

A. I. Nº - 206888.0005/11-4
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 27/11/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0288-03/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações não impugnadas. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. Efetuada revisão fiscal por Auditores estranhos ao feito, foram excluídos da exigência fiscal os valores correspondentes aos contribuintes em situação regular, apurando o débito remanescente. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão fiscal por estranho ao feito, excluindo-se os débitos de vendas a contribuintes que estavam com inscrição ativa na data de ocorrência, apurado-se o débito remanescente. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO. Na revisão fiscal efetuada, constatou-se que alguns contribuintes se encontravam com situação cadastral regular. Após os ajustes efetuados foi apurado o débito remanescente. Infração subsistente em parte. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Efetuada revisão fiscal, foram retirados os débitos correspondentes às notas de devolução, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Após verificação efetuada por Auditores Fiscais encarregados pela revisão, após o refazimento dos cálculos não foi apurado débito no período fiscalizado. Infração insubsistente. b) ESTOQUE DE BEBIDAS. Infração não impugnada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2011, refere-se à exigência de R\$1.458.176,39 de ICMS, acrescido da multa de 50%, 60%, 70%, 100% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês 03/2007. Valor do débito: R\$41.995,78. Multa de 50%.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, outubro de 2007; janeiro a abril, junho a setembro e dezembro de 2008; março, maio, novembro e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$329.083,78. Multa de 60%.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009. Valor do débito: R\$10.527,75. Multa de 70%.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, no período de janeiro de 2007 a junho de 2009. Valor do débito: R\$70.999,19. Multa de 100%.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$587.273,92. Multa de 60%.

Infração 06: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Vendas a contribuintes com inscrições baixadas, canceladas e inaptos, sem efetuar a retenção do ICMS, prevista no art. 353 do RICMS/BA, no período de janeiro de 2007 a novembro de 2009. Valor do débito: R\$261.403,49. Multa de 60%.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$48.293,98. Multa de 150%.

Infração 08: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, em decorrência de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. Valor do débito: R\$87.881,73. Multa de 60%.

Infração 09: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. Valor do débito: R\$20.717,37. Multa de 60%.

Foi lavrado Termo de Revelia à fl. 2205, datado de 28/02/2012, tendo em vista que no prazo de trinta dias o autuado não apresentou defesa nem efetuou o pagamento do montante apurado no Auto de Infração.

O autuado apresentou impugnação (fls. 2225 a 2254 – VOL VIII), informando que reconhece como procedentes as infrações 01, 02 e 03, pretendendo realizar o pagamento ou parcelamento dos valores junto à repartição fazendária do seu domicílio tributário. Apresenta preliminares de nulidade, alegando que o autuante cometeu alguns equívocos que ferem de morte as infrações 04, 05 e 08, tornando-as nulas. Comenta sobre os aspectos conceituais entre atos administrativos nulos e atos anuláveis e diz que a nulidade absoluta no presente processo administrativo fiscal decorre do enquadramento imperfeito da infração 04, quando o autuante aplicou multa de 100% sobre o valor do ICMS exigido, indicando a desobediência ao art. 42, IV, “b” da Lei 7.014/96. O defendente transcreve o art. 18 do RPAF/BA e apresenta o entendimento de que ao não guardar correspondência entre o fato considerado como infração à legislação tributária e a sua perfeita

penalidade. Pergunta qual foi a infração, se crédito fiscal indevido ou o bem encontrado sem documentação fiscal, ou com documentação fiscal inidônea?

Quanto à infração 05, o defendente alega que a questão de nulidade está na comprovação dos fatos supostamente irregulares indicados pelo autuante. Diz que entregou ao autuante planilha demonstrativa da infração 02 (Doc. 02) que não guarda qualquer correspondência com a infração 05. Apresenta o entendimento de que a infração se refere ao recolhimento do imposto efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, sendo elaborada planilha para comprovar os fatos imputados, contendo bebidas alcoólicas, bombons e caramelos. Afirma que ficou prejudicado em sua impugnação, caracterizando cerceamento ao direito de defesa.

Em relação à infração 08, alega que o cerceamento ao direito de defesa ainda é mais grave, porque a fiscalização cita na descrição dos fatos que as mercadorias cujo recolhimento do ICMS por antecipação foi efetuado a menos estão relacionadas no anexo 69, mas o autuado diz que examinou todos os anexos do RICMS/BA, não localizando o referido anexo. Afirma que se tornou impossível o exame da autuação, por inexistência do comando normativo contido no Anexo 69 do RICMS/BA. O defendente reitera o pedido de anulação das infrações 04, 05 e 08

No mérito, o defendente alega que, na possibilidade de serem ultrapassadas as nulidades suscitadas, permanecem os insanáveis erros na autuação, o que resultará na declaração de improcedência das infrações 04, 05, 06, 07, 08 e 09.

Quanto à infração 04, o defendente alega que a exigência fiscal não pode prosperar, tendo em vista que nas datas das aquisições as empresas fornecedoras se encontravam em situação regular perante o fisco baiano, conforme demonstrativo que acostou aos autos (Doc. 03). A título de amostragem, elencou algumas notas fiscais cujos contribuintes se encontravam em situação regular. Afirma que tal situação se repete em todos os exercícios objeto da autuação, e o autuante não atentou que as empresas estavam aptas para realizar as operações comerciais nas datas de emissão das notas fiscais. Diz que após a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, que requereu, se remanescer algum valor, a multa aplicada deve ser retificada e reduzida pelo órgão julgador para o percentual de 60%, em razão do enquadramento indevido indicado pelo autuante. Reproduz o inciso VII, “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, pede a improcedência desta infração, ou no máximo, que seja realizada diligência para reduzir o valor originalmente exigido e retificação da multa aplicada.

Infrações 05 e 06: Alega que na infração 05 a metodologia utilizada pela fiscalização foi recalcular a diferença entre 10% e 17%, tendo em vista que desconsiderou as operações de comercialização do autuado para empresas supostamente canceladas, com utilização da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00. Na infração 06, diz que não há que se falar em exigência do ICMS por substituição tributária prevista no art. 353, I do RICMS, principalmente considerando que as empresas inexistem no mundo real e a previsão legal descrita no referido artigo é para o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes. Reproduz o mencionado dispositivo do RICMS/BA e diz que contribuintes não inscritos não significam contribuintes baixados, cancelados ou inaptos. Comenta sobre o princípio da tipicidade e diz que há invasão do patrimônio do autuado por ilação porque o autuante entende que deve exigir imposto por substituição tributária sem previsão legal contida no art. 353, I do RICMS/BA. Diz que também ocorreu equívoco do autuante quanto à infração 05, porque diversas notas fiscais emitidas pelo autuado se destinavam a contribuintes que se encontravam em situação regular perante o Fisco baiano na data da emissão do documento fiscal. Também alega que as notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado foram validadas pela SEFAZ, deixando clara a regularidade das operações. Informa que para comprovar as alegações defensivas, acosta ao presente PAF farta documentação que resultará na improcedência da infração 05. Alega, ainda, que o autuante não considerou nos seus cálculos a redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas em 55,55%, de forma que a carga tributária resultasse em 12% para empresas detentoras de termo de acordo, nos termos do art. 3º F do

Decreto 7.799/00, e 30% para os demais contribuintes, conforme estabelece o art. 87, inciso XXVI, cuja vigência se deu até 31/03/2009. Ressalta a questão dos créditos fiscais não considerados pelo autuante quando exigiu imposto integral nas operações amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo instituído pelo Decreto 7.799/00. Entende que o órgão julgador deve encaminhar o presente processo em diligência para que sejam apurados, calculados e estabelecidos integralmente os créditos fiscais correspondentes às operações de saídas com redução de base de cálculo destinadas a não contribuintes, assim como aqueles outros para contribuintes baixados e inaptos. Cita exemplos e diz que é indispensável o restabelecimento dos créditos fiscais originais em razão da glosa do benefício previsto no referido Decreto. Em seguida, o defendente comenta sobre o princípio da preservação da empresa, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Fala sobre o poder de polícia e outros princípios tributários.

Infração 07: O defendente alega que na situação em que ocorre a devolução da mercadoria adquirida com imposto retido pelo remetente, deverá haver destaque do imposto originalmente retido para que possa haver anulação da operação com substituição tributária. Transcreve o art. 368 do RICMS/97 e informa que no presente caso, as notas fiscais emitidas pelo defendente foram objeto de devolução ou desfazimento do negócio e não cabe recolhimento de imposto retido, porque não haverá uma operação subsequente com as mercadorias. Da mesma forma, quando da emissão da nota fiscal de entrada de mercadorias comercializadas pelo autuado, devolvidas pelos seus clientes, não cabe o recolhimento do imposto a título de substituição tributária. Pede a improcedência desta infração.

Infração 08: O autuado alega que diversos foram os equívocos cometidos pelo autuante. A título de amostragem acostou aos autos demonstrativos para comprovar a inconsistência da autuação. Quanto às NFs 126001 e 129044, alega que se referem a farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, não cabendo o pagamento de ICMS complementar, porque toda a tributação é regida pelos Protocolos 46/00 e 05/2001, e o imposto é repassado na proporção de 60% para o Estado de origem e 40% para o Estado de destino. Em relação às NFs 12625, 11819 e 11533, informa que se referem a preservativos, produtos isentos, nos termos do Convênio 116/98 e 116/99. Quanto às NFs 17933, 16746, 17057, 17058, diz que embora o autuante tenha informado uma base de cálculo reduzida não utilizou no cálculo final do ICMS substituição tributária em 10%, conforme art. 61 e reduzida em 18,53%, conforme Decreto 7.799/00, art. 3º-A. Com relação às NFs 57659, 59023, 58749, 59025, também houve equívoco do autuante quanto à base de cálculo reduzida. No tocante à NF 3423, de 23/09/2009, informa que se refere a bebida alcoólica (vinho), cuja antecipação tributária foi exigida até 31/03/2009. Quanto às NFs 4945, 10692, 290586, também se referem a bebidas alcoólicas que se encontravam sob o regime normal de tributação, cabendo recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, que foi devidamente recolhido.

O defendente apresenta contestação quanto aos percentuais de multa, alegando o caráter confiscatório e afronta às garantias constitucionais. Por fim, reitera as alegações de nulidade da autuação fiscal e as alegações de mérito, inclusive o pedido de realização de diligência e perícia. Pede que seja retificado o levantamento fiscal em razão de as empresa se encontrarem ativas no cadastro na data de emissão das notas fiscais

Às fls. 3414 a 3438 o autuado apresentou, ao Presidente do CONSEF, impugnação ao arquivamento por intempestividade da defesa apresentada, requerendo o cancelamento do Termo de Revelia (fl. 2205) e que fosse admitida a impugnação apresentada.

O defendente requereu às fls. 3485 a 3487 alteração de endereço para fins de encaminhamento de correspondências, intimações de decisões, julgamentos e diligências referentes ao presente PAF, em decorrência de incêndio accidental que destruiu completamente a sede da empresa.

Às fls. 3504/3505, com base nos princípios da razoabilidade, da eficácia, da economia processual, o Presidente do CONSEF acatou os argumentos aduzidos pelo autuado para prover o Recurso

Contra o Arquivamento da Defesa, encaminhando o PAF para julgamento por uma das Juntas de Julgamento fiscal do CONSEF.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 3525 a 3567 dos autos, dizendo que em cumprimento à ordem de serviço, emitida pela IFEP NORTE, foi lavrado contra o autuado o presente Auto de Infração, como resultado dos procedimentos de fiscais realizados. Diz que após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, a empresa fora convidada a tomar ciência do Auto de Infração, fato que ocorreu nas instalações da IFEP-NORTE, encontrando-se presentes, por parte da Empresa, a sócia, Senhora Eliana, sua funcionária responsável pelo setor fiscal, Edinete e os responsáveis pela contabilidade do contribuinte, conhecidos por Manoel, responsável pela confecção do Sintegra e o Senhor Falconery, responsável pela escrituração fiscal do contribuinte autuado; pela SEFAZ, o Senhor diretor da DAT Norte, O Senhor Inspetor da IFEP – NORTE, o Senhor Supervisor e o autuante. Salienta que todas as pessoas acima citadas, sempre tiveram conhecimento *pari passu* de todo o desenrolar do procedimento fiscal a que estava sendo submetida a autuada, na medida em que lhes eram remetidos para análise cada roteiro, à proporção em que eram concluídos, justamente com o propósito de dirimir possíveis conflitos. Diz que, estranhamente, os representantes do contribuinte autuado, sob a alegação de ganhar mais prazo para confeccionar a sua defesa, se recusaram a assinar o auto de infração. Em face desta conduta adotada pelo contribuinte, diz que só restou à SEFAZ encaminhar a referida intimação ao contribuinte por meio de AR, e somente em 23/04/2012, através do processo cadastrado no SIPRO, que vem a ser o Sistema de Protocolo da SEFAZ, o contribuinte refere-se à alteração do endereço. Informa que no Portal do Sistema Sefaz INC, onde se encontram gravadas todas as informações relativas aos contribuintes de ICMS do Estado da Bahia, dentre eles, o contribuinte autuado, até a presente data, continua constando o endereço consignado na intimação e auto de infração em discussão, ou seja, a mudança de endereço a que se refere o referido processo 069952/2012-5, folha 3484, diz respeito apenas aos atos processuais do processo do qual é patrono a NEXUS – Consultoria empresarial. Assim, considerando-se que não houve comunicação ou pedido de mudança de endereço por parte do contribuinte autuado, entende que restou provado que é válida a intimação efetuada no endereço constante do cadastro de contribuintes e, por consequência, a defesa ou impugnação protocolada é intempestiva, pois apresentada a destempo, porque foi alcançada pela figura da preclusão temporal. Diz que o autuado perdeu não só o prazo para a apresentação da impugnação, ocorrido em 27/02/2012, como perdeu também perdeu o prazo para recorrer ao Presidente do Consef, que é de 10 (dez) dias contados da data da declaração de intempestividade, nos termos do art. 112, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto 7629/99.

Salienta que a mesma vinculação que alcança o Auditor no momento da Constituição do Crédito Tributário, alcança todos os demais servidores da SEFAZ, inclusive aqueles momentaneamente lotados no CONSEF e que estão revestidos da função julgadora, inclusive o Senhor Presidente do Colegiado administrativo. Entende que o Presidente do CONSEF não atentou para o fato de que na verdade, o contribuinte incidiu em duas intempestividades, a primeira quando teve a sua impugnação considerada intempestiva, posto que o prazo para apresentá-la esgotou-se em 27/02/2012, mas só foi protocolada em 29/02/2012 e novamente quando apresentou recurso ao ilustre Presidente do Colegiado. Entende que flexibilizar os prazos processuais, não seja uma boa política, além de abrir precedente perigoso e não acobertado pelo RPAF, contribuirá sobre modo para o descrédito das citações e intimações que este órgão emitirá futuramente, independentemente de ferir, frontalmente, a disposição contida no art. 24 do RPAF, que trata do fiel cumprimento destes prazos. Transcreve trechos extraídos da internet sobre a importância que alguns doutrinadores renomados atribuem ao tema preclusão. Diz que a doutrina é firme no sentido de reconhecer como intempestivos os recursos apresentados fora do prazo, conforme consulta realizada na internet para demonstrar que a jurisprudência também não destoa do entendimento dominante relativo à preclusão. Afirma que não houve qualquer prejuízo processual para o contribuinte, por entender que a inscrição do débito em dívida ativa, fica

condicionada ao crivo do controle da legalidade, função que é exercida pela Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 113 do Regulamento do Processo Administração Fiscal. Comenta sobre o art. 112 do mesmo Regulamento e diz que o contribuinte ainda não adotou qualquer procedimento relativamente à mudança de endereço ou baixa da inscrição, mesmo quando os prepostos do contribuinte tomaram ciência “de fato” do auto de infração, não fizeram ou solicitaram que o referido auto de infração fosse enviado a outro endereço diverso do original. Diz que é dever da parte, qualquer que seja o processo em que esteja envolvido, administrativo ou judicial, comunicar a mudança de endereço, sob pena de validade das intimações e citações feitas no antigo endereço. A respeito deste tema apresenta alguns posicionamentos dos mais conceituados tribunais do país, que tratam, especificamente, de julgamentos relativos a mudança de endereço sem a devida comunicação ao órgão julgador.

Diz que na eventualidade absurda, de que os seus argumentos não sejam acatados é que se dispõe a analisar o mérito das alegações postas pelo contribuinte. Lembra que as infrações 01, 02 e 03 foram reconhecidas pelo contribuinte, e sobre elas incidiu o instituto da preclusão, de modo que não poderá o contribuinte doravante impugná-las. Esclarece que a informação fiscal refere-se apenas às demais infrações, ou seja, 04, 05, 06, 07, 08 e 09.

Infração 04: Informa que foi apurado que o autuado adquiriu mercadorias no estado da Bahia, oriundas de contribuintes que na oportunidade das respectivas operações se encontravam com situação irregular no cadastro de ICMS do estado da Bahia, sem que tenha havido por parte do adquirente o respectivo recolhimento do imposto destacado nas respectivas operações, o que torna tais créditos inidôneos referentes aos exercícios de 2007 a 2009.

Infrações 05 e 06: Esclarece que a ordem de serviço nº 513626/10, foi expedida para verificar denúncia anônima nº 00018326, formulada contra o contribuinte autuado de 14/05/2009, recebida pelo ASCC – Acompanhamento de Solicitações do Call Center, registrada no SIPRO – Sistema de Protocolo – Informações do Processo, número 099826/2009-6, de 06/07/2009, e as cópias das referidas denúncias encontram-se anexadas ao presente PAF, junto com a informação fiscal. Reproduz o teor da mencionada denúncia. Diz que após intimar o contribuinte e início do procedimento fiscal, constatou que o Registro 54 do Sintegra em cada um dos exercícios fiscalizados continha em torno de 1.200.000 registros. Quando efetuado o roteiro de auditoria em documentos fiscais, com o propósito de verificar as ocorrências de vendas destinadas a contribuintes com inscrições irregulares, com a utilização do SIFRA, aplicativo que contém um banco de dados composto pelo cadastro dos contribuintes do Estado da Bahia, inclusive com o histórico das alterações cadastrais dos contribuintes, constatou que em torno de 7% das operações consistiam em vendas destinadas a contribuintes que no momento das operações se encontravam com alguma restrição cadastral como “cancelado”, “inapto”, “baixado”, “suspense”. Diz que do total das operações com contribuintes irregulares foram excluídas aquelas operações sem incidência do ICMS, isentas, ou por que foram submetidas ao regime de substituição tributária. Também informa que, simultaneamente à fiscalização do contribuinte autuado, o autuante fiscalizava outro contribuinte atacadista, que por questões de ética e sigilo fiscal não teve o nome declinado, com a emissão de notas fiscais que resultava em um registro 54 do Sintegra semelhante ao do autuado. Em relação a este contribuinte, submetido ao mesmo processo de fiscalização, constatou-se apenas 355 registros de vendas a contribuintes com situação irregular, ou 0,000295833% enquanto nos arquivos do autuado, constava em torno de 100.000 registros irregulares por exercício, por isso, entende o autuante que tais ocorrências eram propositais e que as denúncias ofertadas contra o autuado, anteriormente referidas, não eram desprovidas de fundamento.

O autuante informa que a utilização do aplicativo programa “SIFRA”, permite que sejam apontadas no universo das operações efetuadas pelo contribuinte, aquelas realizadas com contribuintes com situação irregular no cadastro tais como: cancelada, baixada, suspensa, inapta, suspensa para efeito de baixa, etc. Cita exemplos e diz que a partir da utilização do referido

aplicativo, ficou demonstrado que o contribuinte autuado efetuou as vendas aos contribuintes em situação irregular constantes das planilhas que integram o presente auto de infração. Após estas exclusões, considerando tratar de vendas a contribuintes que naquele momento equiparavam-se a contribuintes não inscritos foram agregados às operações os percentuais de MVA de 20% ou 15%, conforme determinação contida no anexo 89 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto 6.284/97 e suas alterações posteriores, salientando que este procedimento é previsto no artigo 353 do referido Regulamento. Também esclarece que o ICMS normal apurado no auto de infração decorre da conduta do contribuinte, signatário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799-00, (Atacadista) que reduziu a base de cálculo de suas operações em 41,176%, conduta possível apenas nas operações de vendas efetuadas com destino a contribuintes regularmente inscritos no cadastro de ICMS do estado da Bahia, o que não foi o caso, conforme demonstrado a partir das fichas de cadastro dos contribuintes irregulares anexadas ao presente processo, fls. 701 a 2197. Diz que o valor do ICMS normal apurado nesta infração totaliza R\$ 587.273,92 (infração 05) e o valor do ICMS de responsabilidade do contribuinte autuado, na condição de contribuinte substituto importa em R\$ 261.403,49 (infração 06). Pede a procedência das infrações 05 e 06, considerando a juntada ao presente PAF das fichas cadastrais dos contribuintes com inscrições irregulares por ocasião das respectivas operações, para comprovar as infrações praticadas pelo autuado.

Infração 07: Informa que o autuado efetuou venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fez a retenção do valor apurado, entretanto, recolheu o imposto em valores inferiores àqueles retidos, constantes do registro 53 do Sintegra. Diz que as diferenças apontadas foram constatadas a partir do confronto entre os valores constantes do citado registro 53 e aqueles constantes da relação de DAE's, com o código de receita 1006. O valor desta infração importa em R\$ 48.293,98. Salienta que a legislação do ICMS estabelece que no caso de devoluções, serão utilizadas a mesma base de cálculo e alíquota constantes na nota fiscal à qual se refere a devolução, de modo que o imposto supostamente devido seja normal ou retido, seja destacado na nota fiscal de devolução, permitindo que o contribuinte ao lançá-la como entrada se creditará tanto do imposto normal como do imposto retido. Neste caso, entende que restam infundadas e impossíveis de serem aceitas as alegações do autuado. Mantém a infração 07 nos exatos termos constantes do auto de infração em sua versão original.

Infração 08: Informa que o autuado adquiriu mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação e não antecipou o imposto de sua responsabilidade, no valor de R\$ 87.881,13, conforme demonstrativo de débito do auto de infração. Diz que foram acatados parcialmente os argumentos do autuado, em relação ao exercício de 2008 e integralmente em relação ao exercício de 2009. Após as exclusões parciais de 2008 o débito ficou reduzido para R\$ 15.102,93, que passa a ser o valor total desta infração a constar do auto de infração, posto que conforme relatado acima, os argumentos defensivos em relação ao exercício de 2009 foram integralmente acatados pelo autuante.

Infração 09: Esclarece que se trata de antecipação tributária incidente sobre estoque de bebidas existente no estabelecimento em 31/03/2009, data em que as referidas mercadorias passaram a ser tributadas pelo regime de substituição tributária. Diz que de acordo com a planilha referente a esta infração, ao invés de conceder redução de base de cálculo de 55,55% ou 30%, conforme as mercadorias sejam tributadas com 27% ou 17%, o autuante optou por tributá-las com suas alíquotas efetivas, ou seja, 12% ou 11,9%, respectivamente. Ressalta que em relação a esta infração, não existe uma palavra da defesa, fato que entende tornar precluso o prazo para impugnação.

Em seguida, o autuante contesta as preliminares de nulidade apresentadas pelo autuado, citando o art. 18, IV do RPAF/BA, afirmando que são todas elas desprovidas de fundamentação lógica, especialmente aquela arguida as folhas 2231 do presente PAF. Assegura que as infrações foram reconhecidas ou impugnadas e não ficou aparente qualquer dificuldade do contribuinte em

identificá-las. Também contesta a alegação defensiva de que as multas têm caráter confiscatório, e quanto aos pedidos apresentados pelo defendente, diz que alguns deles são desarrazoados, a exemplo do constante no item 9.1, que pede a nulidade do auto, e o próprio contribuinte reconhece as infrações 01, 02 e 03. Também entende que não deve ser acatado o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito. Por fim, o autuante pede que seja mantida a revelia declarada às fls. 2205, e na eventualidade de este órgão julgador, assim não entender, que o processo seja encaminhado a uma das Câmaras a fim de ser julgado parcialmente procedente, em vista das parcelas que o autuante acatou os argumentos defensivos. Juntou à fl. 3583, Recibo de Arquivos Eletrônicos fornecidos ao contribuinte.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 3587 a 3625. Alega que uma análise superficial da escrita fiscal e contábil do autuado é suficiente para comprovar os equívocos cometidos pelo autuante na elaboração dos demonstrativos, no enquadramento e tipificação das infrações, na fixação das multas, dentre outros vícios, o que conduzirá à reforma do auto, devendo ser considerado totalmente improcedente, no que se refere às infrações 04, 05, 06, 07, 08 e 09, por entender que há equívoco no entendimento jurídico do autuante sobre o princípio da verdade material e do instituto da preclusão. Diz que no julgamento, são três as verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal, com provas; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte, com provas; c) verdade do julgador. Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis. Comenta sobre os princípios que norteiam Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida, salientando que devem ser considerados todas as provas e fatos novos, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados, desde que sejam provas lícitas. Afirma que no presente caso, a verdade material não foi perseguida pelo autuante, pois somente com a aceitação da defesa a fiscalização reconheceu parte dos equívocos cometidos na lavratura do Auto de Infração. Comenta sobre o ônus da prova e apresenta o entendimento de que, no Direito Tributário brasileiro, o dever de provar cabe a priori à autoridade pública. Também comenta sobre a preclusão no processo administrativo fiscal, afirmando que, tanto na fase de procedimento fiscal, como no desenvolvimento do Processo Administrativo Tributário, a Administração tem o dever de buscar a aproximação entre a materialidade do evento econômico e sua formalização através do lançamento, isto é, entre a realidade dos fatos e sua representação formal. A autoridade administrativa pode e deve promover todas as diligências averiguatórias e probatórias que contribuam para a aproximação com a verdade objetiva ou material. Cita a doutrina e a jurisprudência quanto a esta matéria e conclui que restou incompreensível e equivocado o entendimento do autuante sobre as questões postas especialmente o princípio da verdade material e o instituto da preclusão.

O defendente volta a apresentar preliminares de nulidade, inicialmente comentando sobre as nulidades absolutas. Diz que no presente caso, não pode ser sanado o enquadramento imperfeito da infração 04, quando o autuante aplicou multa de 100% sobre o valor do ICMS exigido, indicando que houve desobediência ao artigo 42, IV, “b”. O defendente afirma que não há correspondência entre a acusação fiscal e penalidade aplicada, em completa desarmonia ao comando normativo contido no artigo 18 do RPAF-BA, que reproduziu. Entende que ao não guardar correspondência entre o fato considerado como infração à legislação tributária e a sua perfeita penalidade, o ato administrativo padece de segurança para se determinar a infração imputada. Diz que um fato é a utilização indevida de crédito fiscal, outro fato que não guarda correspondência é mercadoria ou bem for encontrado no estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea. Pede que a infração 04 seja anulada na assentada do julgamento.

Quanto à infração 05, alega que a questão da nulidade está na comprovação dos fatos supostamente irregulares indicados pelo autuante. Diz que fora entregue ao autuado planilha demonstrativa da infração 02 (Doc. 02), que não guarda qualquer correspondência com a infração 05, e da leitura da peça acusatória, depreende-se que a acusação desta infração é o recolhimento efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo apresentada uma planilha contendo bebidas alcoólicas, bombons e caramelos. O defendente afirma que ficou prejudicado na sua impugnação, caracterizando cerceamento do direito de defesa, porque restou incompreensível a sua análise.

No tocante à infração 08, afirma que ainda mais grave se manifesta o cerceamento do direito de defesa do autuado, tendo em vista que a fiscalização cita na descrição dos fatos que as mercadorias cujo recolhimento do ICMS por antecipação foi efetuado a menos estão relacionadas no Anexo 69. O autuado informa que examinou todos os anexos do RICMS-BA, não localizando o referido diploma legal. Por isso, alega que se tornou impossível o exame da imputação, por inexistência do comando normativo contido no mencionado Anexo 69 do RICMS-BA. Requer a anulação das infrações 04, 05 e 08 deste Auto de Infração.

No mérito, em relação à infração 04, alega que nas datas das aquisições as empresas fornecedoras se encontravam em situação regular perante o fisco baiano, conforme demonstrativos acostados aos autos (Doc. 03). A título de amostragem elenca notas fiscais cujos contribuintes se encontravam em situação regular e afirma que tal situação se repete em todos os exercícios objeto da autuação, 2007, 2008 e 2009, que o autuante não atentou que as empresas estavam aptas para realizar as suas operações comerciais nas datas da emissão das notas fiscais. Pede que seja considerado insubsistente este item do Auto de Infração ou reduzido o seu valor original através da realização de diligência por fiscal estranho ao feito. Também alega que após a realização da diligência, na improvável possibilidade de remanescer algum valor, a multa aplicada deve ser retificada e reduzida pelo órgão julgador para o percentual de 60%, em razão do enquadramento indevido indicado pela fiscalização. Transcreve o art. 42, VII, alínea “a”, da Lei 7014/96 e requer a improcedência desta infração ou no máximo que seja realizada diligência fiscal para reduzir o valor originalmente exigido, e a retificação da multa aplicada.

Infrações 05 e 06: Diz que estas infrações serão analisadas em conjunto, porque uma é decorrente da outra. Quanto à infração 05, afirma que a metodologia utilizada pela fiscalização foi recalcular a diferença entre 10% e 17%, tendo em vista que desconsiderou as operações de comercialização do autuado para empresas supostamente canceladas com utilização da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00.

Em relação à infração 06, entende que não há que se falar em exigência de ICMS por substituição tributária prevista no artigo 353, I, principalmente considerando que as empresas inexistem no mundo real, (segundo o autuante), e a previsão legal descrita no referido artigo é o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes. Diz que as empresas indicadas no demonstrativo do autuante foram, segundo ele, canceladas ou baixadas ou inaptas, ou seja, inexistem no mundo comercial, e por isso, não poderiam ser objeto de cobrança de ICMS por substituição tributária eis que a moldura normativa cogente preleciona as operações de venda a contribuintes não inscritos. O defendente entende que contribuintes não inscritos não significam contribuintes baixados, cancelados ou inaptos. Comenta sobre o princípio da tipicidade cerrada e diz que a lei fiscal deve conter todos os elementos estruturais do tributo: o fato jurídico sob o ponto de vista material, espacial, temporal e pessoal (hipótese de incidência) e a consequência jurídica imputada à realização do fato (dever jurídico).

O defendente reitera a alegação de que, em relação à infração 05, diversas notas fiscais emitidas pelo autuado se destinavam a contribuintes que se encontravam em situação regular perante o fisco baiano na data da emissão do documento fiscal. Que está fartamente comprovado na data da emissão da nota fiscal os contribuintes destinatários estavam regularizados perante o fisco baiano. Que as notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado foram validadas pela SEFAZ-BA,

deixando clara a regularidade das operações, e nesta época, as notas fiscais eletrônicas eram validadas pelo ente tributante a cada sete dias. Para comprovar as alegações defensivas, acosta ao presente processo farta documentação. Também alega que o autuante não considerou nos seus cálculos a redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas em 55,55% para que a carga tributária resultasse em 12%, para as empresas detentoras do Termo de Acordo nos termos do artigo 3º-F do Decreto 7799/00, e 30% para os demais contribuintes conforme preleciona o artigo 87 inciso XXVI, cuja vigência se deu até 31/03/2009. Entende que os demonstrativos devem ser retificados através de uma diligência necessária para apuração da verdade material dos fatos. Ressalta que os créditos fiscais não foram considerados quando o autuante exigiu o imposto integral nas operações amparadas pelo benefício de redução de base de cálculo instituído pelo Decreto 7799/00 (Decreto dos Atacadistas) nesta infração. Entende que o órgão julgador deverá baixar o presente PAF em diligência para que sejam apurados, calculados e restabelecidos integralmente os créditos fiscais correspondentes às operações de saídas com redução de base de cálculo, destinadas a não contribuintes, assim como aqueles outros para contribuintes “baixados” e inaptos”, eis que o Auto de Infração foi mantido na sua inteireza e desrespeitado o princípio da não cumulatividade. Citou exemplos.

Infração 07: Alega que o auuante deixou de observar que a exação fiscal foi realizada com base em notas fiscais de devolução emitidas pelo autuado, de mercadorias recebidas com o imposto retido pelo remetente ou notas fiscais de entrada emitidas pelo defendente quando o seu cliente devolvia mercadorias por ele comercializadas. Diz que na situação em que ocorre a devolução da mercadoria adquirida com imposto retido pelo remetente, deverá haver o destaque do imposto originalmente retido para que possa haver anulação da operação com substituição tributária, conforme preconiza o art. 368 do RICMS-BA. Assegura que no caso em apreço as notas fiscais emitidas pelo defendente foram objeto de devolução ou desfazimento do negócio, não cabendo recolhimento de imposto retido, pois não haverá uma operação subsequente com as mercadorias. Da mesma forma quando da emissão da nota fiscal de entrada de mercadorias comercializadas pelo defendente devolvidas pelos seus clientes, não cabe o recolhimento do imposto a título de substituição tributária. Pede a improcedência desta infração.

Infração 08: Alega que diversos foram os equívocos cometidos pelo autuante, que levarão esta exação fiscal ser considerada improcedente. Diz que a título de amostragem acosta ao presente processo demonstrativos que indicam a inconsistência da autuação. Cita as notas fiscais e as respectivas inconsistências constatadas.

Em seguida, o defendente apresenta contestação quanto às multas aplicadas, dizendo que, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Informa que, atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração. Que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Finaliza, reiterando as preliminares de nulidade, alegando falta de correspondência entre a acusação fiscal e penalidade aplicada, em completa desarmonia ao comando normativo contido no artigo 18 do RPAF-BA. Pede que seja anulado o auto de infração pela inexistência dos comandos legais citados pelo autuante, que caracteriza o cerceamento do direito de defesa, e que seja retificado levantamento fiscal, mediante diligência fiscal. Que seja exigida publicação no Diário Oficial do Estado da Bahia das inscrições consideradas inaptas nos termos do artigo 172 do RICMS-BA. Que seja desconsiderada a infração 07, tendo em vista que as notas fiscais consideradas pelo autuante se referem à devolução de mercadorias. Por fim, que sejam restabelecidos os créditos fiscais originais em razão dos estornos previstos no artigo do Decreto 7799/00 e canceladas ou reduzidas as multas com efeito confiscatório. Protesta pela produção de

todos os meios de prova em direito admitido, inclusive testemunhais, e a juntada de novos documentos para elucidar a questão, e a realização de perícia e diligência.

Nova Informação Fiscal foi prestada pelo autuante às 3640 a 3677, dizendo que, estranhamente, os representantes do autuado, sob a alegação de ganhar mais prazo para confeccionar a sua defesa, se recusaram a assinar o auto de infração. Diz que em face desta conduta adotada pelo contribuinte só restou à SEFAZ encaminhar a referida intimação ao contribuinte por meio de Aviso de Recebimento. Que somente em 23/04/2012, através do processo cadastrado no SIPRO, é que o autuado se referiu à alteração de endereço, cujo teor transcreveu. Salienta que em consulta formulada no Portal do Sistema SEFAZ INC, onde se encontram gravadas todas as informações relativas aos contribuintes de ICMS do Estado da Bahia, dentre eles, o estabelecimento autuado, até à presente data, o defendente continua constando do mesmo endereço constante da intimação e do auto de infração, ou seja, a mudança de endereço a que se refere o referido processo 069952/2012-5, fl. 3484, diz respeito apenas aos atos processuais do processo do qual é patrono a NEXUS – Consultoria empresarial. Entende que o documento, sob todos os aspectos, é desnecessário, posto que na procuração utilizada pelo contribuinte para a outorga de poderes aos patronos, já consta o referido endereço. Diz que ainda consta nos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e no sítio da Receita Federal do Brasil o mesmo e antigo endereço, não constando nenhuma alteração na Junta Comercial do Estado da Bahia, tendente a alterar o seu endereço, sequer provisoriamente. O autuante afirma que não houve comunicação ou pedido de mudança de endereço por parte do contribuinte autuado até à presente data, restando provado que é válida a intimação efetuada no endereço constante do cadastro de contribuintes e, por consequência, a defesa ou impugnação protocolada é intempestiva, porque foi apresentada a destempo, pois alcançada pela figura da preclusão temporal. Salienta que o Consef, através de suas Câmaras de Julgamento, no caso de lavratura de Autos de Infração no âmbito da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, tem competência para julgar se determinado procedimento de fiscalização encontra-se ou não respaldado pelas normas relativas aos respectivos tributos. Entende que a mesma vinculação que alcança o Auditor no momento da Constituição do Crédito Tributário, alcança todos os demais servidores da SEFAZ, inclusive aqueles momentaneamente lotados no CONSEF, que estão revestidos da função julgadora, inclusive o Senhor Presidente do Colegiado administrativo. Também entende que não caberia mais direito de defesa ao contribuinte, afirmando que o prazo para a sua protocolização ocorrera em 27/02/2012, mas só foi protocolada em 29/02/2012. Fala sobre o “instituto da preclusão”, apresentando sua evolução histórica, conceito, natureza jurídica, o seu fundamento no processo administrativo fiscal, a jurisprudência. Diz que a doutrina é firme no sentido de reconhecer como intempestivos os recursos apresentados a fora do prazo, conforme pode ser constatado a partir dos acórdãos que transcreveu. Em seguida, transcreve os arts. 111 e 113 do RPAF/BA, e afirma que restou provado que o contribuinte incorreu em intempestividade, quando protocolou apenas em 29/02/2012, a impugnação que deveria apresentar até 27/02/2012. O autuante pede que sejam riscados ou não apreciados por este Conselho as repetições dos temas já discutidos pelo contribuinte em sua defesa inicial, e quanto às preliminares de nulidade arguidas pelo autuado, mais uma vez pugna pela sua recusa. Repete os esclarecimentos prestados na informação fiscal anteriormente prestada e conclui que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal. Quanto ao pedido apresentado pelo defendente para reduzir as bases de cálculos das bebidas tributadas com 27% ou 17%, diz que tal solicitação já foi atendida, posto que em relação a estes produtos, aplicou-se a carga efetiva de 12% ou 11,9%.

Em relação ao item 9.7 da manifestação do autuado, informa que foi acatado integralmente o pedido do contribuinte em relação às notas referidas da folha 2250 do presente auto, sendo mantidos os valores referentes às demais notas fiscais em referência as quais o contribuinte não manifestou qualquer comentário.

De referência ao pedido constante no pedido 9.8 da manifestação do autuado, diz que não cabe ao autuante emitir qualquer juízo, já que publicar relação de contribuintes cancelados no diário

oficial é rotina na Sefaz através de editais de alteração cadastral. Afirma que a publicação de atos no Diário Oficial é atribuição da administração superior não sendo de competência do autuante. Por último, quanto ao pedido 9.12, diz que não cabe ao autuante discutir atos normativos editados pelo governador do Estado e informa que foi elaborado novo demonstrativo de débito do auto de infração contendo as exclusões efetuadas em decorrência da defesa apresentada pelo contribuinte, que anexa à informação fiscal. Pede que seja mantida a revelia declarada à fl. 2205, e na eventualidade de este órgão julgador, assim não entender, pede que o presente processo seja encaminhado a uma das Câmaras a fim de ser julgado parcialmente procedente, em vista das parcelas que o autuante acatou, a partir dos argumentos defensivos.

Às fls. 3682/3683 esta 3ª JF encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito, designado pela autoridade competente, intimasse o autuado a apresentar demonstrativo indicando todas as notas fiscais correspondentes aos fornecedores em situação regular. Sendo comprovada a regularidade das inscrições alegadas pelo defendente, excluísse do levantamento fiscal as notas fiscais que, comprovadamente, os contribuintes se encontravam em situação cadastral regular, apurando o valor remanescente mês a mês.

Quanto às infrações 05 e 06, foi solicitado que o Auditor Fiscal encarregado pela diligência intimasse o defendente a apresentar a documentação referente às alegações defensivas e, se comprovado, fizesse os necessários ajustes, elaborando novos demonstrativos apurando o débito remanescente.

Em relação à infração 07, intimasse o autuado a apresentar as notas fiscais que emitiu para devolução de mercadorias e as notas fiscais relativas às mercadorias devolvidas por seus clientes. Apurasse nas operações citadas pelo defendente, se foram efetuadas corretamente e, se comprovada regularidade, excluísse do levantamento fiscal.

Quanto à infração 08, elaborasse o demonstrativo analítico relativo ao débito remanescente, após as exclusões dos valores acatados pelo autuante na informação fiscal.

Após o cumprimento da diligência, foi solicitado que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento, foi realizada a diligência solicitada, conforme fls. 4362 a 4371. Quanto à infração 04, foi informado que após o recebimento da documentação enviada pelo autuado, os Auditores Fiscais encarregados pela diligência imprimiram e anexaram ao presente PAF os documentos comprobatórios da situação cadastral do contribuinte constante no INC da SEFAZ. Foram elaborados novos demonstrativos retirando as inscrições que efetivamente estavam ativas à época do crédito fiscal utilizado, apurando o débito remanescente no valor total de R\$12.106,73 (fl. 4364).

Infração 05: Foi informado que após o recebimento da documentação enviada pelo autuado, constatou-se que as provas anexadas somente continham a situação cadastral atual das empresas presentes nas operações comerciais. Dizem que o autuante havia anexado às fls. 701/2197, cópias com o cadastro dos contribuintes, fornecido pelo INC da SEFAZ, onde constam todas as alterações ocorridas no cadastro das empresas nos exercícios fiscalizados. Com base na documentação foi elaborado novo demonstrativo onde foi digitada a data da inaptidão, a situação cadastral atual e a data da situação atual. Após a elaboração do demonstrativo foi apurado que algumas inscrições estavam ativas na data da ocorrência da infração e tais débitos foram excluídos da autuação. Com relação à utilização da redução da base de cálculo para bebidas e outros produtos, foi informado que foi verificada a correta utilização dos percentuais determinados na legislação, e que nos anos de 2008 (janeiro a junho) e 2009, na planilha elaborada pelo autuante, foi constatada uma troca entre a coluna redução da base de cálculo e a coluna com o valor resultante após a

redução, o que provocou diferenças no valor do imposto devido. Os cálculos foram refeitos em relação aos mencionados itens e após serem retirados os débitos de vendas a contribuinte que estavam com inscrição ativa na data de ocorrência, foi apurado o débito remanescente no valor total de R\$466.114,44 (fl. 4366).

Infração 06: Após o recebimento da documentação enviada pelo contribuinte, constatou-se que as provas apresentadas somente continham a situação cadastral atual das empresas presentes nas operações comerciais. Às fls. 701/2197 o autuante já havia anexado cópias do cadastro dos contribuintes, fornecido pelo INC da SEFAZ, onde constam todas as alterações ocorridas no cadastro das empresas nos anos autuados. Com base na documentação, foi elaborado novo demonstrativo onde foram digitados os dados relativos à data da inaptidão, a situação cadastral atual e a data da situação atual. Após a elaboração do novo demonstrativo, apurou-se que algumas inscrições estavam ativas na data da ocorrência da infração, e os débitos de ICMS retenção foram retirados da autuação. Efetuados os ajustes, foi apurado um débito remanescente no valor total de R\$233.497,15, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 4368.

Infração 07: Foi informado que o autuado somente anexou como prova as Notas Fiscais do ano de 2007. Que foram excluídas do demonstrativo do referido ano as notas de devolução cujo ICMS retenção foi cobrado. Após serem retirados os débitos correspondentes às notas de devolução, foi apurado o valor remanescente de R\$37.955,64, conforme novo demonstrativo de débito às fls. 4369/4370 do PAF.

Infração 08: Os Auditores Fiscais encarregados pela diligência fazem uma síntese das alegações defensivas e dizem que o autuante acatou as referidas alegações. Que foram elaborados os demonstrativos após as exclusões com o acatamento da defesa, apurando o débito total de R\$2.296,96.

Juntaram todos os demonstrativos refeitos correspondentes às infrações que foram objeto da revisão efetuada, conforme fls. 4373 a 4749 do presente PAF.

Intimado da conclusão da diligência fiscal realizada por Auditores Fiscais estranhos ao feito, o defendente se manifestou às fls. 4757/4758 (VOLUME XVII), alegando que “as infrações são de extrema complexidade e envolvem grande quantidade de dados contábeis e fiscais, exigindo um significativo dispêndio de tempo para análise, incompatível com apenas 10 dias para a Manifestação”. Diz que é notório que o trabalho de revisão trouxe novas informações para as quais o contribuinte vai ter que examinar mais amiúde as questões de fato e de direito. O defendente pede que seja estendido o prazo constante na intimação. Que seja concedida a dilação do prazo para apresentação da Manifestação por um prazo não inferior a trinta dias.

Considerando a necessidade de se garantir ao contribuinte o direito de ampla defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal acatou o pedido apresentado pelo defendente e encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o autuado e lhe comunicar quanto à reabertura do prazo de trinta dias, para sua manifestação.

O defendente foi intimado na forma solicitada e se manifestou às fls. 4783 a 4808. Após reproduzir os itens do Auto de Infração comenta sobre os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e diz que é equivocado o entendimento do autuante sobre o princípio da verdade material e o instituto da preclusão. Diz que se busca no processo administrativo é a verdade material, são todas as provas e fatos, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados, desde que sejam provas lícitas.

Em relação ao ônus da prova, diz que o autuante tem o dever de comprovar o fato ilícito em decorrência da lei e que se expressou em fato constitutivo de seu direito. À Defesa compete alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito, ou apenas negar o fato ou, ainda, alegar outro fato que ateste a inexistência do fato considerado ilícito e objeto da autuação.

Registra que, tendo a função de revisor dos atos administrativos, nada vale levar às últimas consequências os efeitos da preclusão, tendo em vista que o sujeito passivo terá sempre a possibilidade de, mesmo tendo seu direito precluso na esfera administrativa, recorrer ao Poder Judiciário. Diz que a autoridade administrativa deve agir em conformidade com os princípios previstos na Constituição Federal, atendendo especialmente os requisitos da moralidade e da eficiência administrativa, assim como da economia processual, atendendo ao interesse público e a legitimação social. Entende que restou incompreensível e equivocado o entendimento do autuante sobre as questões postas, especialmente o princípio da verdade material e o instituto da preclusão.

O defendente alega que na informação fiscal o autuante não esclareceu completamente os fatos considerados como infração à legislação tributária e deixou evidentes diversos equívocos que ferem de morte as infrações 04, 05, 06, 07 e 08.

Quanto à infração 04, o defendente alega que o autuante deixou de observar que mesmo o demonstrativo à fl. 4364 as fornecedoras se encontravam em situação regular à época dos fatos geradores. Diz que após a realização da diligência, na improvável possibilidade de remanescer algum valor, a multa aplicada deve ser retificada e reduzida pelo órgão julgador para o percentual de 60%, em razão do enquadramento indevido indicado pela fiscalização. Afirmar que o art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 indica o percentual da multa a ser aplicada, na hipótese de utilização indevida de crédito, que seria de 60%. Pede a improcedência desta infração, ou no máximo que seja realizada diligência fiscal para reduzir o valor originalmente exigido, e retificada a multa aplicada.

Infrações 05 e 06: O defendente reproduz as alegações apresentadas em manifestações anteriores e diz que não há que se falar em exigência de ICMS por substituição tributária prevista no art. 353, inciso I, principalmente considerando que as empresas inexistem no mundo real e a previsão legal descrita no referido artigo é o contribuinte efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes.

Entende que contribuintes não inscritos não significam contribuintes baixados, cancelados ou inaptos. Diz que a lei instituidora ou majoradora de tributo deve ser completa, apresentando conceitos fechados e precisos. Que o autuante está invadindo o patrimônio do autuado por ilação, entendendo que deveria exigir imposto por substituição tributária do impugnante sem previsão legal no art. 353, I do RICMS/BA.

Quanto à infração 05, alega que houve equívoco da fiscalização, tendo em vista que diversas notas fiscais emitidas pelo autuado se destinavam a contribuintes que se encontravam em situação regular perante o fisco baiano na data de emissão do documento fiscal. Diz que as Notas Fiscais Eletrônicas foram validadas pela SEFAZ/BA, deixando clara a regularidade das operações. Para comprovar a alegação defensiva, junta aos autos farta documentação.

Também alega que o autuante não considerou nos seus cálculos a redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas. Lembra a questão dos créditos fiscais não considerados quando o autuante exigiu imposto integral nas operações amparadas pelo benefício de redução da base de cálculo instituído pelo Decreto 7.799/00. Cita exemplos e diz que o restabelecimento dos créditos fiscais originais em razão da glosa do benefício previsto no mencionado decreto, no percentual de 10% sobre as operações de saídas mantém o equilíbrio entre créditos e débitos fiscais do contribuinte. Afirmar que no site da SEFAZ, em consulta realizada pelo autuado registra diversas datas em que os contribuintes se encontravam em situação regular perante o fisco. Pede que sejam analisadas as provas acostadas aos autos.

Em relação à infração 07, alega que o autuante só retirou as irregularidades comprovadas relativas ao exercício de 2007. Entende que a obrigação do autuante era perseguir a verdade material dos fatos e proceder a uma completa revisão do lançamento, até mesmo em razão de o defendente ter acostado aos autos notas fiscais do ano de 2007, a título de amostragem. Diz que

no presente caso, as notas fiscais emitidas pelo defendente foram objeto de devolução ou desfazimento do negócio e não cabe o recolhimento de imposto retido, porque não haverá uma operação subsequente com as mercadorias. Informa que está acostando aos autos planilha demonstrativa dos equívocos constatados em relação aos exercícios de 2008 e 2009 (Doc. 3)

Quanto à infração 08, diz que os diversos equívocos cometidos pelo autuante foram por ele reconhecidos, o que resultará na improcedência da exação fiscal. Entretanto, permaneceu como valor a ser exigido do defendente o montante de R\$2.296,96, relativo a fatos geradores ocorridos em 31/05/2008. Alega que não foi retirado dos cálculos o valor correspondente à Nota Fiscal nº 995.364, da Colgate, incluída indevidamente na planilha do autuante, que foi devolvida parcialmente, com a nota fiscal da Distribuidora São Roque de nº 499.597, datada de 09/05/2008, conforme cópia da referida nota fiscal acostada ao presente processo (Doc. 4). Pede a improcedência desta infração.

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração, entendendo que está eivado de vícios e por falta de correspondência entre a acusação fiscal e a penalidade aplicada. Que seja retificado o lançamento fiscal e que sejam canceladas ou reduzidas as multas com efeito confiscatório. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitido, realização de perícia e diligência.

Os auditores fiscais encarregados pela revisão fiscal anteriormente realizada prestaram nova informação fiscal às fls. 4859 a 4870 dos autos. Quanto à infração 04, informam que após o recebimento da documentação enviada pelo defendente consultaram a situação cadastral das empresas constantes na autuação, no INC da SEFAZ e elaboraram novos demonstrativos, retirando as inscrições que efetivamente estavam ativas na época do crédito utilizado, conforme novos demonstrativos que elaboraram. Dizem que o defendente insurge-se contra o novo montante encontrado, alegando que as empresas fornecedoras estavam em situação regular à época dos fatos geradores.

Esclarecem que de acordo com as cópias dos demonstrativos que anexaram aos autos, restaram apenas duas empresas com situação irregular: Fábrica de Velas São Carlos, CNPJ 15.104.581/0001-89, cuja inaptidão ocorreu em 08/02/2006 e os fatos geradores foram em 2007, 2008 e 2009; DPD Distribuidora de Produtos Descartáveis, cuja inaptidão ocorreu em 12/07/2007, e o fato gerador foi em 2009. Ratificam os demonstrativos já apresentados na revisão fiscal, apurando o débito total de R\$12.106,73, reproduzido às fls. 4860/4861.

Infrações 05 e 06: Informa que após o recebimento da documentação fornecida pelo defendente, constatarem que as provas apresentadas somente continham a situação cadastral atual das empresas presentes nas operações comerciais. Não foi comprovada a situação cadastral à época do fato gerador. Com base na documentação acostada aos autos pelo autuante, elaboraram novo demonstrativo, apurando que algumas inscrições estavam ativas na data de ocorrência da infração e tais débitos foram excluídos da autuação, conforme pedido do CONSEF, estando tudo demonstrado nos anexos da diligência às fls. 4387 a 4642.

Dizem que a defesa insiste que diversas notas fiscais emitidas se destinaram a contribuintes em situação regular e que o autuante não considerou a redução da base de cálculo de bebidas alcoólicas no cálculo do imposto devido. Entretanto, os auditores fiscais encarregados pela diligência afirmam que examinaram as inscrições constantes no demonstrativo e já haviam constatado que algumas inscrições e não todas estavam ativas à época do fato gerador. Tais inscrições foram retiradas da autuação conforme os demonstrativos que já se encontram no PAF às fls. 4387 a 4642.

Em relação aos anos de 2008 (janeiro a junho) e 2009, informam que foi constatada uma troca entre a coluna redução da base de cálculo e a coluna com o valor resultante da redução, o que provocou diferença do imposto devido. Após a correção dos mencionados equívocos

encontraram o débito de R\$466.114,44. Ratificam os demonstrativos apresentados na revisão anteriormente efetuada, reproduzindo o demonstrativo de débito às fls. 4863/4864.

Quanto à infração 06, dizem que, da mesma forma da infração 05, após o recebimento da documentação enviada pelo contribuinte, constataram que as provas anexadas somente continham a situação cadastral atual. Observam que algumas inscrições estavam ativas na data de ocorrência da infração. Os débitos de ICMS foram retirados da autuação, conforme pedido do CONSEF. Reproduzem o art. 165 do RICMS/97, e dizem que ratificam os demonstrativos já apresentados, apurando o débito remanescente de R\$233.497,15, reproduzindo o demonstrativo de débito às fls. 4865/4866.

Infração 07: Informam que o defendente foi intimado a apresentar as notas fiscais de devolução, mas somente forneceu notas fiscais do ano de 2007. Dizem que na manifestação o defendente alegou que não foram revisados os exercícios de 2008 e 2009. Confirmam que não houve a verificação em relação aos mencionados anos porque o contribuinte não entregou as notas fiscais para que fossem revisadas. O defendente teve oportunidade para apresentar a comprovação, durante a impugnação e na manifestação, quando analisou o resultado da revisão, e novamente não o fez. Salientam que o autuado, após a intimação da diligência, teve 40 dias para entregar as notas fiscais, e os prepostos fiscais não podem excluir da autuação notas fiscais sem a necessária comprovação. Após serem retirados os débitos das notas fiscais de devolução, foi apurado o débito remanescente de R\$37.955,64, elaborando demonstrativo de débito à fl. 4868.

Infração 08: Reproduzem a alegação do autuado de que foram incluídas equivocadamente no levantamento da antecipação tributária, notas fiscais de farinha de trigo, cujo ICMS já havia sido retido. Também foi alegado que foram incluídas algumas notas fiscais de bebida alcoólica e notas fiscais com base de cálculo reduzida. Também informam que o defendente se insurgiu contra os valores finais, pedindo que seja excluída a NF 995364 da Colgate que foi considerada indevidamente. Informam que foram refeitos os cálculos, tendo em vista que a mencionada Nota Fiscal da Colgate, bem como a sua devolução foram anexadas para comprovar a alegação defensiva. Após o refazimento dos cálculos com a retirada da Nota Fiscal da Colgate, não restou débito a cobrar nesta infração.

O defendente foi intimado da informação fiscal e apresentou petição às fls. 4878/4879, alegando que a verificação dos demonstrativos envolve grande quantidade de dados contábeis e fiscais, por isso, há necessidade de um significativo dispêndio de tempo. Por isso, informa que necessita que seja estendido o prazo por mais vinte dias.

Na sessão de julgamento o representante legal do autuado apresentou memorial e fez sustentação oral requerendo a realização de nova diligência fiscal por estranho ao feito, para retificar o presente lançamento, reafirmando a alegação de que foram constatados inúmeros equívocos e impropriedades no levantamento fiscal.

Consta às fls 489/4899, extrato do Sistema SIGAT referente ao parcelamento de parte do débito apurado no presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, o autuado apresentou preliminares de nulidade, alegando que o autuante cometeu alguns equívocos que ferem de morte as infrações 04, 05 e 08, tornando-as nulas.

O defendente alega que a nulidade absoluta no presente processo administrativo fiscal decorre do enquadramento imperfeito da infração 04, quando o autuante aplicou multa de 100% sobre o valor do ICMS exigido, indicando a desobediência ao art. 42, IV, “b” da Lei 7.014/96. Pergunta qual foi a infração, se crédito fiscal indevido ou o bem encontrado sem documentação fiscal, ou com documentação fiscal inidônea?

Observo que a descrição do fato foi efetuada de forma compreensível, haja vista que a infração se refere à utilização de crédito fiscal de ICMS correspondente a notas fiscais emitidas por contribuintes não cadastrados nesta SEFAZ, sendo esclarecido pelo autuante que autuado adquiriu mercadorias no Estado da Bahia, oriundas de contribuintes que na oportunidade das respectivas operações se encontravam com situação irregular no cadastro de ICMS deste Estado.

Entendo que a provável indicação incorreta da multa exigida não implica nulidade da autuação, na medida em que a acusação fiscal foi efetuada de forma compreensível, o defendente entendeu e apresentou impugnação se referindo ao fato tratado neste item do Auto de Infração.

Quanto à infração 05, o defendente alegou que a questão de nulidade está na comprovação dos fatos supostamente irregulares indicados pelo autuante. Apresenta o entendimento de que a infração se refere ao recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, sendo elaborada planilha para comprovar os fatos imputados, contendo bebidas alcoólicas, bombons e caramelos. Afirma que ficou caracterizado cerceamento ao direito de defesa.

Entendo que embora a descrição da infração tenha sido genérica, no campo do Auto de Infração reservado para a descrição dos fatos, consta nos itens 5.0, 5.1 e 5.2 a explicação de todo o levantamento fiscal realizado e a informação de que foram constatadas operações efetuadas pelo autuado com contribuintes em situação irregular: cancelados, suspensos, baixados, com pedido de baixa indeferido, ou para contribuintes isentos de inscrição estadual, ou seja, não cadastrados, tendo o autuado utilizado o benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto 7.799/00. Considerando a existência da mencionada descrição e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, entendo que não ficou caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, alegado pelo defendente.

Em relação à infração 08, o defendente alegou que o cerceamento ao direito de defesa ainda é mais grave, porque a fiscalização cita na descrição dos fatos que as mercadorias cujo recolhimento do ICMS por antecipação foi efetuado a menos estão relacionadas no anexo 69, mas o autuado diz que examinou todos os anexos do RICMS/BA, não localizando o referido anexo.

Apesar de ter sido indicado o anexo 69 na descrição da infração, o próprio enunciado já indica que se trata de exigência do imposto relativo à antecipação tributária. Também neste item, consta no campo destinado à descrição dos fatos, a explicação correta da infração e a indicação do anexo 88 do RICMS/BA, que estabelece as Margens de Valor Adicionado (MVA) para Antecipação ou Substituição Tributária. Portanto, apesar de constar, equivocadamente, o anexo 69 na descrição da infração, foi indicada corretamente de que se trata a exigência fiscal, fazendo referência ao anexo 88 do RICMS/BA.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na última manifestação sobre a informação fiscal prestada pelos Auditores Fiscais encarregados pela revisão fiscal, o defendente alegou às fls. 4878/4879, que a verificação dos demonstrativos envolve grande quantidade de dados contábeis e fiscais, por isso, apresentou pedido para que fosse estendido o prazo por mais vinte dias.

Fica indeferido o pedido, tendo em vista que não foram acrescentados novos elementos aos autos, os demonstrativos elaborados apenas ratificam os valores anteriormente apurados, que já foram fornecidos ao defendente, e a única alteração procedida foi em relação à infração 08, acatando a alegação defensiva.

Na sustentação oral, o defendente requereu a realização de diligência fiscal a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, apresentando cópias de documentos extraídos dos sistemas da

SEFAZ/BA, alegando que os diversos clientes estavam em situação regular na data da autuação fiscal, e o autuante não procedeu a uma revisão geral.

Também fica indeferido o pedido apresentado pelo defendente, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou de forma objetiva a necessidade da realização de diligência, ou seja, não indicou os documentos que não foram contemplados na revisão fiscal efetuada por Auditores Fiscais estranhos ao feito, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal.

No mérito, o defendente não impugnou as infrações 01, 02 e 03, tendo informado nas razões defensivas que pretende realizar o pagamento ou parcelamento dos valores junto à repartição fazendária do seu domicílio tributário. Considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que inexiste controvérsia.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, no período de janeiro de 2007 a junho de 2009.

Nas razões de defesa, o autuado elencou algumas notas fiscais alegando que os contribuintes se encontravam em situação regular. Afirma que tal situação se repete em todos os exercícios objeto da autuação, e o autuante não atentou que as empresas estavam aptas para realizar as operações comerciais nas datas de emissão das notas fiscais. Diz que após a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, que requereu, se remanescer algum valor, a multa aplicada deve ser retificada e reduzida pelo órgão julgador para o percentual de 60%, em razão do enquadramento indevido indicado pelo autuante.

Por determinação desta JJF, foi realizada revisão por Auditores Fiscais estranhos ao feito, sendo informado que após o recebimento da documentação enviada pelo autuado, os Auditores Fiscais encarregados pela diligência imprimiram e anexaram ao presente PAF os documentos comprobatórios da situação cadastral do contribuinte constante no INC da SEFAZ. Foram elaborados novos demonstrativos retirando as inscrições que efetivamente estavam ativas à época do crédito fiscal utilizado, apurando o débito remanescente no valor total de R\$12.106,73 (fl. 4364) e demonstrativo de débito às fls. 4860/4861.

Acatando os demonstrativos elaborados na revisão fiscal, concluo pela procedência parcial desta infração, após a exclusão no levantamento fiscal das notas fiscais que, comprovadamente, os contribuintes se encontravam em situação cadastral regular perante a SEFAZ/BA, apurando o valor remanescente mês a mês.

Quanto à multa aplicada, assiste razão ao defendente, haja vista que deve ser retificada para o percentual de 60%, em razão do enquadramento indevido indicado pela fiscalização. O enquadramento correto é o art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, que indica o percentual da multa a ser aplicada, na hipótese de utilização indevida de crédito, de 60%.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009.

De acordo com a revisão efetuada por Auditores Fiscais estranhos ao feito, após o recebimento da documentação enviada pelo autuado, constatou-se que as provas anexadas somente continham a situação cadastral atual das empresas presentes nas operações comerciais. Os cálculos foram refeitos em relação aos mencionados itens e após serem retirados os débitos de vendas a contribuinte que estavam com inscrição ativa na data de ocorrência, foi apurado o débito remanescente no valor total de R\$466.114,44 (fl. 4366).

Vale salientar, que em novo pronunciamento os Auditores Fiscais encarregados pela revisão efetuada confirmaram que foram excluídas as notas fiscais correspondentes aos contribuintes que estavam com inscrições regulares. Disseram que foi verificada a correta utilização da redução de

base de cálculo das bebidas alcoólicas, e que em relação aos anos de 2008 (janeiro a junho) e 2009, foi constatada uma troca entre a coluna redução da base de cálculo e a coluna com o valor resultante da redução, o que provocou diferença do imposto devido. Após a correção dos mencionados equívocos encontraram o débito de R\$466.114,44. Ratificam os demonstrativos apresentados na revisão anteriormente efetuada, reproduzindo o demonstrativo de débito às fls. 4863/4864. Assim, concluo pela subsistência parcial desta infração no valor de R\$466.114,79, tendo em vista que foi constatado erro na soma dos valores mensais.

Infração 06: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Vendas a contribuintes com inscrições baixadas, canceladas e inaptos, sem efetuar a retenção do ICMS, prevista no art. 353 do RICMS/BA, no período de janeiro de 2007 a novembro de 2009.

O autuante informa que o contribuinte autuado efetuou as vendas aos contribuintes em situação irregular constantes das planilhas que integram o presente auto de infração. Após estas exclusões, considerando tratar de vendas a contribuintes que naquele momento equiparavam-se a contribuintes não inscritos foram agregados às operações os percentuais de MVA de 20% ou 15%, conforme determinação contida no anexo 89 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto 6.284/97 e suas alterações posteriores, salientando que este procedimento é previsto no artigo 353 do referido Regulamento. Também esclarece que o ICMS normal apurado no auto de infração decorre da conduta do contribuinte, signatário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799-00, (Atacadista) que reduziu a base de cálculo de suas operações em 41,176%, conduta possível apenas nas operações de vendas efetuadas com destino a contribuintes regularmente inscritos no cadastro de ICMS do estado da Bahia.

O defendente alega diversas notas fiscais emitidas se destinavam a contribuintes que se encontravam em situação regular perante o Fisco baiano na data da emissão do documento fiscal.

Na revisão fiscal foi informado que após o recebimento da documentação enviada pelo contribuinte, constatou-se que as provas apresentadas somente continham a situação cadastral atual das empresas presentes nas operações comerciais. Após os ajustes efetuados foi apurado um débito remanescente no valor total de R\$233.497,15, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 4368.

Em nova informação fiscal à fl. 4865, os Auditores Fiscais encarregados pela revisão fiscal ratificam os demonstrativos elaborados, confirmando que algumas inscrições estavam ativas na data de ocorrência da infração. Os débitos de ICMS foram retirados da autuação, conforme os demonstrativos já apresentados, apurando o débito remanescente de R\$233.497,15, reproduzindo o demonstrativo de débito às fls. 4865/4866.

O defendente entende que contribuintes não inscritos não significam contribuintes baixados, cancelados ou inaptos. Quanto a esta alegação, observo que contribuinte com inscrição baixada, cancelada ou inapta, implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência, não podendo realizar operações de aquisição e venda de mercadorias, nem emitir documentos fiscais. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada, baixada ou inapta é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, de acordo com os novos demonstrativos elaborados na revisão fiscal, fls. 4865/4866.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009.

O defendente alega que na situação em que ocorre a devolução da mercadoria adquirida com imposto retido pelo remetente, deverá haver destaque do imposto originalmente retido para que

possa haver anulação da operação com substituição tributária. Transcreve o art. 368 do RICMS/97 e informa que no presente caso, as notas fiscais emitidas pelo defendente foram objeto de devolução ou desfazimento do negócio. Também alega em relação às mercadorias comercializadas pelo autuado, devolvidas pelos seus clientes, não cabe o recolhimento do imposto a título de substituição tributária.

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado fez a retenção do valor apurado, entretanto, recolheu o imposto em valores inferiores àqueles retidos, constantes do registro 53 do Sintegra. Diz que as diferenças apontadas foram constatadas a partir do confronto entre os valores constantes do citado registro 53 e aqueles constantes da relação de DAE's, com o código de receita 1006. Salieta que a legislação do ICMS estabelece que no caso de devoluções, serão utilizadas a mesma base de cálculo e alíquota constantes na nota fiscal à qual se refere a devolução, de modo que o imposto supostamente devido seja normal ou retido seja destacado na nota fiscal de devolução, permitindo que o contribuinte ao lançá-la como entrada se credite tanto do imposto normal como do imposto retido

Foi encaminhada diligência fiscal no sentido de que o defendente fosse intimado a apresentar as notas fiscais que emitiu para devolução de mercadorias e as notas fiscais relativas às mercadorias devolvidas por seus clientes

Foi informado na revisão fiscal que o autuado somente anexou como prova as Notas Fiscais do ano de 2007. Que foram excluídas do demonstrativo do referido ano as notas de devolução cujo ICMS retenção foi cobrado. Após serem retirados os débitos correspondentes às notas de devolução, foi apurado o valor remanescente de R\$37.955,64, conforme novo demonstrativo de débito às fls. 4369/4370 do PAF.

Na manifestação apresentada após a revisão fiscal, o defendente alegou que não foram excluídas as notas fiscais relativas aos exercícios de 2008 e 2009, e que acostou aos autos planilha demonstrativa dos equívocos constatados em relação aos mencionados exercícios de 2008 e 2009.

Neste caso, concordo com os prepostos fiscais encarregados pela revisão efetuada, haja vista que não basta apresentar planilha indicando os números das notas fiscais. Foi informado que não houve a verificação em relação aos mencionados anos porque o contribuinte não entregou as notas fiscais para que fossem revisadas. O defendente teve oportunidade para apresentar a comprovação, durante a impugnação e na manifestação, quando analisou o resultado da revisão, e novamente não o fez. Após a intimação da diligência o defendente teve 40 dias para entregar as notas fiscais, e os prepostos fiscais não podem excluir da autuação notas fiscais sem a necessária comprovação.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$37.955,64, conforme novo demonstrativo de débito às fls. 4369/4370 e 4868 do PAF.

Infração 08: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, em decorrência de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

O autuado alega que diversos foram os equívocos cometidos pelo autuante, que levarão esta exação fiscal ser considerada improcedente. Diz que a título de amostragem acosta ao presente processo demonstrativos que indicam a inconsistência da autuação. Cita as notas fiscais e as respectivas inconsistências constatadas.

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado adquiriu mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação e não antecipou o imposto de sua responsabilidade, no valor de R\$ 87.881,13, conforme demonstrativo de débito do auto de infração. Diz que foram acatados parcialmente os argumentos do autuado, em relação ao

exercício de 2008 e integralmente em relação ao exercício de 2009. Após as exclusões parciais de 2008 o débito ficou reduzido para R\$ 15.102,93, que passa a ser o valor total desta infração a constar do auto de infração, posto que conforme relatado, os argumentos defensivos em relação ao exercício de 2009 foram integralmente acatados pelo autuante.

Na revisão fiscal, os Auditores Fiscais fazem uma síntese das alegações defensivas e dizem que o autuante acatou as referidas alegações. Foram elaborados os demonstrativos após as exclusões com o acatamento da defesa, apurando o débito total de R\$2.296,96.

O defendente não acatou o débito remanescente, alegando que não foi retirado dos cálculos o valor correspondente à Nota Fiscal nº 995.364, da Colgate, incluída indevidamente na planilha do autuante, que foi devolvida parcialmente, com a nota fiscal da Distribuidora São Roque de nº 499.597, datada de 09/05/2008, conforme cópia da referida nota fiscal acostada ao presente processo (fl. 4854).

Foi efetuada nova verificação pelos prepostos fiscais encarregados pela revisão, sendo informado que foram refeitos os cálculos, tendo em vista que a Nota Fiscal da Colgate, bem como a sua devolução foram anexadas para comprovar a alegação defensiva. Após o refazimento dos cálculos com a retirada da Nota Fiscal da Colgate, não restou débito a cobrar nesta infração. Portanto, conclui-se pela insubsistência desta infração.

Infração 09: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

Na informação fiscal, o autuante esclarece que se trata de antecipação tributária incidente sobre estoque de bebidas existente no estabelecimento em 31/03/2009, data em que as referidas mercadorias passaram a ser tributadas pelo regime de substituição tributária. Diz que de acordo com a planilha referente a esta infração, ao invés de conceder redução de base de cálculo de 55,55% ou 30%, conforme as mercadorias sejam tributadas com 27% ou 17%, o autuante optou por tributá-las com suas alíquotas efetivas, ou seja, 12% ou 11,9%, respectivamente. Ressalta que em relação a esta infração, não existe uma palavra da defesa.

Constato que o defendente não apresentou qualquer contestação quanto a este item da autuação fiscal. Neste caso, considero esta infração procedente, haja vista que não há lide a ser decidida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	41.995,78
02	PROCEDENTE	329.083,78
03	PROCEDENTE	10.527,75
04	PROCEDENTE EM PARTE	12.106,73
05	PROCEDENTE EM PARTE	466.114,79
06	PROCEDENTE EM PARTE	233.497,14
07	PROCEDENTE EM PARTE	37.955,64
08	IMPROCEDENTE	-
09	PROCEDENTE	20.717,37
TOTAL	-	1.151.998,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0005/11-4, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, devendo ser

intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.151.988,98** acrescido das multas de 50% sobre R\$41.995,78; 60% sobre R\$1.061.519,81; 70% sobre R\$10.527,75 e 150% sobre R\$37.955,64, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a”, “b”, “d” e “e”, III, V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA