- para estabelecer percentuais mínimos de lucro, previstos no Anexo 89 – uma vez que é impossível determinar com exatidão qual o valor de venda final das mercadorias comercializadas por estes contribuintes.

Quanto aos erros na aplicação das alíquotas, afirma que o contribuinte aponta, acertadamente, falha na elaboração do demonstrativo da infração nº 6 do Auto de Infração, especificamente quanto ao exercício de 2006, por ter aplicado a alíquota de 27% indistintamente para todas as mercadorias.

Assegura que, revisando os papéis de trabalho percebeu que, por um erro na inserção de dados no aplicativo em que estas planilhas foram geradas, de fato houve esta incorreção.

Assim, refez os cálculos e o novo aplicativo gerado está gravado na mídia que foi anexada a esta informação fiscal e o novo demonstrativo anexado aos autos, indicando os valores devidos mês a mês do ano de 2006, totalizando em R\$ 35.003,13.

Complementa que nessa mesma linha de sua defesa o contribuinte tenta atribuir ao Estado a deficiência na informação da situação cadastral dos contribuintes, no momento da realização das vendas. E para ilustrar utiliza exemplos de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas, quando o sistema não bloquearia as vendas para contribuintes inaptos.

Argumenta que as vendas para contribuintes inaptos não é proibida. Ela pode ser feita, contanto que se faça a retenção do ICMS, prevista no inciso I do art. 353 do RICMS/97.

Entende que a situação dos contribuintes pode ser obtida com uma simples consulta no site da SEFAZ-BA, acessando “Inspecção Eletrônica/Cadastro/Consultas/Resumo Cadastral-DIE”.

Já em relação à infração 05, aduz que o contribuinte, argumenta, acertadamente, que a mercadoria charque teve cobrança indevida, pois não caberia o estorno de crédito dos estoques, por se tratar de mercadoria, cuja entrada se deu à alíquota de 7%, mas como na saída tem redução na base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda, também, a 7%, então esta não se enquadra nesta cobrança, pois não cabe o estorno de crédito nas entradas.

Corrige o valor desta infração, que consta no Auto de Infração, por R\$ 13.209,20, com a exclusão da parcela de R\$1.598,16, relativa ao charque, passa a ser de R\$11.611,04.

Conclui afirmando entender não terem sido apresentados quaisquer argumentos ou provas que tivessem o condão de elidir a ação fiscal ora em litígio, com exceção da Infração 06 do Exercício de 2006, acima, e diante das incontestáveis e sobejamente demonstradas provas de cometimento de ilícito fiscal por parte da autuada, reafirmamos a esse Colendo Conselho a manutenção de *“in totum”* do presente Auto de Infração, É a informação S.M.J.

O autuado, às fls. 996 a 1002, quanto ao argumento de cerceamento de defesa das infrações 06 e 07, afirma que a informação fiscal, não obstante as explicações dadas pelo autuante, não

conseguiu comprovar ter fornecido ao contribuinte cópia das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Salienta que o autuado não disse, em momento algum, desconhecer o teor do art. 11 – RPAF, transcrito pelo autuante na sua Informação Fiscal. Apenas, disse, e voltar a afirmar, que o cumprimento do quanto determinado na legislação tributária é dever dos prepostos do Fisco, para fins de permitir que o acusado possa ampla defesa, sob pena de nulidade da autuação.

Neste sentido, aplica-se perfeitamente ao contexto, art. 28, §4º, II. c/c art. 18, II e IV, a, do RPAF/99, logo abaixo transcritos.

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

Inciso 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I – (...)

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias á demonstração do fato argüido.

(grifos não originais)

Art. 18 São nulos:

II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa:

(...)

IV – o lançamento de ofício:

a) Que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) (omissis)

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, pelo fato de não ter sido apontada com clareza nem precisão a suposta irregularidade fiscal, relativo à infração 07, afirma que, neste tópico, da mesma forma que no anterior, as explicações dadas pelo autuante na sua Informação Fiscal não foram suficientes para derrubar os argumentos da defesa, já que o preposto fiscal continuou a não apontar objetiva nem precisamente, quais teriam sido as mercadorias objeto da autuação.

Neste sentido, o autuado continua afirmando que a mera indicação do número de uma nota fiscal não é capaz, por si só, de deixar evidenciada a correta alíquota a ser aplicada, para fins de exigências de eventual ICMS recolhido a menor.

II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa:

(...)

IV – o lançamento de ofício:

a) Que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) (omissis)

Art. 39. O Auto de Infração conterá::

(...)

III – a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

(...)

No mérito afirma que no tocante aos argumentos abrangendo o mérito da atuação o contribuinte, da mesma forma que procedeu ao se manifestar sobre as preliminares de nulidade, irá também se pronunciar, um a um sobre objeto da Informação Fiscal.

Argumenta que o próprio art. 353, I que é referencia de embasamento legal quando o autuante pretende enquadrar como uma infração ao contribuinte, observa-se que reza ao contrário do procedimento fiscalizatório, vejamos:

....contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes...

Complementa que o referido dispositivo legal é aplicável para revenda a contribuintes não inscritos que não é o caso, a autuada revendeu para contribuintes inscritos, se no momento da operação existia irregularidade ao contribuinte entre a SEFAZ, não deixará de ser inscrito, então porque a SEFAZ ainda mantém no seu cadastro? Então porque penalizar a Autuada e não o contribuinte que segundo a SEFAZ não é mais inscrito?

O feito do Sr. auditor da SEFAZ-BA está desprovido de fundamentação legal, não tem como sustentar a sua suposta infração.

Argumenta quanto necessidade de ajustar a exigências do imposto à verdadeira tributação ocorrida nas operações de saídas do autuado, quanto às infrações 06 e 07, pois no caso do autuado, é certo que o disposto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas, conforme se observar logo abaixo.

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 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% (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:

(...) (grifos não originais)

Complementa que o art. 1º, acima transcrito, é claro o suficiente, quando estabelece o direito ao benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único, que integra o citado Decreto. E este é o caso do sujeito passivo, fato não observado pelo autuante, nos seus demonstrativos fiscais, é devida a redução da base de cálculo na apuração do imposto vinculado às infrações 06 e 07.

Aduz que, contestando o quanto argumentado pelo contribuinte, o preposto fiscal disse que, por não poder se assegurar que as saídas teriam sido destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, não restaria atendido o disposto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, pelo que não seria devida a redução da base de cálculo.

Argumenta quer o autuante presumir que os destinatários do contribuinte (supondo, para poder se argumentar, que fossem verdadeiras as omissões de saídas apuradas na fiscalização) não seriam inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, ou que estariam com a inscrição “irregular”, para, a partir daí, concluir não ser devida a redução de base cálculo, expressamente prevista na legislação tributária, é um claro excesso de exação. Além disso, convém lembrar que o autuante sabe muito bem, que atividade do autuado é ATACADO, o que faz que não mereça guarida a presunção de os seus clientes não sejam contribuinte inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

No que se refere á necessidade de levar a efeito quanto disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, entende ser inegável. Basta se atentar para o seguinte trecho do item “1” da IN 56/07:

“... o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores (valores das omissões de saídas por presunção) se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.”

Pede que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

No tocante às infrações relativamente as quais esta JJF visualiza situação de nulidade, o autuado pede que, não obstante o reconhecimento desta, os nobres julgadores decida pela improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

VOTO

O lançamento de ofício traz a exigência de 10 infrações, por descumprimento de obrigações principais, já devidamente relatadas, cuja impugnação se restringiu às infrações 05, 06 e 07, ocorrendo o reconhecimento da procedência por parte do sujeito passivo, das infrações 01, 02, 03, 04, 08, 09 e 10, que hora ficam mantidas, vez que imputadas em consonância com a legislação tributária estadual.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. As planilhas indicando de forma clara as infrações e todos os dados, inclusive de notas fiscais, para a apuração das infrações e do imposto foram fornecidas ao autuado, conforme documento à fl. 906 dos autos, observando que os documentos fiscais constantes nas aludidas planilhas são de conhecimento e posse do autuado e as mesmas indicam as mercadorias correspondentes, bem como as demais questões serão tratadas na análise do mérito. Assim, conforme já alinhado, não cabem as arguições de inexistência da apresentação das provas ou cerceamento de defesa.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia genericamente requeridas, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

A infração 05 traz a exigência do ICMS relativo ao estorno de crédito fiscal concernente às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Apesar de o autuante, em sua informação fiscal, acolher os argumentos do impugnante quanto a não exigência do aludido estorno para a mercadoria charque em razão das entradas terem ocorrido com a alíquota de 7%, e a redução na base de cálculo ocorreu de forma que a carga tributária correspondeu, também, a 7%, não prospera tal entendimento, pois não há na legislação tributária estadual tal ressalva. O art. 100, II, do RICMS/BA, determina o estorno de crédito nos casos em que for objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Assim, fica mantida a exigência em seu valor original.

O autuante afirma, acertadamente, quanto à infração 06 que a mesma foi cadastrada no SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração da Sefaz, com a codificação: 07.04.03, Sendo 07 – Substituição/Antecipação interna, 04 – Vendas para Microempresas e Contribuintes não Inscritos. 03 - ICMS não retido. O enquadramento da infração, no Auto de Infração é: “**Art. 353.** São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações

subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado: Inciso I - O contribuinte que efetuar saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento da antecipação. Indicando, assim, de forma clara a infração imputada.

Consta no cabeçalho da planilha da infração 06 tratar-se de falta de retenção, na condição de substituto do estado, do ICMS nas vendas a contribuintes não inscritos.

Os contribuintes são os não inscritos e constam do próprio Auto de Infração e nos seus anexos. A situação dos contribuintes é comprovada pela cópia do cadastro de 24 contribuintes. Consta cópia do cadastro da época de todos os contribuintes elencados nas respectivas planilhas demonstrativas destas infrações 06 e 07. Informa o autuante, inclusive, que estas cópias estão gravadas em nova mídia anexada a esta Informação Fiscal, em imagens “coladas” em arquivo doc do Word.

Quanto ao mérito da infração 06 as vendas foram realizadas para inaptos, fls. 877 a 901, cabendo, nesta situação, conforme I do Art. 353, a autuada, a condição de Contribuinte Substituto do Estado ao autuado, pois está obrigada a reter e recolher o ICMS devido pelo contribuinte inapto exatamente porque nesta situação seus clientes não irão recolher o ICMS devido nas suas operações de vendas, pois se encontram na condição de não inscritos e, naturalmente, estes contribuintes irão revender estas mercadorias.

A aplicação dos MVA's – Margem de Valor Adicionado - visam atingir o valor das vendas finais das mercadorias comercializadas por estes contribuintes para que se encerre a fase de tributação.

Cabe, contudo, razão ao impugnante quanto aos erros na aplicação das alíquotas, constante da infração nº 6, especificamente quanto ao exercício de 2006, por ter aplicado a alíquota de 27% indistintamente para todas as mercadorias.

Após reconhecer os erros o autuante refez, corretamente, os cálculos e o novo aplicativo gerado está gravado em mídia que foi anexada a esta informação fiscal e o novo demonstrativo de débito está transcrito abaixo:

INFRAÇÃO 06 – EXERCÍCIO DE 2006

MÊS/ANO	VALOR
Janeiro/2006	2.103,55
Fevereiro/2006	1.726,02
Março/2006	2.300,62
Abril/2006	2.256,62
Mai/2006	3.734,89
Junho/2006	2.505,05
Julho/2006	2.788,38
Agosto/2006	3.531,68
Setembro/2006	4.098,10
Outubro/2006	3.157,48
Novembro/2006	3.268,09
Dezembro	3.532,66
TOTAL	35.003,14

Quanto à venda para contribuintes inaptos não é proibida, não havia por que o mencionado sistema arguido impedir. As vendas para inaptos podem ser realizadas, na forma prevista no inciso I do art. 353 do RICMS/97. A situação cadastral dos contribuintes pode ser obtida com uma simples consulta no site da SEFAZ/BA, acessando “Inspetoria Eletrônica/Cadastro/Consultas/Resumo Cadastral-DIE”, conforme informa o autuante.

Verifico, no que concerne a infração 07, que quanto à condição do contribuinte inapto/baixado, fls. 877 a 901, o Estado da Bahia em seu RICMS/BA, concede o tratamento de não inscrito, conforme se observa quanto à antecipação do imposto com o encerramento da fase de tributação, já que nas duas situações, não inscrito e inapto, o adquirente da mercadoria do autuado não está habilitado a operar nas mesmas condições que os contribuintes regularmente inscritos, ou seja, o contribuinte com inscrição cadastral irregular só poderá adquirir mercadorias se o ICMS for pago antecipadamente, cabendo, nas operações internas, a condição de responsável por substituição tributária ao sujeito passivo que efetuou a saída da mercadorias. O mesmo tratamento, acima aludido, pode ser verificado no art. 125, II, “a”, 2 e inciso V do RICMS/BA.

Assim, diante do exposto, considero não caber redução de base de cálculo, alvo da exigência da infração 07, para as operações de saídas internas, previstas no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, quando destinadas a adquirentes com inscrição inapta/baixada. Infração 07 mantida.

Quanto à aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, é aplicável apenas para as hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, não cabendo para as infrações ora impugnadas.

Voto, diante do exposto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0008/10-7**, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.011.354,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “e”, VII e VIII da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR