

A. I. Nº - 207098.0005/10-0
AUTUADO - CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. Fato não contestado. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas. **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Fato não contestado. **d)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Infração elidida em parte. **e)** ATIVO IMOBILIZADO. Fato não impugnado. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Fato não contestado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Fatos não contestados. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUENTES DO IMPOSTO E PARA PESSOAS INSCRITAS COMO “CONTRIBUINTE ESPECIAL”. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Fatos não contestados. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência fiscal decorrente do cometimento da infração descrita no item 1 acima. Infração não elidida. 5. CONTA “CAIXA”. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Elidida em parte a infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$1.064.416,95, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$217.599,36, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, no exercício de 2008, conforme demonstrativo e documento às fls. 25 a 148. ANEXO 1;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$6.714,38, referente a aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no exercício de 2008, conforme demonstrativo e documento às fls.150 a 218. ANEXO2;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$413,44, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março e maio 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls. 220 a 223. ANEXO 3;
4. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$19.932,29, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls. 225 a 352. ANEXO 4 . Em complemento consta: *ICMS recolhido a menor em razão de erro de aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas de mercadorias tributárias através de emissões de notas fiscais regularmente escrituradas, conforme demonstrativo constante do Anexo 04;*
5. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$61.706,57, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls.354 a 366. ANEXO 5. Em complemento consta: *ICMS recolhido a menor em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas de mercadorias tributadas através de emissão de Cupom Fiscal, regularmente escriturado, emitido por Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, conforme demonstrativo constante do Anexo 05;*
6. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$1.182,31, nos meses de julho e outubro 2008, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo e cópia da nota fiscal às fls. 368 a 372. ANEXO 6A
7. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$3.842,30, nos meses de janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2008, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo e cópia da nota fiscal às fls.374 a 397. ANEXO 7ª;
8. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$58.119,11, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2008, conforme demonstrativos às fls.399 a 467.ANEXO 8. Em complemento consta: *Referente a vendas de mercadorias tributárias para NÃO CONTRIBUINTES do ICMS, com a utilização da redução de base de calculo prevista no Art. 1º do Decreto nº 7.779/00, conforme demonstrativo constante do Anexo 08;*
9. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$79.897,21, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2008, conforme demonstrativos às fls.469 a 532. ANEXO 9;
10. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$377.817,61, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no exercício de 2008, conforme demonstrativo à fl. 534 a 575. ANEXO 10. Em complemento consta: *Previsão contida no Art. 6º do decreto nº 7.799/00, do qual o contribuinte é signatário mediante celebração de Termo de Acordo, conforme demonstrativo constante do Anexo 10;*

11. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$35.675,75, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no exercício de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 577 a 579. ANEXO 11. Em complemento consta: *Referente às operações de saídas de mercadorias tributadas para contribuintes em situação cadastral irregular no cadastro de Contribuintes do ICMS, tais como: Cancelado, Inapto, Baixado e Suspenso por Processo de Baixa, sem a efetuação da retenção do ICMS na qualidade de contribuinte substituído, conforme demonstrativo constante do Anexo 11;*
12. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$23.632,00, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no exercício de 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls. 581 a 620. ANEXO 12. Em complemento consta: *Referente a utilização a maior de crédito fiscal do ICMS proveniente de entradas de mercadorias para EMBALAGEM, contatando-se a apropriação de valor superior ao permitido pela legislação, tendo em vista a proporcionalidade entre as saídas isentas e não tributadas das saídas totais, conforme demonstrativo constante no Anexo 12;*
13. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 177.884,62, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no exercício de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 622 a 777. ANEXO 13.

O autuado, através de seus advogados, fls. 779 a 799, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Inicialmente comenta sobre os princípios da Verdade Material, à luz do artigo 2º do RPAF/99, e sobre o princípio da inquisitorialidade, para argüir a existência no lançamento de diversos vícios insanáveis, que no seu entender, implicam na nulidade das infrações 09 e 11 do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Fundamenta sua argüição dizendo que não houve atendimento por parte da fiscalização ao disposto nos artigos 28, parágrafo 4º, inciso II, 46 e 39, inciso III, do citado Regulamento, em razão da falta de comprovação por meio de documentação da acusação fiscal, pois não tem como verificar a situação cadastral dos clientes (destinatários das mercadorias) da empresa autuada, bem como por falta de clareza na descrição dos fatos da infração 11, caracterizando cerceamento do direito de defesa. Cita a jurisprudência do CONSEF (Acórdãos JJF nº 0520/99; JJF nº 0787/99) e a doutrina em lições de professores de direito tributário sobre tais questões.

Foi solicitado pelos defendentes que na fase de instrução do julgamento deste PAF, os autos fossem convertidos em diligência até a Secretaria deste CONSEF, objetivando-se o acostamento das íntegras das decisões, devidamente autenticadas, cujas Ementas aqui foram oferecidas, visando-se enriquecer os elementos de convicção dos representantes deste órgão julgador.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo impugnou apenas as infrações 09, 11 e 13, e ressalta que relativamente às infrações ora não defendidas, já providenciou o respectivo pagamento, seja por meio de parcelamento, seja por meio de apresentação de certificado de crédito fiscal.

Com relação às infrações 09 e 11, destaca que nestes itens a fiscalização pretende cobrar ICMS desconsiderando as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento atribuindo a venda de pessoas sem inscrição estadual, e exige imposto calculado com aplicação de MVA do anexo 89 previsto para contribuintes.

Diz que todos os contribuintes objeto da autuação para os quais foram destinadas as mercadorias são inscritos no cadastro do ICMS da Bahia, e 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, tem seu sistema ao seu favor, então porque ainda mantém tais estabelecimentos em operação.

Sustenta que todos os documentos não são inidôneos e os contribuintes são inscritos, e que não deve ser penalizado visto que a redação do art. 1º. do decreto 7799/2000, reza que poderá ser reduzida a base de cálculo para contribuintes inscritos, não havendo previsão no referido decreto quanto a regularidade ou não do destinatário da mercadoria.

Juntou cópias de notas fiscais eletrônicas para contribuinte com inscrição irregular e mesmo assim, aduz que a liberação por parte da SEFAZ-BA (conforme anexo-D) demonstra que nem o sistema do próprio fisco é capaz de invalidar para estes contribuintes.

Feitas estas considerações, os defendentes argüem a necessidade de ajustar a exigência do imposto na forma disposta no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, que estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas, nas operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único, que integra o citado Decreto, o que não foi observado pelos autuantes.

Quanto à infração 13, referente a acusação de entradas não registradas, alega que:

“1) Algumas destas notas fiscais, objeto desta acusação desta infração, foram escrituradas no Livro de Registros de Entradas de Mercadorias conforme explicação abaixo:

- No mês de abril de 2008, a nota fiscal de nº 2500, data de 04/04/2008, emitida pela Polpa Rio Bahiano, foi apropriado no Livro de Registro de Entrada nº 08, pág. 161 com a numeração de nº 2500. (anexo-E);

A nota fiscal de nº 643373, datada de 10/04/08, emitida COOP. SUL-RIO GRANDENSE DE LATICÍNIOS LTDA, foi apropriado no Livro de Registro de Entrada nº 08, pág. 192, com a numeração 043373(anexo-E);

- No mês de maio de 2008 - A nota fiscal de nº 262264, datada de 31/05/2008, valor de R\$8.607,35, emitida pela Sococo AS Indústria Alimentícias, foi devolvida pela NF 14706, datada em 31/05/2008, emitida pela própria Sococo. (anexo-H);

- No mês de julho de 2008 - A nota fiscal de nº 4028, datada de 10-jul-08, valor de R\$10.800,00, emitida pela Siol Goiás Indústria de Alimentos Ltda, a carga foi sinistrada, informação obtida pela própria Empresa. Frisa que cabe Fisco solicitar informação desta própria empresa. (anexo-F);

- No mês de julho de 2008 - A nota fiscal de nº 4028, datada de 07/06/2008, valor de R\$975,00, emitida pela Indústria de Doces Filgueiras Ltda, foi apropriado no Livro de Registro de Entrada do ano de 2007 nº 06, pág. 315 com a numeração de nº 4028, esta nota fiscal é do ano de 2007 (anexo-G);

- No mês de agosto de 2008 - As notas fiscais de nº 77025, 77026 e 77027, datadas de 22/08/2008, cujos os valores são R\$12.750,66; R\$4.253,80 e R\$13.820,75, emitidas pela empresa Nestlé Brasil, foram devolvidas pela própria empresa conforme notas fiscais nº 78818, 78817 e 78816, emitidas em 03-09-2008, emitidas pela própria Nestlé Brasil (anexo-P);

- No mês de setembro de 2008 - A nota fiscal de nº 128502, datada de 10/9/2008, valor de R\$28.328,41, Flora Produtos de Higiene e Limpeza S/A, foi devolvida pela própria, pelo relatório de devolução de venda da Empresa, entendendo que cabe ao Fisco solicitar informação desta própria empresa. (anexo-I);

A nota fiscal de nº 2778, datada de 25/09/2008, valor de R\$11.904,00, emitida pela LMC Alimentos Ltda foi apropriada no Livro de Registro de Entrada do ano de 2007 nº 06, pág. 463 com a numeração de nº 2778, e esta nota fiscal é do ano de 2007. Assim também como a nf 398275 esta também é do ano 2007, conforme mesmo livro, pag. 387 (anexo-J);

- No mês de novembro de 2008 - A nota fiscal de nº 74030, datada de 27/11/2008, valor de R\$7.822,90, Pascoal Butini Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, foi apropriada no Livro de Registro de Entrada do ano de 2007 nº 07, pág. 101 com a numeração de nº 74030, esta nota fiscal é do ano de 2007. (anexo-K).

Já as notas fiscais nº 43448, 43449, 43450, 43451 e 43494, datadas em 28/11/2008, Mercantil Rodrigues Ltda, diz que foram apropriadas no Livro de Registro de Entrada n.º 11, pág. 12 e pág. 37, com as numerações do mês janeiro de 2009 (anexo-L).

2) Não comprou mercadorias e nem adquiriu as mesmas emitidas pela empresa Camil Alimentos S/A, do ano de 2008, conforme (anexo-M). Como meio de provar essa alegação a empresa, requer que o Fisco solicite junto com a Camil Alimentos S/A, os comprovantes de recebimentos das referidas mercadorias e os comprovantes e os meios de pagamentos em sua contabilidade.

Ressalta que de acordo com as notas fiscais, os produtos: arroz e feijão, e que ambos são contemplados com redução de base de cálculo de 100%, conforme o artigo 87. Desta forma, chama a atenção de que para determinação da base de cálculo necessário se faz, no caso do RICMS-BA, em tela, observar o disposto na Instrução Normativa 56/2007, (anexo-N) expedido pela SEFAZ/BA, visando a aplicação da proporcionalidade das saídas tributadas sobre as saídas totais para aplicar sobre o valor do saldo credor e determinar base de cálculo. Observa que como cem por cento das saídas não são tributadas, não se pode apurar qualquer valor a título de base de cálculo, porque a proporcionalidade auferida seria de zero por cento, o que fulmina a exigência fiscal, pela inobservância do devido processo legal, ou observando por outra ótica, determina a sua improcedência pela inexistência de base de cálculo.

Mesma forma com a nota fiscal nº 1481, 09/02/2008, com produto feijão.

3) Devem ser excluídos desta infração os valores referente a nota fiscal nº 12890, R\$7.200,00, de produtos para uso e consumo: pneus, adquirido dentro do estado da Bahia já pago ICMS por substituição tributária. Assim também com a nota fiscal nº 34625, produto o uso e consumo. (anexo-o).

Ao final, protestando o direito de provar tudo quanto foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos, requer que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações impugnadas.

Na informação fiscal às fls.909 a 924, o autuante esclareceu que todas as infrações constantes do Auto de Infração estão devidamente respaldadas das provas necessárias, através de documentos anexos ao PAF, cujos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais do estabelecimento, ou seja, que os levantamentos estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados durante o período da execução da fiscalização.

Rebateu as preliminares de nulidades nos seguintes termos.

1– Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido comprovada por meio de documentação (infrações 09 e 11).

Esclareceu que a infração 09 diz respeito à venda de mercadorias tributadas para contribuintes com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO, com o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, tendo como demonstrativo comprobatório da infração as notas fiscais emitidas pelo contribuinte durante o exercício de 2008, onde pode-se constatar a efetiva situação cadastral dos contribuintes do ICMS através de cruzamentos efetuados com o Banco de Dados – Sistema INC – Informações do Contribuinte, da Sefaz, na data da emissão dos referidos documentos fiscais. Como exemplo, anexou ao Auto de Infração cópias de extratos da situação cadastral dos contribuintes – histórico da situação, acusando a situação cadastral irregular à época da realização da operação comercial, conforme documentos acostados às fls. 483 a 507.

Já a infração 11, diz que se refere à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO,

tendo como base de levantamento o batimento das informações constantes nas Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte autuado e o Banco de Dados da Sefaz em confronto com a situação cadastral dos contribuintes do ICMS, no período da emissão dos referidos documentos fiscais. Frisa que esta infração tem como base de dados os mesmos contribuintes com inscrição estadual irregular objeto da infração nº 09.

Lembra que o disposto no art. 11 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, permite ao interessado tomar ciência de todo o teor do PAF, bem como solicitar cópias de documentos anexados ao mesmo.

2 – Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido apontada com clareza nem precisão a suposta irregularidade fiscal (infração 11).

Observa que a infração 11 diz respeito à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO, tendo como base de levantamento o batimento das informações constantes nas Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte autuado e o Banco de Dados da Sefaz em confronto com a situação cadastral dos contribuintes do ICMS, no período da emissão dos referidos documentos fiscais.

Chama a atenção de que o autuado entendeu de forma equivocada a redação desta infração, quando questiona a possibilidade de um mesmo contribuinte estar com a sua inscrição estadual cancelada, suspensa por processo de baixa ou baixada, pois no demonstrativo denominado ANEXO 11, acostado às fls. 577 a 579 do processo, entregues ao autuado, também constante do CD anexado à fl. 20, de igual forma entregue ao autuado, conforme recibo de entrega assinado pelo representante legal do autuado à fl.19, constam o detalhamento de todas as operações, cálculos, indicação da MVA e nº de inscrição do adquirente. Aponta que se encontram anexadas às fls. 483 a 507 cópias do extrato histórico de situação de cada contribuinte, emitido pelo Sistema de Informação do Contribuinte da Sefaz – INC, com a indicação da situação cadastral na data da operação.

Sobre o mérito, em relação às infrações 09 e 11, o autuante rebateu a alegação de que pretende cobrar ICMS desconsiderando as notas fiscais emitidas pelo autuado atribuindo a venda de pessoas sem inscrição estadual, e para tanto aplica a cobrança do ICMS com MVA do anexo 89 previsto para contribuintes, dizendo que em nenhum momento da autuação foram desconsideradas as notas fiscais emitidas pelo autuado. Apenas foi observado o disposto no Art. 1º do Decreto 7.799 de 09/05/2000, que estabeleceu o benefício da redução de base de cálculo nas operações de saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, valendo dizer, contribuintes ATIVOS, ou seja, com sua inscrição estadual regular.

Ressalta que é uma obrigação dos contribuintes do ICMS nas operações comerciais que realizarem com outros contribuintes, a exigência de confirmação da sua real condição de contribuinte do ICMS, conforme disposto no Art. 142 do RICMS/97.

Também não acolheu a pretensão do autuado sobre a necessidade de ajustar a exigência do imposto à verdadeira tributação ocorrida nas operações de saídas do autuado (infrações 09 e 11), ou seja, de que não foi observada nos demonstrativos fiscais a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, por entender que o benefício contido no citado Decreto exige o cumprimento de certas condições que devam ser satisfeitas pelos contribuintes beneficiários para ter plena eficácia, em especial a contida no artigo 1º, que prevê que a fruição do benefício somente ocorre quando as mercadorias comercializadas destinarem-se a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia.

Discordou do entendimento do autuado de que sendo o adquirente de suas mercadorias um contribuinte do ICMS por si só é condição suficiente para aplicação do benefício previsto no Decreto 7.799/00, bem como desobrigado está de proceder a retenção do ICMS por tratar-se de

operações comerciais com contribuintes com inscrição cadastral irregular, ou seja, inapto, baixado ou suspenso por processo de baixa, invocando os artigos 167, 170 e 171, bem como o 914, do RICMS/97, que tratam das questões de baixa de inscrição, suspensão de inscrição por indeferimento de pedido de baixa e de inscrição inapta impõe graves consequências para os contribuintes que se encontram nestas situações, inclusive para os seus sócios e representantes que ficam em situação IRREGULAR no referido cadastro, não podendo nem sequer requerer outra inscrição estadual.

Frisa que o conceito de contribuinte do ICMS contido no art. 36 combinado com o artigo 182 do RICMS/99, independe de estar ou não o mesmo com seu registro cadastral.

Argumenta, ainda, que no RICMS o contribuinte com inscrição irregular é tratado como um contribuinte não inscrito, cabendo ao estabelecimento vendedor efetuar a substituição tributária na qualidade de substituto tributário 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 ICMS, entendimento que está disciplinado no inciso I do Art. 353, combinado com o Art. 61 do RICMS/99.

Além disso, diz que cabe ao contribuinte a responsabilidade de consultar a situação cadastral dos seus clientes no site da Secretaria da Fazenda, conforme estabelecem os artigos 178, 179 e 181, do RICMS/97.

No tocante à infração 13, acolheu parte das provas apresentadas e fez uma revisão do feito, chegando às conclusões contidas no quadro abaixo:

Data	N.Fiscal	VL.Total	ARGUMENTOS DA DEFESA	POSIÇÃO FISCAL
04/04/2008	2500	1.104,00	Lançado no RE nº 08, pag. 161	NÃO COMPROVADO
10/04/2008	643373	219.374,00	Lançado no RE nº 08, pag. 192 com outra numeração	ACEITO
31/05/2008	262264	8.607,35	Devolvida pela NF 14706 pela SOCOCO.	NÃO COMPROVADO
10/07/2008	4028	10.800,00	CARGA SINISTRADA	NÃO COMPROVADO
07/06/2008	4028	975,00	Lançado no RE nº 06, pag. 315	ACEITO
22/08/2008	77025	12.750,66	Devolvido p/ NF 78818	ACEITO
22/08/2008	77026	4.253,80	Devolvido p/ NF 78817	ACEITO
22/08/2008	77027	13.820,75	Devolvido p/ NF 78816	ACEITO
13/09/2008	128502	28.328,41	Devolvido	NÃO COMPROVADO
25/09/2008	2778	11.940,00	Lançado no RE nº 06, pag. 463	ACEITO
15/08/2008	398275	697,77	Lançado no RE nº 06, pag. 387	ACEITO
27/11/2008	74030	7.822,90	Lançado no RE nº 07, pag. 101	ACEITO
28/11/2008	43494	8.864,00	O autuado alega que escriturou tais notas fiscais em janeiro de 2009, contudo anexou cópia de um livro Registro de Entradas sem autenticação e com aspecto de rascunho e também não atendeu ao disposto no Art. 101 do RICMS/BA.	NÃO COMPROVADO
28/11/2008	43448	67.968,00	Idem, acima.	NÃO COMPROVADO
28/11/2008	43449	63.488,00	Idem, acima.	NÃO COMPROVADO

28/11/2008	43450	63.488,00	Idem, acima.	NÃO COMPROVADO
28/11/2008	43451	63.488,00	Idem, acima.	NÃO COMPROVADO
09/02/2008	1481	3.875,00	Alegação de que não adquiriu a mercadoria	NÃO COMPROVADO
28/02/2008	12890	7.200,00	Alegação de que se trata de uso ou consumo não procede tendo em vista que a infração cometida foi de presunção de saídas decorrente de entradas não contabilizadas.	NÃO COMPROVADO
28/02/2008	34625	633,61	Alegação de que se trata de uso ou consumo não procede tendo em vista que a infração cometida foi de presunção de saídas decorrente de entradas não contabilizadas.	NÃO COMPROVADO
A autuada alega que não adquiriu mercadorias junto à empresa Camil Alimentos S/A.				NÃO COMPROVADO

Quanto a alegação de que não foi observada a disposição contida na Instrução Normativa nº 56/2007, observa que na 6ª Coluna da planilha constante do Anexo 13, fls. 622 a 625, bem como a planilha de Coeficiente de proporcionalidade, constante do Anexo 13A, fls. 625 A, foi levado em conta tal proporcionalidade.

Excluiu do demonstrativo fiscal constante do Anexo 13 as notas fiscais relacionadas cujos lançamentos foram comprovados pelo autuado em sua defesa e em provas documentais apresentadas, cujo valor histórico da infração passa de R\$ 177.884,62 para R\$ 150.724,20, conforme novo demonstrativo constante da planilha do Anexo 13A, anexado às fls. 920 a 923. Informa, que também anexou à fl. 924, Demonstrativo de Débito - Anexo 14, referente à Infração de nº 13 – Código: 05.05.01, contemplando a redução dos valores pertinentes a esta infração, tudo também constante do CD Room anexado às fls. 925.

Concluindo que a autuação está de acordo com as normas tributárias deste Estado, notadamente quanto ao disposto na Lei 7.014/96 e no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, e considerando que parte das razões apresentadas pelo autuado foram acatadas no que se refere à infração 13, e considerando as infrações em que não houve defesa e aqueles cujos argumentos apresentados não foram acatados pelo autuante, pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.926 a 927, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.909 a 924, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 929 a 937, argüindo o seguinte.

1- Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido comprovada por meio de documentação (infrações 09 e 11).

Alega que não obstante as explicações dadas pelo autuante, ele não conseguiu comprovar ter fornecido cópia das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

2 – Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido apontada com clareza nem precisão a suposta irregularidade fiscal (infração 11).

Neste tópico, da mesma forma que no anterior, argumenta que as explicações dadas pelo autuante 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.

Reitera 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, indo de encontro com a norma prevista no artigo 39, do RPAF/99.

No mérito, reitera sua informação sobre o falta de controle do sistema da SEFAZ-BA, e juntou cópias de notas fiscais atuais eletrônicas emitidas para contribuinte com inscrição irregular e mesmo assim tendo a liberação por parte da SEFAZ-BA (conforme anexo-D), para evidenciar que nem o sistema do próprio fisco é capaz de validar para estes contribuintes.

Não concordou com o argumento do autuante sobre a aplicação ao caso do disposto no artigo 353, I, do RICMS/97, dizendo que este artigo não trata de contribuinte inaptos.

Quanto a expressão "...contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes...", diz que o referido dispositivo legal é aplicável para revenda a contribuintes não inscritos que não é o caso, pois, no caso, efetuou venda a contribuintes inscritos, se no momento da operação existia irregularidade ao contribuinte entre a SEFAZ, não deixará de ser inscrito. Questiona porque a SEFAZ ainda mantém no seu cadastro contribuintes nessa situação.

Prosseguindo, destaca a necessidade de se ajustar a exigência do imposto ao disposto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece redução de base de cálculo para as operações de saídas internas, e ressalta que no caso por se tratar de operações de saídas de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único, que integra o citado Decreto, é devida a redução da base de cálculo na apuração do imposto vinculado às infrações 09 e 11

Por outro lado, argumenta que sendo atividade do estabelecimento ATACADO, não merece guarida a presunção de que os seus clientes não sejam contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Reafirma que é necessário levar a efeito o quanto disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, aplicando a proporcionalidade sobre o débito apurado.

Relativamente sobre a infração 13, diz que apesar do débito desta infração que era de R\$177.884,62, após a informação fiscal o valor foi reduzido para R\$150.724,20, reafirma que:

- No mês de maio de 2008 - A nota fiscal de nº 262264, datada de 31/05/2008, valor de R\$8.607,35, emitida pela Sococo SA. Indústria Alimentícias foi devolvida pela NF. 14706, datada em 31/05/2008, emitida pela própria Sococo. (anexo-1);
- No mês de julho de 2008 - A nota fiscal de nº 4028, data, de 10-jul-08, valor de R\$10.800,00, emitida pela Siol Goiás Indústria de Alimentos Ltda. A atuada já solicitou a cópia do boletim de ocorrência do sinistro desta carga para a empresa Siol, e mesma reafirmar que mesma foi sinistrada. É oportuno que o Fisco da SEFAZ-BA, solicite a informação da própria empresa, sobre o que aconteceu com as referidas mercadorias. (anexo-2);
- No mês de setembro de 2008 - A nota fiscal de nº 128502, datada de 13/09/08, valor de R\$28.328,41, Flora Produtos de Higiene e Limpeza S/A, foi devolvida pela NF. 138129, datada em 17/10/2008, emitida pela própria Flora. (anexo-3);

Já as notas fiscais nº 43448, 43449, 43450, 43451 e 43494, datadas de 28/11/2008, Mercantil Rodrigues Ltda. A atuada se apropriou no Livro de Registro de Entrada do em janeiro de 2009, nº 11, pág. 12 e pág. 37, com as numerações, e as referidas notas estão lançadas nos arquivo Sintegra de janeiro de 2009, conforme recibo de entrega dia 28/02/2009. (anexo-4).

Além disso, afirma que não comprou as mercadorias e nem adquiriu as mesmas nas notas fiscais emitidas pela empresa Camil Alimentos S/A, do ano de 2008, conforme (anexo-M). Requer que o Fisco solicite junto à citada empresa os comprovantes de recebimentos das referidas mercadorias e os comprovantes e os meios de pagamentos em sua contabilidade.

Diz que os produtos constantes nas notas fiscais são: arroz e feijão, e que ambos são contemplados com redução de base de cálculo de 100%, conforme o artigo 87 Assim, entende que para determinação da base de cálculo necessário se faz, no caso do RICMS-BA, em tela, observar o disposto na Instrução Normativa 56/2007, (anexo-N) expedido pela Administração Tributária Bahiana, visando a aplicação da proporcionalidade das saídas tributadas sobre as saídas totais para aplicar sobre o valor do saldo credor e determinar base de cálculo.

Assim, reafirma que como cem por cento das saídas são não tributadas, não se pode apurar qualquer valor a título de base de cálculo, porque a proporcionalidade auferida seria de zero por cento, o que fulmina a exigência fiscal, pela inobservância do devido processo legal, ou observando por outra ótica, determina a sua improcedência pela inexistência de base de cálculo.

Mesma forma com a nota fiscal nº 1481, 09/02/2008, com produto feijão.

Com relação à nota fiscal nº 12890, R\$7.200,00, produto uso e consumo: pneus, adquirido dentro do estado da Bahia já pago ICMS por substituição tributária e a nota fiscal nº 34625 produto o uso e consumo, (anexo-O), descabe a exigência fiscal.

Finaliza pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Considerando que:

- a) se encontra apensado indevidamente ao processo logo após a folha 909, resultado de diligência fiscal procedida no contribuinte COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE, referente ao Auto de Infração nº 281076.0011/08-6;
- b) a intimação à fl.926, expedida ao autuado, faz referência a entrega das folhas 909 a 924, relativa à informação fiscal que se encontra no CD à fl.925, porém, tais documentos não estão anexados ao processo.
- c) o disposto no artigo 131, VIII, do RPAF/99, in verbis: *O preparo do processo compreende as seguintes providências:VIII - recebimento das peças de defesa, informação fiscal, recurso e outras petições, bem como das provas documentais, laudos ou levantamentos, e sua anexação aos autos;*

Na Pauta Suplementar do dia 24/05/2011 foi proposta e acolhida pelos demais desta 2ª JF, converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências pelo órgão preparador:

- a) Procedesse o desentranhamento dos documentos constantes entre as folhas 909 e 925, mediante a lavratura de termo específico, na forma prevista no artigo 13 do RPAF/99 (*Art. 13. A juntada, separação ou desentranhamento de processo ou documento serão objeto de termo lavrado no processo correspondente*).
- b) Fizesse a juntada ao processo de cópia impressa da informação fiscal constante no CD à fl.925.
- c) Cumprida as providências acima, retornasse o processo para o CONSEF para ser concluída sua instrução visando o devido julgamento.

Conforme Termo de Desentranhamento constante à fl.998, a Infaz de origem informou que por corresponderem ao Processo nº 281076.0011/08-6, desentranhou as fls.805 a 811, e à fl.999 através do Termo de Entranhamento, anexou ao processo as fls.908 a 924.

Considerando que o sujeito passivo ao se manifestar sobre a informação fiscal constante às fls.909 a 919, anexou aos autos novos elementos de prova da infração 13, mais precisamente cópias de notas fiscais de devolução e de livro fiscal de entrada, sem que o autuante tivesse tomado conhecimento.

Considerando a alegação de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido comprovada por meio de documentação (infrações 09 e 11).

Na Pauta Suplementar do dia 26/07/2011, foi proposta pelo Relator e acolhida pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, a conversão do processo em diligência à Infaz de origem, para que o auditor fiscal autuante, examinasse as razões da defesa constantes na impugnação às fls.929 a 937, e prestasse nova informação fiscal com clareza e precisão, adotando a seguinte providência:

1. Se cabível, elaborasse nova planilha da infração 13, com a exclusão das notas fiscais devidamente comprovadas através dos documentos às fls.940 a 992.
2. Elaborasse demonstrativo de débito desta infração no formato constante no auto de infração resultante da providência anterior.

E após o cumprimento das providências anteriores, por parte do autuante, fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia dos novos elementos acostados aos autos por força da presente diligência; cópia dos documentos às fls.483 a 507, e cópia deste despacho de diligência, com a concessão do prazo legal, para sobre eles se manifestar, querendo.

Através da informação fiscal às fls.1.005 a 1007, o autuante cumpriu a diligência solicitada pelo órgão julgador, esclarecendo em face das justificativas apresentadas pelo autuado das novas provas anexadas à sua manifestação datada de 14/03/2011, procedeu a uma nova revisão no demonstrativo da Infração 13 - Anexo 13, e chegou às seguintes conclusões:

1. *Nota Fiscal nº 26226, datada de 31/05/2008, no valor de R\$ 8.607,35, emitida pela Sococo S.A Ind. de Alimentos - Operação de devolução comprovada, mediante emissão pelo remetente da NF 14706, de 31/05/2008.*
2. *Nota Fiscal nº 4028, datada de 10/07/2008, no valor de R\$ 10.800,00, emitida pela Siol Goiás Ind. De Alimentos Ltda - o autuante não comprovou que a carga foi sinistrada.*
3. *Nota Fiscal nº 128502, datada de 13/09/2008, no valor de R\$ 28.328,41, emitida por Flora Produtos de Higiene e Limpeza S/A - Operação de devolução comprovada, mediante emissão pelo remetente da NF 138129, de 17/10/2008.*
4. *As Notas Fiscais de nº 43448, 43449, 43450, 43451 e 43494, datadas de 28/11/2008, emitidas por Mercantil Rodrigues Ltda, restou comprovada a escrituração das mesmas no livro Registro de Entradas nº 11, no mês de janeiro de 2009, fls. 12 e 37, nos valores respectivos de R\$67.968,00, R\$63.488,00, R\$63.488,88, R\$63.488,88 e R\$8.864,00, embora a autuada não obedecesse ao disposto no Art. 101, do RICMS/BA, abaixo transcrito:*

Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito. §1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro; II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

a) que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos";

b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.

§ 2º Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do

Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS (grifos nossos).

Com relação às afirmações do autuado de que não adquiriu mercadorias junto à empresa Camil Alimentos S/A, no ano de 2008, e sua pretensão para que o Fisco solicite junto ao emitente dos documentos fiscais os comprovantes de recebimento das referidas mercadorias, o autuante assevera que esta providência é da [autuante], como fez com as notas fiscais acima indicadas, quando comprovou a devolução ou retorno das mesmas, e não quer transferir para o Fisco uma obrigação que é de sua competência.

Quanto aos argumentos de que as mercadorias constantes das referidas notas fiscais são contempladas com redução de 100% da base de cálculo (arroz e feijão) e/ou incluídas no regime de substituição tributária (pneus), o preposto fiscal não concorda por entender que a infração nº 13 diz respeito à presunção de saídas de mercadorias tributadas, e esta presunção indica que o autuado aplicou o resultado pecuniário (renda) resultante da referida omissão, na aquisição de tais mercadorias sem a devida escrituração fiscal e contábil, ou seja, os valores das omissões de entradas serviram de base de cálculo para a apuração da omissão de saídas presumidas, sendo também aplicado os critérios da proporcionalidade previstos na Instrução Normativa nº 56/2007 da SAT.

Juntou ao processo (Anexo 13B, fls.1.008 a 1.011) a nova planilha com a exclusão das notas fiscais cujas devoluções foram comprovadas como também aquelas escrituradas no exercício anterior, e o Anexo 15, fl. 1.012, constando o demonstrativo de débito da infração 13, com as exclusões antes mencionadas.

Conclui apresentando como resultado da diligência, a retificação do lançamento referente à infração 13, uma vez consideradas as provas documentais apresentadas pelo autuado, restando, ainda, documentos fiscais coletados pelo sistema CFAMT tendo o autuado como destinatário, sem comprovação do não recebimento das mercadorias, remanescendo o valor de R\$703.659,24 de base de cálculo, redundando em um ICMS a recolher de R\$119.622,07, tudo conforme planilhas às fls. 1.008 a 1.012.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 1.013 a 1.014, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 1.005 a 1.012, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de 13 (treze) infrações, sendo que, o sujeito passivo na peça defensiva se insurgiu apenas quanto ao débito lançados nas infrações 09, 11 e 13, declarando seu acatamento quanto aos demais itens.

Portanto, o autuado ao declarar o reconhecimento débito das infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, e 12, reconheceu o lançamento tributário a elas inerentes indicados no presente Auto de Infração, o que tornam subsistentes tais infrações.

Desta forma, ante o reconhecimento do autuado das infrações acima citadas, considero subsistentes estes itens da autuação, ficando a lide restrita aos itens impugnados (infrações 09, 11 e 13), que passo a analisar com base na documentação juntada aos autos pelo autuante e pelo autuado.

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

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

b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de

cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

c) Na informação fiscal o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito, merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, após a terceira informação fiscal, tendo o autuado recebido cópia da mesma com a correção do débito do item 01, e a juntada de cópias de notas fiscais, sendo o sujeito passivo intimado (fl. 328 e 329) do novo prazo de defesa, 30 (trinta) dias, para se manifestar, haja vista a juntada de documentos que já deviam ter sido entregues ao autuado ao final da ação fiscal.

d) Residindo no campo das provas, a alegação defensiva de que não foram juntadas as cópias das notas fiscais ao processo, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

e) Igualmente, entendo que se realmente foram colocadas indevidamente as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, também não é motivo para decretação de nulidade, pois por se tratar de questão da natureza formal, poderá ser corrigida pelo órgão julgador, por ocasião do exame do mérito se subsistir a acusação fiscal e for cabível à luz da legislação tributária.

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

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

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

INFRAÇÃO 09 e 11

Analisarei estes dois itens conjuntamente, pois o débito a eles inerente foi apurado através dos mesmos documentos fiscais.

A infração 09 faz referência a recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Já a infração 11, diz respeito à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS.

Nos demonstrativos constantes nos Anexos 09 e 11, fls. 469 a 532 (3.835 folhas), estão discriminados em cada coluna todos os dados do documento fiscal, bem como, os valores calculados pela fiscalização. Verifico que as diferenças constatadas são decorrentes do fato de não ter sido feita a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em virtude das vendas relacionadas se destinarem a contribuintes na condição “inaptos” no cadastro fazendário, enquanto que nos demonstrativos e às fls. 577 a 579 (4.378 folhas), está demonstrado o cálculo da retenção tributária sobre os mesmos valores dos documentos fiscais, respectivamente.

Portanto, o fulcro da autuação em ambos os itens é de redução indevida da base de cálculo, com base no Dec.7.799/00, e a falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por

substituição, relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO.

Na defesa foi argüido pelo sujeito passivo a nulidade deste item com base nas preliminares: a) Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido apontada com clareza nem precisão; b) Cerceamento do direito de defesa, pelo fato de a acusação não ter sido comprovada por meio de documentação; e no mérito, que os documentos fiscais são idôneos e os contribuintes inscritos, e que não lhe cabe verificar a situação cadastral dos mesmos, mas sim, à SEFAZ que tem seu sistema ao seu favor.

Quanto as preliminares de nulidades, vale registrar que já foram analisadas, cabendo acrescentar em relação à descrita no item “a”, que não assiste razão ao defendente, uma vez que as infrações estão descritas com clareza, especialmente a de nº 11, constando em complemento à descrição do fato no corpo do auto de infração, que as exigências fiscais originam-se de notas fiscais destinadas a contribuintes em situação cadastral irregular, tendo o sujeito passivo recebido cópia do auto de infração e dos levantamentos fiscais, inclusive em CD (fl.20), e pôde exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Quanto a outra preliminar, examinando os documentos acostados pelo autuante às fls. 483 a 507 (extratos da situação cadastral dos contribuintes – histórico da situação), verifico que foi feito um cruzamentos dos documentos fiscais com o Banco de Dados – Sistema INC – Informações do Contribuinte, da Sefaz, na data da emissão dos referidos documentos fiscais, constatando-se que os destinatários das mercadorias se encontravam com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO. Logo, a acusação fiscal está fundamente nos citados elementos de provas, quais sejam, os dados existente nos controles da Secretaria da Fazenda. Portanto, os fatos argüidos estão acobertados por provas materiais trazidas aos autos.

Assim, no plano formal, não existe nenhum vício que inquene de nulidade o presente lançamento, e o sujeito passivo não ficou impedido de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Assim, a lide se resume exclusivamente se a conclusão fiscal, diante das inscrições estaduais “inaptas”, deveria exigir o imposto sem a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas operações de saídas internas para estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único do referido diploma legal, e por via de consequência exigir a retenção tributária.

De acordo como artigo 142 do RICMS/97, é uma obrigação dos contribuintes do ICMS nas operações comerciais que realizarem com outros contribuintes, a exigência de confirmação da sua real condição de contribuinte do ICMS, cabendo a responsabilidade de consultar a situação cadastral dos seus clientes no site da Secretaria da Fazenda, conforme estabelecem os artigos 178, 179 e 181, do RICMS/97.

Por outro lado, consoante previsto no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, a fruição do benefício da redução da base de cálculo está condicionada que as mercadorias comercializadas se destinem a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia.

Quando o contribuinte está com sua inscrição irregular perante o fisco, para fins fiscais deve ser considerado como contribuinte sem inscrição cadastral, devendo ser aplicado o disposto nos artigos 167, 170 e 171, combinado com o artigo 914, todos do RICMS/97, e efetuar a retenção do imposto pelo estabelecimento vendedor na qualidade de substituto tributário pelas operações subsequentes do adquirente, nos termos do disposto nos artigos 167, 170 e 171, combinado com o artigo 914, todos do RICMS/97.

Desta forma, restando comprovado que os contribuintes destinatários das mercadorias se encontravam irregular no tocante à sua situação cadastral, considero correto entendimento da fiscalização em exigir a correta tributação sobre as operações objeto da lide, ou seja, o imposto e a respectiva retenção, sem o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00.

INFRAÇÃO 13

Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A infração está fundamentada na constatação da falta de registro nos livros fiscais de notas fiscais de compras, conforme planilha às fls.622 a 625, ensejando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas prevista no artigo 1º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, sendo considerado no cálculo do débito a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, em virtude do estabelecimento comercializar com mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária (fl. 625-A). As cópias das referidas notas fiscais encontram-se nos autos às fls.626 a 772.

O lançamento foi impugnado com base em duas alegações:

1. Que algumas das notas fiscais, objeto da acusação desta infração foram escrituradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias conforme explicação individualizada de cada nota fiscal no corpo de sua peça defensiva.
2. Não comprou e nem adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa Camil Alimentos S/A, IE 66607504, localizada na Via Urbana, 580 – Área U, Simões Filho/BA, do ano de 2008.

Como meio de prova dessa alegação a empresa, requer que o Fisco solicite junto com a Camil Alimentos S/A, os comprovantes de recebimentos das referidas mercadorias e os comprovantes e os meios de pagamentos em sua contabilidade.

3. Que não foi observada a disposição contida na IN 56/2007. Quanto a primeira alegação, verifico que o autuante em sua primeira informação fiscal apresentou um quadro, fls.917 e 918, demonstrando as notas fiscais que foi comprovado o registro no livro fiscal, e o motivo da não aceitação de algumas notas fiscais por falta de comprovação, e concluiu pela redução do débito para a cifra de R\$150.724,21, conforme demonstrativo à fl. 924.

Posteriormente, considerando as novas provas apresentados pelo sujeito passivo, fls. 940 a 992, cumprindo determinação do órgão julgador, fl.1.004, o autuante acolheu parte das justificativas, conforme informação às fls.1.005 e 1.006, concluindo que ainda restaram as notas fiscais relacionadas às fls.1.008 a 1.011 coletadas no CFAMT, tendo como destinatário o autuado, sem comprovação do não recebimento das mercadorias, o débito foi retificado para o valor de R\$119.622,07 (fl. 1.012).

No que tange a segunda premissa acima, verifico que os documentos fiscais contém os dados cadastrais do autuado, cujas cópias das notas fiscais foram coletadas nos postos no trajeto das mercadorias para o estabelecimento do autuado. A jurisprudência do CONSEF é no sentido de que tais documentos fiscais servem como elemento de prova das aquisições das mercadorias.

Sobre a alegação de que não foi cumprido o disposto na IN 56/2007, constato não assistir razão ao ao defendente, pois consta no CD à fl. 18 o cálculo da proporcionalidade e foi entregue conforme recibo à fl. 19.

Assim, considerando que o sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência feita pelo autuante, conforme intimação e AR dos Correios, fls.1.013 a 1.014, e não se manifestou, considero seu silêncio com uma aceitação tácita da conclusão fiscal.

Desta forma restando caracterizada a infração, a exigência fiscal encontra amparo no artigo 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, porquanto não foi elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, subsistindo este item no valor de R\$119.622,07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cuja configuração do débito passa a ser a seguinte:

INFRAÇÃO	VL.AUTUADOS	VL.JULGADOS
1	217.599,36	217.599,36
2	6.714,38	6.714,38

3	413,44	413,44
4	19.932,29	19.932,29
5	61.706,57	61.706,57
6	1.182,31	1.182,31
7	3.842,30	3.842,30
8	58.119,11	58.119,11
9	79.897,21	79.897,21
10	377.817,61	377.817,61
11	35.675,75	35.675,75
12	23.632,00	23.632,00
13	177.884,62	119.622,07
TOTAIS	1.064.416,95	1.006.154,40

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 13- 05.05.01

Data Ocor.	Data Vencido.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2008	09/02/2008	30.610,94	17	70	5.203,86
29/02/2008	09/03/2008	7.409,24	17	70	1.259,57
31/03/2008	09/04/2008	328,71	17	70	55,88
30/04/2008	09/05/2008	29.121,35	17	70	4.950,63
31/05/2008	09/06/2008	18.210,94	17	70	3.095,86
30/06/2008	09/07/2008	34.967,65	17	70	5.944,50
31/07/2008	09/08/2008	43.785,94	17	70	7.443,61
31/08/2008	09/09/2008	54.565,24	17	70	9.276,09
30/09/2008	09/10/2008	25.984,29	17	70	4.417,33
31/10/2008	09/11/2008	312.803,71	17	70	53.176,63
30/11/2008	09/12/2008	62.254,00	17	70	10.583,18
31/12/2008	09/01/2009	83.617,24	17	70	14.214,93
TOTAL					119.622,07

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 **207098.0005/10-8**, lavrado contra **CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.006.154,40**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$886.532,33 e de 70% sobre R\$119.622,07, previstas no artigo 42, II, alínea “a”, “e”, e “f”, VII, alínea “a” e “b”, e III, 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/99, 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, 01 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR