

A. I. Nº - 207098.0004/10-3
AUTUADO - CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30. 08. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração não questionada. 2. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a-1) LANÇADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. a-2) MATERIAL DE USO E CONSUMO. a-3) MERCADORIAS AMPARADAS POR ISENÇÃO. a-4) MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. As infrações 02, 03, 04 e 05 foram reconhecidas. b) FALTA DE ESTORNO. Infração acatada. c) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. ATIVO IMOBILIZADO. Infração não impugnada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. a) SAÍDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. b) CUPONS FISCAIS. Infrações reconhecidas. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA. a) SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE COM SITUAÇÃO IRREGULAR NO CADASTRO ESTADUAL. Restou comprovado que o sujeito passivo efetuou saídas para contribuintes com situação cadastral irregular, utilizando-se da redução da base de cálculo. Infração mantida. b) SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE. Infração não impugnada. 5. ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. A comprovação de que uma parcela das notas fiscais tinha sido escriturada, que algumas tinham sido sinistradas e a realização de outros ajustes resultam na redução do montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restando comprovada a irregularidade cadastral dos destinatários das mercadorias adquiridas para comercialização, fica mantida a exigência fiscal, que corresponde à antecipação do imposto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/09/2010, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$1.105.707,50, atribuindo-lhe o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$18.147,36, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$22.254,97, acrescido da multa de 60%, conforme Anexo 03;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março, abril, agosto e novembro de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$1.041,31, acrescido da multa de 60%, conforme Anexo 04;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$156.461,13, acrescido da multa de 60%, conforme Anexo 05;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$4.648,01, acrescido da multa de 60%, conforme Anexo 06;
6. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$43.737,87, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à emissão de notas fiscais com erro na aplicação da alíquota, conforme Anexo 07;
7. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$356.089,36, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a operações de saídas através de equipamento emissor de cupom fiscal, conforme Anexo 08;
8. Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$44.274,20, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias tributadas para contribuintes com situação cadastral irregular junto ao Cadastro de Contribuintes do ICMS, ou seja, cancelados, suspensos por processo de baixa ou baixados, utilizando a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, conforme demonstrado no Anexo 09;
9. Recolheu a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$30.648,70, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias tributadas para não contribuintes do ICMS, utilizando-se a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em conformidade com o Anexo 10;
10. 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 à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$339.539,47, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte não seguiu a previsão contida no Decreto 7.799/00, conforme Anexo 11;
11. Deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da verificação de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$49.714,97, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere à saída de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito

passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos correspondentes com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, conforme Anexo 12;

12. Utilizou crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro e março a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$15.527,08, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere ao uso de crédito fiscal decorrente da aquisição de embalagem, sem a observação da proporcionalidade entre as saídas tributadas e as não tributadas, conforme Anexo 13;

13. Deixou de proceder à retenção e ao consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$23.623,07, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à falta de antecipação tributária decorrente das vendas de mercadorias tributadas para contribuintes com inscrição estadual irregular, conforme demonstrado no Anexo 14.

O autuado apresentou defesa (fls. 750 a 771 -Vol. II), destacando, inicialmente, o bom relacionamento que mantém com o Fisco, ao longo do período da fiscalização, bem como a reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA. Salaria que, apesar disso, irá demonstrar equívocos existentes nos trabalhos fiscais, os quais acarretaram a cobrança indevida de parte do imposto apontado na autuação, bem como uma inteira incompreensão em relação a algumas das acusações fiscais, conforme demonstrará adiante.

Destaca dois princípios da maior importância para o desfecho da presente lide: o da verdade material e o da inquisitorialidade. Isto porque, apesar do notório conhecimento dos julgadores acerca da legislação tributária, é essencial que os representantes da Junta de Julgamento Fiscal (JJF) tenham em mente o conteúdo destes dois princípios, devidamente aplicáveis a este PAF.

Discorre a respeito do princípio da verdade material, lembrando que o CONSEF tem convertido processos em diligência ou perícia fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito, devendo ser observado que existe a regra de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo a ele provar a ocorrência do fato gerador ou da infração imputada, ocorrendo a inversão do ônus da prova somente quando há disposição expressa da norma legal neste sentido.

Já com base no princípio da inquisitorialidade, o fato gerador deve ser apurado *ex officio*, devendo o julgador determinar o modo e a extensão da apuração, não se restringindo às alegações e provas produzidas pelas partes, estando atento às normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, buscando novas provas e realizando perícias ou diligências, além de procurar respostas a quesitos feitos pelo autuado, visando esclarecer fatos atinentes ao lançamento do crédito tributário.

Passa, então, a apontar diversos vícios insanáveis no processo, que implicam na nulidade de diversas infrações, nos termos do RPAF/BA. Lembra que de acordo com o seu art. 18, § 1º, um Auto de Infração que apresente “eventuais incorreções ou omissões”, ou que esteja viciado pela “*não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação*”, não deve, de logo, ser julgado nulo, podendo ser objeto de revisão fiscal, para que, assim, possa ser levado adiante. E é esse dispositivo legal que sustenta os pedidos de revisão fiscal, feitos pelo CONSEF.

Deste modo, para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal, é necessário que as incorreções ou omissões existentes sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências seja de natureza meramente formal, mesmo porque, em caso contrário, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal, sendo o caso de nulidade do Auto de Infração.

Assevera que, no tocante às infrações 08 e 13, o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave e não apenas “eventuais”, e que as exigências não observadas não são meramente formais, aproximando-se de exigências de natureza substancial, restando clara a sua nulidade.

Diz ter ocorrido o cerceamento do seu direito de defesa, por não lhe terem sido entregues os documentos fundamentais para a comprovação dos fatos arguidos na acusação relativa às citadas infrações, observando que pela redação contida no Auto de Infração, verifica-se que o autuante, de forma cautelosa, indicou os Anexos que estariam relacionados a cada uma das infrações, porém não atendeu ao disposto nos artigos 28, § 4º, II e 46 do RPAF/99, pois os fatos arguidos deveriam estar acobertados por provas materiais, o que não ocorreu.

Afirma que diante dessa omissão, ficou impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa, já que não tem como se certificar dos fatos alegados pelo autuante, quanto à situação cadastral de seus clientes. Neste sentido, com base no art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, não há outro caminho, senão o de julgar nulas as infrações 08 e 13.

Assegura que, mais uma vez, se verifica cerceamento do direito de defesa, por não ter sido apontada, com clareza e precisão, a irregularidade correspondente à infração 13, uma vez que o autuante acusa o contribuinte de ter deixado de proceder à retenção do imposto e o consequente recolhimento, em relação às saídas internas subsequentes, nas saídas para contribuintes com situação cadastral irregular. Argumenta que não ocorreu uma descrição clara e precisa do fato gerador da obrigação principal, no que se refere a essa infração. Lembra que para ser legítimo, o Auto de Infração deve obedecer a diversos requisitos contidos na legislação tributária, destacando-se o previsto no art. 39, III do RPAF/99, que trata da necessidade de a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias, ser feita de forma precisa e sucinta.

Assegura que não entendeu exatamente qual o teor da acusação relativa àquela infração, que tem uma redação dúbia, permitindo ao menos três possibilidades de acusações distintas, haja vista que diz que o destinatário encontra-se com a sua inscrição estadual cancelada ou suspensa ou baixada, de modo que a redação nada se aproxima de uma descrição clara, precisa e sucinta dos fatos, contrariando o disposto no art. 39, III do RPAF/99. A respeito da descrição obscura do fato gerador, traz doutrina sobre a questão, nas palavras de Alberto Xavier e Hugo de Brito Machado. Salienta que com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, deve ser decretada a nulidade da infração 13.

Realçando que o CONSEF não tem aceito que uma autuação seja obscura, que não retrate com clareza o seu teor, transcreve as decisões prolatadas neste Conselho, concernentes aos Acórdãos de nºs JJF 0520/99 e 0787/99, que resultaram na nulidade das autuações. Requer que os autos sejam remetidos à Secretaria do CONSEF, para que sejam juntadas as decisões em referência, visando enriquecer os elementos de convicção dos representantes do órgão julgador.

Destaca que apesar de haver motivo para a decretação da nulidade das infrações 08 e 13, apenas para argumentar, realça que, no mérito, as duas imputações são improcedentes, conforme passa a debater. Lembra que de acordo com o art. 155, parágrafo único do RPAF/99, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, mesmo sendo objeto de nulidade. Passa a tratar a respeito das infrações, afirmando que provará que houve equívoco ao se exigir o imposto apontado no Auto de Infração.

Ressalta que em relação às infrações não defendidas, já providenciou o respectivo pagamento, seja por meio de parcelamento, seja por meio de apresentação de certificado de crédito fiscal, o que mostra o 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.

Assevera que, através das duas infrações, o autuante pretende cobrar ICMS, desconsiderando as notas fiscais emitidas pelo impugnante, considerando que as vendas se destinaram a pessoas sem inscrição estadual. Observa que o autuante ao calcular o valor do ICMS aplicou a MVA [margem de valor adicionado] do anexo 89, previsto para contribuintes. Estranha esse procedimento, que somente o prejudica, uma 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, e em outro penaliza o autuado, sob a alegação de venda para contribuinte e por consequência aplica as MVAs do anexo 89.

Argumenta que os destinatários de suas mercadorias são inscritos no cadastro do ICMS da Bahia, e se algum deles, no momento da venda, se encontrava em situação irregular, isto não é problema seu, e sim da SEFAZ, que mesmo sabendo da irregularidade, pois tem um sistema a seu favor, mantém tais estabelecimentos em operação. Conclui que, assim, não pode ser penalizado, pois até mesmo a redação do art. 1º do Decreto 7.799/2000, prevê a redução para contribuintes inscritos, o que corresponde ao presente caso, e não havendo informação no Decreto quanto à regularidade ou não do adquirente, o documento da venda é legal, e não inidôneo, não podendo ser desconsiderado.

Visando demonstrar a falta de controle do sistema da SEFAZ-BA, junta à defesa, notas fiscais eletrônicas atuais emitidas para contribuinte com inscrição estadual irregular e mesmo assim tendo a liberação por parte da SEFAZ/BA (anexo D – fls. 794 a 812). Frisa que nem o sistema do próprio Fisco é capaz de invalidar as operações comerciais para esses contribuintes, porém pretende penalizá-lo, exigindo a diferença de ICMS e MVA, pelo fato de o contribuinte se encontrar inapto.

Observa que cabe à legislação tributária prever as situações em que um contribuinte é obrigado a recolher um tributo, além de estabelecer a forma e a metodologia utilizáveis para a apuração do valor do tributo. Aduz que no seu caso é certo que o transcrito art. 1º do Decreto 7.799/00 estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas. Frisa que esse dispositivo é claro o suficiente, quando estabelece o direito ao citado benefício, o que não foi observado pelo autuante, nos demonstrativos vinculados às infrações 08 e 13.

Trata a respeito do mérito atinente à infração 11, salientando que quase todas as notas fiscais objeto desta acusação foram escrituradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias (LRE), conforme discriminou em seguida, mês a mês:

- janeiro de 2007 – a Nota Fiscal nº 66.633, emitida Josapar Joaquim Oliveira S.A., foi consignada no LRE nº 05, pág. 16, com o 166.633; a Nota Fiscal nº 34.929, emitida por RMR Agro Ind. Com. Ltda., encontra-se lançada no LRE do ano de 2008, pág. 17; a Nota Fiscal nº 6.371, emitida por Bertin S.A., foi apropriada no LRE do ano de 2008, pág. 22 (anexo E – fls. 813 a 821);
- fevereiro de 2007 – a Nota Fiscal nº 35.713, emitida por RMR Agro Ind. Com. Ltda., encontra-se lançada no LRE do ano de 2008, pág. 52; a Nota Fiscal nº 30.893, emitida por Kimberly-Clark Brasil, foi apropriada no LRE nº 05, pág. 134 (anexo F – fls. 822 a 825);
- março de 2007 – a Nota Fiscal nº 547.634, emitida por Atacadão Recôncavo Ltda., foi lançada no LRE nº 05, pág. 216, com o nº 547.684; a Nota Fiscal nº 247, emitida por Higibetti Ind. e Com. Prod. Químicos, foi lançada no LRE nº 05, pág. 315 (anexo G – fls. 826 a 829);
- abril de 2007 – a Nota Fiscal nº 918.427, emitida por Primo Schincariol S.A., foi lançada no LRE do ano 2008, pág. 147; a Nota Fiscal nº 557.992, emitida por Atacadão Recôncavo Ltda., foi lançada no LRE nº 05, pág. 322, com o nº 557.982; a Nota Fiscal nº 557.890, emitida por Atacadão Recôncavo Ltda., foi lançada no LRE nº 05, pág. 322, com o nº 557.898; a Nota Fiscal nº 253.195, emitida Bertin S.A., foi apropriada no LRE nº 05, pág. 346, com o nº 253.193 (anexo H – fls. 830 a 843);
- maio de 2007 – a Nota Fiscal nº 2.029, emitida por Hipermarcas S.A, foi lançada no LRE nº 06, pág. 35 (anexo I – fls. 844 a 848);
- julho de 2007 – a Nota Fiscal nº 279.859, emitida por Gonçalves – Salles S.A., foi apropriada no LRE nº 06, pág. 130; a Nota Fiscal nº 45.830, emitida por Osram do Brasil Ltda., foi lançada no LRE nº 06, pág. 172; a Nota Fiscal nº 2.026, emitida por Siol Goiás Ind. de Alim. Ltda., foi apropriada no LRE nº 06, pág. 209; a Nota Fiscal nº 215.997, emitida por Hipermarcas S.A, foi lançada no LRE nº 06, pág. 225 (anexo J – fls. 849 a 857);

- agosto de 2007 – as Notas Fiscais de nºs 2.355 e 2.356, emitidas por Siol Goiás Ind. de Alim. Ltda., foram apropriadas no LRE nº 06, pág. 308 (anexo K – fls. 858 a 861);
- setembro de 2007 - a Nota Fiscal nº 2.570, emitida por Bertin S.A., foi lançada no LRE nº 06, pág. 392 (anexo L fls. 862 a 864);
- outubro de 2007 – a Nota Fiscal nº 2.840, emitida por Siol Goiás Ind. de Alim. Ltda., foi apropriada no LRE nº 06, pág. 425; a Nota Fiscal nº 36.966, emitida por Nestlé Brasil Ltda., foi lançada no LRE nº 06, pág. 464, sob o nº 39.096 (anexo M – fls. 865 a 869);
- novembro de 2007 – a Nota Fiscal nº 22.375, emitida Hipermercados S.A, foi lançada no LRE nº 07, pág. 124 (anexo N – fls. 870 a 874);
- dezembro de 2007 – a Nota Fiscal nº 129.852, emitida por Avipal Nordeste S/A, foi apropriada no LRE nº 07, pág. 130 (anexo O – fls. 875 a 877).

Quanto às notas fiscais de nºs 249.810, 250.907, 57, 13.920, 965.806, 14.209, 86.207, 17.878, 36.965, 331.244, 331.246, 331.245, 230.567, 45.464 e 818.946, relacionadas no anexo P (fls. 878 a 880), afirma que solicitou cópias dessas notas fiscais, comprovante de recebimentos e pagamentos, aos fornecedores, para que possa saber o que ocorreu, conforme comunicado no anexo Q (fls. 881 a 890). Afirma que, entretanto, não comprou as mercadorias junto a esses fornecedores. Requer, também, que o Fisco lhe forneça as cópias dessas notas fiscais.

Por tudo quanto exposto, e com base nos elementos materiais e jurídicos apresentados, requer, sem prejuízo de outros pedidos já feitos, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações defendidas, nos exatos termos presentes na peça defensiva.

No tocante às infrações em relação às quais os julgadores visualizem situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, se decida pela improcedência, pelos diversos motivos trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único do RPAF/99. Salienta que sendo decidido nos termos solicitados, certamente se estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, que certamente arcará com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

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

O autuante prestou informação fiscal às fls. 893 a 903, ressaltando que todas as imputações constantes do Auto de Infração estão devidamente amparadas nas provas necessárias, através de documentos anexados ao processo.

Salienta que todos os dados constantes dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz foram confrontados com os dados escriturados nos seus livros fiscais, o que significa que todos os elementos constantes do Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos e registrados na escrita fiscal, arrecadados junto ao contribuinte e analisados durante a ação fiscal.

Contesta a alegação de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido comprovada por meio de documentação (infrações 08 e 13), aduzindo que, no caso da infração 08, que trata da venda de mercadorias a contribuintes com inscrição estadual cancelada, em processo de baixa ou baixada, com o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, a comprovação da acusação se refere às notas fiscais emitidas pelo autuado, onde se constata a efetiva situação cadastral dos contribuintes, através de cruzamentos efetuados com o Banco de Dados – Sistema INC/Informações do Contribuinte, da Sefaz, na data da emissão das notas fiscais. Como exemplo, anexou cópias de extratos da situação cadastral dos contribuintes, indicando a situação irregular à época da realização da operação comercial (fls. 447 a 479).

Quanto à infração 13, que diz respeito à falta de retenção do ICMS por substituição, relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação de cancelada, em processo de baixa ou baixada, tem como base de levantamento o

batimento das informações constantes nas notas fiscais emitidas pelo autuado e o Banco de Dados da Sefaz, em confronto com a situação cadastral dos contribuintes, no período da emissão dos documentos fiscais. Esclarece que esta infração tem como base de dados os mesmos contribuintes com inscrição estadual irregular objeto da infração 08.

Lembra que o disposto no transcrito art. 11 do RPAF/BA, permite que o interessado tome ciência de todo o teor do processo, bem como solicitar cópias de documentos anexados ao mesmo.

No que concerne à arguição de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido apontado com clareza nem precisão, quanto à infração 13, realça que, conforme dito acima, essa infração diz respeito à falta de retenção do ICMS nas vendas para contribuintes em situação irregular, tendo o autuado entendido de forma equivocada a redação, ao questionar a possibilidade de um mesmo contribuinte estar com a sua inscrição estadual cancelada, suspensa por processo de baixa ou baixada. Afirma que em nenhum momento deixou dúvida quanto à redação, ou seja, que o autuado realizou operações comerciais com contribuintes que naquele momento estavam com sua inscrição estadual irregular, ou seja, ou estavam com a inscrição cancelada ou com a inscrição baixada ou com a inscrição suspensa por processo de baixa. No Anexo 14 (fls. 733 a 746) e no CD (fl. 20), entregues ao autuado, consta o detalhamento de todas as operações, cálculos, indicação da MVA e inscrição do adquirente. Já às fls. 447 a 479 há cópias do extrato histórico de situação dos contribuintes, com a indicação da situação cadastral na data da operação.

Assim, não vislumbra razão nenhuma para o pedido de nulidade, uma vez que todos os pressupostos previstos no RPAF/99 foram atendidos pelo autuante.

Quanto à alegação de que se pretendeu cobrar ICMS desconsiderando as notas fiscais emitidas pelo autuado, atribuindo a venda a pessoas sem inscrição estadual, aplicando a MVA do anexo 89 previsto para contribuintes, diz que não tem nenhum cabimento, pois em nenhum momento desconsiderou as notas fiscais emitidas pelo impugnante. Apenas observou o disposto no art. 1º do Decreto 7.799/2000, que estabelece a redução de base de cálculo nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, valendo dizer, contribuintes ativos, ou seja, com sua inscrição estadual regular.

Ressalta que sempre foi obrigação dos contribuintes do ICMS nas operações comerciais que realizarem, a exigência de confirmação da real condição de contribuinte do ICMS, conforme dispõe o art. 142 do RICMS/97, que transcreveu.

Quanto à argumentação de que não observara a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto 7.799/00, no cálculo das infrações 08 e 13, realça que o benefício possui certas condições que devem ser satisfeitas, para ter plena eficácia, sendo uma das mais importantes aquela que se encontra detalhada no seu art. 1º, que transcreveu. Assim, o benefício somente ocorre quando as mercadorias se destinam a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia. Observa que o entendimento do autuado é que sendo o adquirente um contribuinte do ICMS por si só basta para aplicação do benefício, de modo que estaria desobrigado de proceder à retenção do ICMS, por tratar-se de vendas para contribuintes com inscrição cadastral irregular, o que se constitui em equívoco, haja vista que os artigos 167, 170 e 171, além do 914, do RICMS/BA, que tratam das questões de baixa de inscrição, suspensão de inscrição e de inscrição inapta, impõem graves consequências para os contribuintes que se encontram nestas situações, inclusive para os seus representantes, que ficam em situação irregular no cadastro, não podendo sequer requerer outra inscrição estadual.

Acrescenta que o conceito de contribuinte do ICMS, contido no art. 36 do RICMS/BA, independe de estar ou não o mesmo com seu registro cadastral, sendo que, de acordo com o art. 182 do RICMS, o que caracteriza ser determinada pessoa contribuinte do ICMS não é o fato de estar ou não inscrito, e sim o preenchimento dos requisitos do art. 36. Realça que existe grande diferença entre contribuinte do ICMS e contribuinte inscrito no CAD-ICMS, estando no primeiro grupo os comerciantes não inscritos, importadores e contribuintes com inscrição irregular, e no segundo os contribuintes com inscrição estadual ativa e, assim, passível de utilizar qualquer benefício previsto na legislação,

pertinente à sua condição ou atividade econômica, neste caso atacadistas, e que atendam cumulativamente a outras condições, como assinatura de termo de acordo, atividade econômica, etc.

Aduz que a legislação estadual não proíbe que o autuado comercialize para contribuintes em situação irregular, o que não admite é que pelo simples fato de que um dia o comerciante teve uma inscrição estadual, em muitos casos com inscrição irregular, possa ser dado o mesmo tratamento de um contribuinte com sua inscrição estadual ativa. Neste caso, o contribuinte irregular é tratado como um contribuinte não inscrito, cabendo ao estabelecimento vendedor efetuar a substituição tributária pelas operações subsequentes do adquirente, haja vista que por se tratar de um “contribuinte não inscrito” o estado não terá como exigir deste o recolhimento do imposto, entendimento que está disciplinado no inciso I do art. 353, combinado com o art. 61 do RICMS/BA.

Por fim, entende ser totalmente descabido o argumento do autuado de transferir a responsabilidade de consultar a situação cadastral dos seus clientes à Secretaria da Fazenda, pois esta tem procurado facilitar ao contribuinte o acesso rápido e instantâneo, disponibilizando todo o cadastro de contribuintes em seu “site” na Internet, para consulta por qualquer pessoa interessada na informação, conforme dispositivos contidos nos artigos 178, 179 e 181 do RICMS/BA.

Tratando sobre a questão de mérito abordada pela defesa em relação à infração 11, de que quase todas as notas fiscais tinham sido escrituradas no livro Registro de Entradas, salienta que com base nas justificativas e nas provas trazidas ao processo, procedeu a uma revisão no demonstrativo dessa infração, chegando às conclusões que apresenta em seguida, indicando que acatou as provas atinentes a quase todos os documentos fiscais alegadas na impugnação, com exceção das Notas Fiscais de nºs 45.830 e 129.852, tendo em vista que no livro fiscal foram lançadas outras notas fiscais, respectivamente com os nºs 45.936 e 130.325.

Assim, excluindo do demonstrativo constante do Anexo 12 as notas fiscais cujos lançamentos foram comprovados pelo autuado mediante documentos apresentados, o valor da infração 11 passa de R\$49.714,97 para R\$16.211,86, conforme novo demonstrativo do Anexo 12A (fl. 904). Junta, também, demonstrativo de débito - Anexo 15 (fl. 905), contemplando a redução dos valores desta infração, tudo constante do CD anexado à fl. 906.

Com relação à solicitação do autuado para que o fisco forneça cópias de notas fiscais, reprisa que de acordo com o art. 11 do RPAF/BA, o contribuinte poderá solicitar cópias de documentos anexados ao processo, mediante pedido escrito.

Frisa que a autuação está de acordo com as normas tributárias deste Estado, notadamente o disposto na Lei nº 7.014/96 e no RICMS/BA.

Considerando que parte das razões defensivas foi acatada, no que se refere à infração 11, e tendo em vista que os itens de infração em que não houve defesa e aqueles cujos argumentos não foram acatados pelo autuante, sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Após ser cientificado sobre a informação fiscal e seus anexos, o autuado se manifestou às fls. 910 a 917, requerendo que suas alegações sejam apreciadas em conjunto com as argumentações de defesa. Considerando a grande quantidade de argumentos defensivos que foram objeto da informação fiscal, se pronuncia sobre todos, um a um, mantendo a sequência adotada na impugnação.

Reprisa que houve cerceamento do direito de defesa, quanto às infrações 08 e 13, por falta de comprovação documental das acusações, pois a despeito das explicações dadas na informação fiscal, o autuante não comprovou ter fornecido cópias das provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos.

Salienta que não dissera desconhecer o teor do art. 11 do RPAF/BA, tendo apenas alegado que o cumprimento do quanto determinado na legislação tributária é dever dos prepostos do Fisco, para permitir que o acusado se utilize da ampla defesa, sob pena de nulidade da autuação. Nesse sentido, utiliza-se dos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a” e 28, § 4º, inciso II do RPAF/99.

Quanto à argumentação de cerceamento do direito de defesa, por falta de clareza na irregularidade consignada na infração 08, diz que, da mesma forma, as explicações dadas pelo autuante não foram suficientes para derrubar a tese da defesa, uma vez que o preposto fiscal continuou a não apontar, de forma objetiva, quais as mercadorias objeto da autuação. Mantém a afirmação de que a mera indicação do número da nota fiscal não é capaz, por si só, de evidenciar a correta alíquota a ser aplicada, para fins de exigências de ICMS recolhido a menor. Transcreve os artigos 18, incisos II e IV, alínea “a” e 39, inciso III do RPAF/99.

No mérito, tratando a respeito das infrações 08 e 13, repete que a legislação tributária prevê as situações em que um contribuinte é obrigado a recolher um tributo, assim como estabelece a metodologia utilizável para que o tributo seja apurado, sendo que no caso do autuado, o art. 1º do Decreto 7.799/00 estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas.

Observa que ao contestar o argumento da defesa, o autuante disse que, por não poder se assegurar que as saídas teriam sido destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, não restaria atendido o disposto no art. 1º do citado Decreto, não cabendo a redução da base de cálculo. Entende que o autuante presumir que os destinatários (supondo que fossem verdadeiras as omissões de saídas apuradas) não seriam inscritos no CAD-ICMS, ou que estariam com a inscrição “irregular”, para, a partir daí, concluir não ser devida a redução de base de cálculo, é um claro excesso de exação.

Além disso, lembra que a atividade do autuado é atacado, o que faz que não mereça guarida a presunção de seus clientes não serem contribuinte inscritos no CAD-ICMS da Bahia.

Assevera ser necessário considerar o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme se verifica no trecho do seu item “1”, que transcreveu.

No que concerne à infração 11, requer que seja reconhecida não só a redução do valor inicial que era de R\$49.714,97 para R\$16.211,86, assim como o valor remanescente, uma vez que não comprou as mercadorias referentes às seguintes Notas Fiscais, conforme dissera na defesa: 249.810, 250.907, 57, 13.920, 965.806, 14.209, 86.207, 17.878, 36.965, 331.244, 331.246, 331.245, 230.567, 45.464 e 818.946. Afirma que apesar de ter solicitado aos fornecedores cópias das notas fiscais, comprovante de recebimentos e pagamentos, para que possa saber o que ocorreu, não comprou tais mercadorias.

Contesta a afirmação do autuante, de que não houve defesa sobre essas notas fiscais, aduzindo que para reforçar o seu argumento de que não comprou as mercadorias, recebeu a resposta do fornecedor Frisa Nordeste, que emitiu a Nota Fiscal nº 86.207, no valor de R\$11.679,51, em 07/09/2007, tendo emitido, em seguida, a Nota Fiscal de devolução nº 29.243, de 13/09/2007, no mesmo valor, cujas cópias juntou no anexo R (fls. 919 a 921).

Destaca que operações como a acima descrita, onde as mercadorias nem chegam a circular pelo estabelecimento do autuado, é difícil de controlar, de modo que só teve conhecimento da operação através do Auto de Infração. Reafirma, mais uma vez, que não comprou as mercadorias referentes às notas fiscais acima relacionadas.

Com base nos elementos materiais e jurídicos apresentados, requer, sem prejuízo de outros pedidos feitos na defesa, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações defendidas, nos exatos termos da impugnação. Solicita o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive diligências/perícias fiscais e posterior juntada de documentos.

Considerando que ao impugnar a infração 11, que se referiu à falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da verificação de entradas de mercadorias não registradas, o sujeito passivo alegou que não comprou as mercadorias referentes às Notas Fiscais de nºs 249.810, 250.907, 57, 13.920, 965.806, 14.209, 86.207, 17.878, 36.965, 331.244, 331.246, 331.245, 230.567, 45.464 e 818.946, tendo solicitado que lhe fossem entregues as cópias desses documentos, e para que não se caracterizasse o cerceamento do direito de defesa do contribuinte: a 1ª JJF converteu o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO (fl. 932), para que a Repartição Fazendária entregasse ao autuado as cópias reprográficas das citadas notas fiscais e da solicitação de diligência. Na oportunidade deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos.

Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse informação fiscal, salientando-se que deveriam ser observados os artigos 651, 652 e 654 do RICMS/BA, no que concerne aos retornos e devoluções de mercadorias.

Intimado nos termos solicitados pela 1ª JJF, o autuado apresentou defesa complementar às fls. 938 a 941 (Vol. III), requerendo que suas razões sejam apreciadas em conjunto com as alegações de defesa e manifestação fiscal, em conformidade com a legislação processual e com os demais textos normativos aplicáveis.

Tratando sobre o mérito da infração 11, solicita que a 1ª JJF reconheça a redução do valor da infração, que passou para o valor de R\$16.211,86, depois da informação fiscal. Pleiteia, também, que sejam esclarecidos os motivos da exigência indevida de ICMS relativo às seguintes notas fiscais recebidas através da diligência:

janeiro de 2007 – as Notas Fiscais de nºs 249.810 e 250.907, emitidas por Kimberly Clark Kenko, foram devolvidas pela própria empresa, com as Notas Fiscais de nºs 11.011 e 11.012, de 05/03/2007, conforme livro Registro Entrada do fornecedor. Chama a atenção para a dificuldade que o autuado tem ao se defender a um evento com esse, pois não tem nenhum controle dessa natureza. Caso seja necessário, o Fisco pode levantar a informação junto com a Kimberly. (anexo S – fls. 948 a 954);

julho de 2007 – a nota fiscal nº 965.806, emitida por Perdigão Agroindustrial S/A, foi devolvida pela própria empresa com a Nota Fiscal nº 967.019, de 26/07/2007, conforme livro Registro de Entrada do fornecedor (anexo T – fls. 955 a 958);

outubro de 2007 – a Nota Fiscal nº 36.965, emitida por Nestlé Brasil Ltda., foi devolvida pela própria empresa, em 07/11/2007, pela Nota Fiscal nº 40.320 (anexo U – fls. 959 a 962). Ainda nesse mês, as Notas Fiscais de nºs 331.244, 331.245 e 331.246, da Johnson Distribuidora Ltda., foram sinistradas, conforme boletim de Ocorrência Policial (anexo X – fls. 968 a 979);

novembro de 2007 – a Nota Fiscal nº 230.567, emitida por Coop. Reg. Prod. de Açúcar e Alcool de Alagoas, está devidamente escriturada no livro de Registro de Entrada nº 03, pág. 459. Esclarece que essa nota fiscal se refere ao ano de 2006 e não de 2007, como consta na planilha fiscal. (anexo V – fls. 963 a 967);

dezembro de 2007 – a Nota Fiscal nº 45.464 (fl. 962), da Nestlé Brasil Ltda., se refere à pallet e não a mercadoria.

Em reforço ao argumento de que não comprou as mercadorias em questão, junta novamente as notas fiscais de remessa e de devolução, emitidas pela empresa Frisa Nordeste, atinentes à Nota Fiscal nº 86.207 (anexo R – fls. 946 a 947).

Argumenta que tendo esclarecido a respeito de quase todas as notas fiscais, o Fisco deve investigar as empresas que emitiram as Notas Fiscais de nºs 57, 13.920, 14.209, 129.852 e 818.946, objeto dessa infração, solicitando que apresentem os respectivos comprovantes de recebimentos e pagamentos. Realça que, no entanto, não comprou as mercadorias junto a esses fornecedores.

Sem prejuízo de outros pedidos já feitos na presente impugnação, pugna pela nulidade e pela improcedência das infrações defendidas. Requer pelo direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio de diligências/perícias fiscais e de posterior juntada de novos documentos.

Às fls. 983 e 984, o autuante prestou informação fiscal acerca das justificativas e provas apresentadas pelo autuado, salientando que procedeu a uma revisão do demonstrativo da infração 11, alterando o Anexo 12, conforme detalhou em seguida. Salienta que o autuado não se defendeu a respeito das seguintes Notas Fiscais: 57, 573.232, 573.228, 573.315, 573.352, 38.841, 13.920, 14.209, 17.878 e 818.946.

Esclarece que não acatou os argumentos defensivos relativos às Notas Fiscais de nºs 45.830 e 129.852, uma vez que foram lançadas no livro Registro de Entradas outras Notas Fiscais, respectivamente de nºs 45.936 e 130.325.

No que concerne às demais notas fiscais, acatou as comprovações trazidas pelo impugnante, que consistiram nos seguintes fatos: foi demonstrado que as notas fiscais haviam sido devidamente lançadas nos livros Registro de Entradas do autuado; que tinham sido objeto de devolução por parte dos próprios fornecedores, e cujas notas fiscais de entrada foram lançadas nos respectivos livros fiscais; documentos fiscais sinistrados, conforme boletim de ocorrência; e uma nota fiscal relativa a mercadorias não tributáveis.

Conclui que a diligência apresenta como resultado a alteração da infração 11, considerando-se os argumentos e, principalmente, as provas documentais trazidas pelo contribuinte, bem como que ainda restaram documentos fiscais coletados pelo sistema CFAMT, os quais têm o autuado como destinatário, sem comprovação do não recebimento das mercadorias, remanesce a base de cálculo de R\$139.909,36, que resulta no ICMS no valor de R\$12.068,22, mantendo a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007.

Constam extratos do SIGAT/SEFAZ às fls. 924 a 930 atinentes ao pagamento e ao parcelamento de valores consignados no Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à nulidade arguida pelo impugnante, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva. Isto porque o presente processo administrativo fiscal se encontra revestido das formalidades legais, estando determinados os fatos geradores, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes.

Registro que a acusação fiscal está de acordo com os fatos apurados pela Fiscalização, cuja descrição apresenta-se de forma clara e precisa no Auto de Infração, onde constam o esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem das infrações apuradas, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Ademais, nos demonstrativos elaborados pelo autuante foram apontados os valores que geraram a imposição contida em cada um dos itens da autuação, além de se encontrarem acompanhados dos elementos que lhes deram base e que geraram as exigências tributárias em questão.

Constato que descabe a nulidade do lançamento, sob a alegação do autuado de que não teriam sido observados os princípios da verdade material e o da inquisitorialidade, assim como que o seu direito de defesa teria sido cerceado, haja vista que não tem sustentação a afirmação quanto à falta de recebimento dos elementos de prova atinentes aos questionados itens do lançamento.

Quanto ao argumento de que a acusação atinente às infrações 08 e 13 não teria sido comprovada por meio de documentação, ressalto que essas duas imputações foram motivadas pelo fato de o sujeito passivo ter efetuado vendas de mercadorias tributáveis para contribuintes com sua situação irregular no Cadastro Estadual, sendo que as provas efetivamente se encontram acostadas aos autos,

referindo-se às notas fiscais emitidas pelo autuado, onde se constata a efetiva situação cadastral dos adquirentes dos produtos, através de cruzamentos com os extratos cadastrais dos contribuintes, à época da realização das operações comerciais.

No que se refere à alegação do contribuinte de que não teria recebido uma parcela das notas fiscais correspondentes à infração 11, saliento que atendendo pedido desta 1ª JF, por meio de diligência fiscal tais documentos lhe foram entregues, quando foi reaberto o prazo de defesa em trinta (30) dias, o que afastou o motivo suscitado.

No que concerne à arguição de falta de descrição clara e precisa do fato gerador da infração 13, observo que esta imputação está corretamente apontada no Auto de Infração, referindo-se à falta de retenção do ICMS devido pelas saídas subsequentes a ser promovidas por contribuintes com situação cadastral irregular.

Já em relação à afirmação de que o Fisco não teria apontado quais as mercadorias objeto da infração 08, baseando-se tão somente nas notas fiscais de saída, ressalto que tais documentos fiscais são de posse do autuado, não havendo o que se cogitar de limitação do seu direito de defesa. Ademais, os demonstrativos indicam cada item constante nas notas fiscais correspondentes, sendo apontadas as situações pertinentes a cada mercadoria constante nos documentos fiscais.

Acrescento que o lançamento se encontra em conformidade com as disposições emanadas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em especial o seu art. 39, não tendo havido ofensa a nenhum dos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Deste modo, não há o que se falar na nulidade do lançamento tributário, restando afastados os pedidos apresentados pelo impugnante nesse sentido, e considerando que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados no presente Auto de Infração.

Quanto à alusão do impugnante sobre a inversão do ônus da prova, por entender que cabe ao Fisco provar o quanto alegado, saliento que tendo em vista que em relação a todas as infrações o autuante apresentou demonstrativos, onde apontou os documentos fiscais nos quais foram detectadas as irregularidades praticadas, estando esses documentos e os livros fiscais correspondentes na posse do próprio autuado, caberia a este, com base nos elementos de que dispõe, oferecer as impugnações pertinentes, se fosse o caso, o que, no presente processo, ocorreu apenas de forma parcial. Saliento, assim, que o contribuinte é quem deve trazer os elementos de prova de que as informações contidas nos documentos que ele próprio elaborou e forneceu à Fiscalização, estão de acordo com os dados que se encontram em sua escrita fiscal. E tanto é assim, que em relação aos argumentos defensivos amparados em base legal e em provas documentais, foram devidamente analisados e acatados.

No mérito, verifico que através do Auto de Infração em lide foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de treze irregularidades, dentre as quais o autuado acatou o lançamento correspondente às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 10 e 12, tendo, inclusive, efetuado o pagamento ou o parcelamento dos valores correspondentes. Deste modo, não existe lide quanto a estas imputações, que ficam mantidas integralmente.

Quanto às infrações 08 e 13, vejo que a primeira se refere ao recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, enquanto a seguinte tratou da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes.

Neste caso, o sujeito passivo argumentou que não poderia ser responsabilizado pela situação cadastral dos seus clientes. Ressalto, no entanto, que no caso dos contribuintes que se encontram com suas inscrições irregulares no cadastro estadual, a Secretaria da Fazenda divulga, por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, a situação dos contribuintes, além de disponibilizar tais informações em sua página na Internet. Ademais, de acordo com o disposto no art. 142, inciso I

do RICMS/BA, o autuado está obrigado a exigir dos outros contribuintes, nas operações que com eles realizar, a comprovação de sua regularidade cadastral, por meio da exibição do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Noto que através dos demonstrativos apresentados às fls. 432 a 446 (infração 08) e 733 a 746 (infração 13), o autuante apontou de forma clara como encontrou os valores apurados em cada um dos períodos compreendidos na autuação, os quais foram levantados com base nos dados disponibilizados pelo próprio contribuinte, ou seja, nas notas fiscais emitidas. Em complemento, encontram-se anexados fls. 447 a 479, por amostragem, os extratos que indicam a situação cadastral dos adquirentes, identificando a situação irregular quando da realização da operação comercial.

Ressalto que descabe a argumentação do sujeito passivo de que os cálculos realizados pelo autuante se encontrariam incorretos e que o prejudicaram, desde quando, considerando que de acordo com o art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, para que o contribuinte se utilize da redução da base de cálculo prevista, devem ser atendidas determinadas condições, especialmente que os destinatários das mercadorias se encontrem regularmente inscritos na Secretaria Estadual da Fazenda, o que não ocorreu, tornando totalmente pertinente a exigência da diferença do imposto destacado a menos, no caso da infração 08. Quanto à infração 13, tendo em vista a mesma situação aqui explanada, foi lançado o imposto que deveria ter sido retido pelo autuado, na condição de substituto tributário.

Não acato o pleito relativo à aplicação da proporcionalidade da tributação, prevista na Instrução Normativa 56/2007, haja vista que tal adoção se restringe às infrações decorrentes da aplicação de presunção de omissão de operações de saídas de mercadorias, previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o que não é o caso.

Deste modo, não tem nenhuma pertinência o quanto sustentado na defesa, o que torna as infrações 08 e 13 integralmente subsistentes.

A imputação concernente à infração 11 decorreu da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da verificação de entradas de mercadorias não registradas. Consigno que esta exigência fiscal se amparou na presunção legal de que, ao deixar de contabilizar as entradas de mercadorias, o sujeito passivo efetuou os pagamentos correspondentes com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Verifico que essa infração corresponde a 43 notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT. Ao impugnar este item da autuação, inicialmente o contribuinte apresentou os seguintes argumentos: que uma grande parcela das notas fiscais arroladas no lançamento tinha sido escriturada nos livros fiscais próprios; que não recebera algumas das notas fiscais em questão; e que alguns dos documentos fiscais tinham sido objeto de retorno, procedimento adotado pelos próprios fornecedores, através da emissão de notas fiscais de entrada.

Constato que ao prestar a sua informação fiscal, o autuante, de forma acertada, excluiu da infração uma quantidade de vinte e uma notas fiscais que efetivamente tinham sido lançadas nos livros Registro de Entradas de Mercadorias, o que sanou o primeiro ponto abordado pela defesa.

Quanto à falta de entrega de notas fiscais do CFAMT e ao retorno de mercadorias não recebidas, ao diligenciar o processo, esta 1ª JJF solicitou que os questionados documentos fossem entregues ao contribuinte, assim como que fosse analisada a documentação correspondente aos alegados retornos de mercadorias. Vejo que ao se pronunciar a respeito, o contribuinte carrou novos argumentos e provas, que consistiram nos seguintes pontos: que três notas fiscais tinham sido sinistradas; que uma nota fiscal se referia a mercadoria não tributada; e que uma nota fiscal correspondia ao exercício anterior, porém tivera sido lançada. Observo que tais alegações foram parcialmente acatadas pelo autuante, conclusão que acompanho parcialmente, conforme discorrerei em seguida.

Assim é que concordo com a exclusão das seguintes notas fiscais: dos três documentos sinistrados, haja vista a apresentação do concernente boletim de ocorrências; daquela relativa a mercadorias não tributáveis (pallets); e, também, da situação referente à nota fiscal de 2006, que já tinha sido lançada pelo autuado. Concorde, ainda, com o entendimento do autuante, ao não aceitar a alegação relativa às Notas Fiscais de nºs 45.830 e 129.852, uma vez que as notas fiscais registrada continham numeração diversa.

Divirjo, entretanto, quanto à exclusão das cinco notas fiscais que teriam sido objeto de retorno por parte dos fornecedores, tendo em vista que não foram trazidas as provas necessárias para comprovar que, realmente, ocorreu o desfazimento do negócio envolvendo tais operações. Realço que este entendimento está embasado na previsão contida no art. 654 do RICMS/BA, que preconiza que nessa situação devem ser apresentados os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios do retorno das mercadorias concernentes às notas fiscais não recebidas, a exemplo da cópia autêntica das primeiras vias das notas fiscais de venda e das notas fiscais de entrada, do livro Registro de Entradas do fornecedor, onde conste o lançamento da Nota Fiscal de retorno e a comprovação de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não foi recebida.

E, por esta razão, refaço o demonstrativo de fl. 985, para manter as Notas Fiscais de nºs 249.810 e 250.907 (do mês 01/2007), 965.806 (07/2007), 86.207 (09/2007) e 36.965 (10/2007), de forma que a infração 11 fica mantida de forma parcial, no valor de R\$13.598,50, de acordo com a tabela que apresento abaixo, sendo mantida a proporcionalidade apurada de 52,233% para as mercadorias normalmente tributáveis:

PERÍODO	VALOR TOTAL	ICMS TOTAL	ICMS JULGADO
01/2007	3.380,62	574,71	300,19
02/2007	1.150,00	195,50	102,12
06/2007	66.390,20	11.286,33	5.895,19
07/2007	28.062,48	4.770,62	2.491,84
08/2007	21.364,20	3.631,91	1.897,06
09/2007	11.679,51	1.985,52	1.037,10
10/2007	1.825,75	310,38	162,12
12/2007	19.290,00	3.279,30	1.712,88
TOTAL			13.598,50

No que concerne à alegação do contribuinte de que caberia ao Fisco efetuar uma investigação a respeito dos emitentes das notas fiscais do CFAMT que lhe foram entregues na diligência e sobre as quais não conseguiu impugnar devidamente a acusação fiscal, ressalto que nessa situação o ônus da prova cabe ao autuado, haja vista que os documentos fiscais foram emitidos em seu nome, as vendas foram realizadas a prazo, além de constar a comprovação do recebimento das mercadorias. Acrescento que o CONSEF já firmou entendimento quanto à aceitação das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, como prova da entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, restando mantidas integralmente as infrações 01 a 10, 12 e 13, e de forma parcial a infração 11, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0004/10-3**, lavrado contra **CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.069.591,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.055.992,53 e de 70% sobre R\$13.598,50, previstas no art. 42, incisos VII, alíneas “a” e “b”, II, alíneas “a”, “e” e “f” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR