

A. I. N° - 278936.0018/13-8
AUTUADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 29/10/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0237-03/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. DECRETO N° 7.799/00. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA, NAS SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. **b)** REDUÇÃO INDEVIDA, NAS SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES. O tratamento fiscal previsto no Decreto n° 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Infrações subsistentes. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS INTERNAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CAD-ICMS. Fato demonstrado nos autos. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 31/03/2013, exige crédito tributário no valor histórico de R\$5.686,71, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas:

Infração 01 - 03.02.06. Recolhimento a menos do ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro, abril e dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$3.102,53, acrescido da multa de 60%; Consta que: “Utilizou indevidamente redução da base cálculo prevista no Art. 1º do Decreto 7.799/2000 - Vendas para contribuintes não inscritos(Inscrição irregular)”. Demonstrativo às fls. 07 a 15;

Infração 02 - 03.02.06. Recolhimento a menos do ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro, abril e dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$20,07, acrescido da multa de 60%; Consta que: “Utilizou indevidamente redução da base cálculo prevista no Art. 1º do Decreto 7.799/2000 - Vendas para contribuintes não inscritos ou com Inscrição Especial”. Demonstrativo às fls. 30 a 31;

Infração 03 - 07.04.03. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscrito localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$2.564,11, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 16 a 29;

O impugnante apresenta defesa, fls. 42 a 45, articulando as seguintes argumentações para refutar a autuação.

Preliminarmente protesta o pela nulidade do procedimento fiscal em face do inequívoco cerceamento de defesa verificado em decorrência do art. 46 do RPAF-BA/99, que prevê que no ato da intimação do sujeito passivo, ser-lhe-iam fornecidas cópia de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante. Observa que tal medida regulamentar visa preservar o trintídio defensivo previsto no diploma legal.

Afirma que no caso em questão, os documentos que integraram o Auto de Infração descrevem apenas os documentos fiscais, contudo não foi fornecido o nome do contribuinte e documento comprovando a data que ocorreu a sua inaptidão. Assevera que nos arquivos magnéticos não constam informações do contribuinte com data da irregularidade da empresa adquirente, impedindo o requerente de exercer de forma plena sua capacidade defensiva no prazo de 30 (trinta) dias, uma vez que não há como saber ao certo os intervalos de regularidade fiscal.

Registra ser entendimento pacífico e reiterado deste CONSEF, que não compete ao autuado produzir qualquer espécie de prova contra si próprio, razão pela qual deveria o autuante ter fornecido cópia da época, e quando a empresa ficou irregular perante a Fazenda Estadual, além de fornecer todos os levantamentos produzidos e que integram o Auto de Infração.

Arremata frisando que, não restando dúvidas da limitação do pleno exercício do contraditório em razão do flagrante cerceamento de defesa imposto ao sujeito passivo, requer, preliminarmente, a nulidade da autuação.

Ao cuidar do mérito observa que lhe foi retirado todo seu direito à redução da Base de Cálculo sem apresentar a Base legal, e sem abater o montante recolhido. Explica que este é o procedimento que a fiscalização deveria ter adotado, ou seja, da mesma forma que efetua o recolhimento do tributo. Assevera que se o procedimento ocorresse da mesma forma da apuração do imposto, não caracterizaria a omissão.

Destaca que os valores apurados são irreais, não apresentando qualquer correlação com os fatos apurados, haja vista decorrer de falhas no levantamento fiscal, já que o preposto fiscal optou por levantamento, sem, contudo, anexar prova cabal da empresa irregular. Sustenta que cabe ao estado da Bahia, pois o mesmo é signatário da denegação de empresa irregular e desta forma ao reclamar o crédito o preposto fiscal se baseou em presunções sem nenhuma validade fática. Afirma que através desta impugnação fiscal contestar todos os fatos.

Diz não haver dúvidas de que o levantamento fiscal está eivado de falhas, que não comportam à mínima análise, possivelmente em razão do método de fiscalização adotada pelo autuante.

Assinala que foi utilizada aplicação de alíquota uniforme na razão de 17%, incluindo produtos com pagamento antecipado, onde a fase de tributação já estava encerrada, alega também a existência de produtos têm alíquota diferenciada, citando como exemplo o Leite em Pó.

Afirma que teve seu direito de defesa e ao exercício do contraditório cerceado pela falta de verificação se realmente as empresas estavam irregulares o que implica falha eventual nos demonstrativos que integram o procedimento fiscal.

Frisa que da aplicação das infrações 01 e 02 faz surgir automaticamente a infração 03 o que macula toda a ação fiscal o que denota falha técnica no levantamento fiscal.

Requer a improcedência da ação fiscal seja considerada, ou que, de forma, seja determinada a revisão fiscal por membro da assessoria técnica deste CONSEF.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja declarado nulo diante das considerações preliminares apresentadas. Caso as preliminares não sejam acatadas, pugna pela improcedência da autuação, face aos elementos probatórios apresentados e a ausência de elementos caracterizadores das infrações.

Por fim, requer provar tudo quanto alegado por todos os meios previstos no Direito, inclusive revisão fiscal executada pela assessoria técnica deste órgão, sem prejuízo de outros recursos cabíveis.

O autuante presta informação fiscal, fls. 54 e 55, alinhando as seguintes ponderações.

Inicialmente observa que o contribuinte alegou que houve cerceamento de defesa, tendo em vista a não apresentação do nome do contribuinte desabilitado e do documento que comprove a inaptidão. Diz que esta alegação do contribuinte não procede, tendo em vista que em todos os

demonstrativos, elaborados com os dados da nota fiscal de venda do autuado, existem informações sobre a operação, como por exemplo: o número da nota fiscal, a data da operação e o número da Inscrição Estadual do destinatário da venda. Acrescenta que, com relação ao período da situação irregular do destinatário, no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, é óbvio que a referência é a data da operação, ressalta que conforme determina o art. 142, inciso I, do RICMS-BA/97, o contribuinte está obrigado a exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do Cartão de Inscrição ou, em sua falta, do Documento de Informação Cadastral.

Frisa que diante do exposto e na certeza que o auto de infração contém todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não procede o pedido de nulidade.

Em relação às infrações 01 e 02, assinala que o autuado alega que lhe foi retirado todo o direito à redução da base de cálculo, sem apresentação da base legal, e sem abater o montante recolhido. Registra que o impugnante também alegou que foi utilizada alíquota uniforme na razão de 17%, incluindo produtos com pagamento do imposto antecipado.

Ressalta que o Termo de Acordo celebrado pelo autuado com o Estado da Bahia, originado do Dec. nº 7799/00 contempla o benefício da redução da base de cálculo nas saídas internas de seus produtos, exceto os produtos enquadrados na substituição tributária, desde que fossem destinados a contribuintes inscritos e com situação regular no cadastro do ICMS, portanto, para as saídas destinadas a não inscritos ou inscritos com situação irregular não haveria o benefício.

Esclarece que no demonstrativo elaborado para a cobrança da irregularidade, inicialmente é calculado o imposto da forma correta e depois é subtraído o imposto destacado pelo contribuinte, desta forma, só é cobrada a diferença.

No tocante à alegação que foi usada uma alíquota uniforme e que foi incluído produtos com pagamento antecipado do imposto, não procede à alegação, tendo em vista que na elaboração dos demonstrativos não houve alteração dos dados das notas fiscais, com exceção da exclusão da redução da base de cálculo, portanto, as alíquotas aplicadas em cada operação e os produtos descritos nas notas fiscais são de inteira responsabilidade do autuado.

Quanto à infração 03 informa que a cobrança do imposto surge devido à obrigação de se reter o ICMS nas saídas para destinatários não inscritos ou com situação irregular no cadastro.

Conclui mantendo a autuação.

Em pauta suplementar esta JJF decidiu converter os autos em diligência para que o autuante intimasse o contribuinte para fornecer cópias e anexasse aos autos o “Histórico de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação” gerado pelo INC - Informação do Contribuinte, para comprovar o período de vigência da irregularidade apontada na infração, de todas as operações arroladas no levantamento fiscal.

Auditor Fiscal designado cumpriu a diligência, fl. 86 e 87, informando que carreou aos autos as cópias dos Históricos de Atividade Econômica/Condição/Situação, fls. 62 a 85, comprovando que todos os destinatários arrolados no levantamento fiscal, encontravam-se: com a Inscrição Estadual irregular na data da emissão da nota fiscal pelo autuado - infração 01 e não inscrito no CAD-ICMS - infração 02. Consta à fl. 88, intimação para entrega ao autuado das cópias carreadas autos na diligência.

O autuado se manifesta às fls. 90 a 93, acerca do resultado da diligência destacando que a diligência deveria ter sido efetuada por fiscal estranho ao feito em obediência ao inciso II do art. 148 do RPFA-BA/99, uma vez que o autuante ao elaborar o demonstrativo, bem como na peça vestibular desse procedimento administrativo fiscal, não obedeceu aos procedimentos legais, referente ao levantamento fiscal.

Assinala que mesmo tendo a apuração como suporte uma presunção fiscal, no caso dos contribuintes considerados inaptos, o crédito deveria ser reclamado apenas sobre a MVA, pois a administração considera os inabilitados como contribuintes não inscritos e, mesmo assim deveria subtrair os valores já recolhidos, com alíquota menor e ou com base de cálculo reduzida em cumprimento à proporcionalidade de observância obrigatória e já pacificado pelo CONSEF, além de ser um princípio constitucional implícito, na qual, seriam excluídas as mercadorias não tributadas e as sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação (substituição tributária para frente).

Frisa que a diligência, na forma executada, foi simplória onde foi anexado uma listagem com nome das empresas sem contudo demonstrar item por item e desta forma equivocou-se, além de não ser efetuada por fiscal estranho ao feito, isto é, munido de imparcialidade sem qualquer interesse pessoal no prosseguimento legal do feito.

Depois reafirmar os argumentos articulados na defesa, reitera seu pedido para que o Auto de Infração seja declarado nulo, e caso seja ultrapassada a preliminar, julgado improcedente.

Em nova informação fiscal, fl.102, o autuante explica que a diligência foi realizada por fiscal estranho ao feito e que foi atendida de forma integral a solicitação da 3ª JJF. Conclui mantendo a autuação e asseverando que, em relação aos argumentos apresentados pelo defendant, todos já foram devidamente contestados na primeira informação fiscal.

Na assentada do julgamento os membros da 3ª JJF decidiram novamente baixar os autos em diligência, fl. 106, para que o autuante intimasse o impugnante, para apresentar, conforme alegado na defesa cópias das notas fiscais das mercadorias incluídas no levantamento fiscal, cujas operações tiveram o imposto antecipado ou sofreram redução da base de cálculo. Foi determinado também, caso apresentada a documentação e comprovada as alegações que procedesse aos ajustes cabíveis.

Intimado o autuado, fl. 109, para apresentar a documentação solicitada não atendeu ao pedido e repetiu todas suas alegações já elencadas na manifestação acerca da diligência anterior, e requerendo a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para corrigir os equívocos, que segundo seu entendimento jamais deveria ter sido realizada pelo próprio autuante.

O autuante se pronuncia acerca da manifestação do autuado, fl. 123, informando que os argumentos apresentados já foram todos analisados nas informações fiscais anteriores e destacando que as notas fiscais não foram apresentadas à fiscalização.

Conclui opinando pela procedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob o fundamento de que ocorreu cerceamento de defesa pela falta de entrega dos demonstrativos de apuração e da ausência da comprovação da efetiva situação irregular ou da inexistência no CAD-ICMS dos destinatários arrolados no levantamento fiscal na data das operações. No tocante a falta de entrega dos demonstrativos não deve prosperar a pretensão do autuado, uma vez que resta claro e demonstrado à fl. 34, que foi entregue ao autuado cópia do CD contendo os arquivos com os referidos demonstrativos e assinado por seu preposto, o mesmo que assinou o Auto de Infração. Quanto à situação cadastral dos destinatários arrolados no levantamento fiscal, este óbice foi suprido mediante diligência determinada pela 3ª JJF que forneceu cópia ao autuado e colacionou aos autos, fls. 62 a 85, os extratos correspondentes da situação cadastral dos destinatários. Do mesmo modo, não deve prosperar a tentativa de macular o resultado da diligência realizada sob o fundamento de que somente deveria ser efetuada por auditor estranho ao feito, eis que, apesar de inexistir previsão de exclusividade para realização por fiscal estranho ao feito, a diligência foi, como se verifica às fls. 86 e 87, executada por Auditor Fiscal designado. Assim, considero ultrapassada as questões preliminares, e passo a tratar do mérito da autuação

No mérito, o presente lançamento de ofício cuida de três infrações à legislação do ICMS, conforme teor explicitado no preâmbulo do Relatório.

As infrações 01 e 02 tratam do recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo nas vendas, respectivamente, para contribuintes desabilitados no CAD-ICMS e para não contribuintes, conforme demonstrativos de apuração e de débito, fls. 07 a 15 e 30 e 31.

O autuado em sede de defesa questionou a ausência da indicação do histórico da efetiva situação cadastral demonstrando a efetiva irregularidade dos remetentes arrolados no levantamento fiscal na data da operação.

Em diligência determinada por esta JJF foi carreada aos autos, fls. 62 a 85, e entregue cópia ao autuado, fl. 88, os extratos do INC do Histórico de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação de todos os destinatários arrolados no levantamento fiscal comprovando a situação do contribuinte no CAD-ICMS, no período em que ocorreu o fato gerador.

Questionou também o impugnante, sem apresentar qualquer operação objetivamente, a inclusão no levantamento fiscal de produtos com pagamento antecipado do imposto onde a fase de tributação encerrada e de leite em pó que tem alíquota diferenciada, além de alegar que fora aplicada a alíquota uniforme de 17% indistintamente.

Foi também determinada diligência para que o autuado apresentasse as documentações fiscais comprobatórias de suas alegações e foram de fato equivocadas incluídas no levantamento fiscal, fl. 106, não se obteve êxito, eis que, o impugnante além de não apresentar a documentação para comprovar suas alegações, insistiu no argumento de que a diligência deveria ser realizada por fiscal estranho ao feito reiterando suas alegações apresentadas na defesa.

Depois de examinar os elementos que compõem esses dois itens da autuação, constato que a apuração foi realizada corretamente, bem como verifico restar patente na apuração da exigência fiscal, consoante se verifica no demonstrativo, fl. 07 a 15 e 30 a 32, que foram considerados os valores já recolhidos.

Uma vez demonstrado que os clientes do autuado se encontravam com suas inscrições desabilitadas, há que se convir que nesses casos o autuado não poderia usufruir do tratamento tributário diferenciado, por se tratar de um benefício fiscal, que deve ser interpretado literalmente, no caso do tratamento previsto no Decreto 7.799/00, e considerando o teor de seu art. 1º estabelece que o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o citado Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, somente se aplica o benefício fiscal a contribuintes que estejam regularmente inscritos no CAD-ICMS.

Pelo acima alinhado, é condição imposta no Decreto nº 7.799/00, que as mercadorias sejam destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, o que não ocorreu na totalidade das operações, conforme discriminado nas planilhas que instruem estes itens da autuação.

Assim, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

No que pertine à infração 03 que trata da falta de retenção e consequente recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, conforme demonstrativo às fls. 06 a 29 e CD, fl. 33 e 34.

A sujeição passiva do contribuinte como responsável pela retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária relativa à operação subsequente na vendas internas para contribuintes

desabilitados no CAD-ICMS conforme previsto no inciso I do art. 353 do RICMS-BA/97, cuja base de cálculo para fins de retenção deve ser feita como prevista no art. 61 do RICMS-BA/99.

Constato que, ao contrário do que suscitou o impugnante em sede defesa, nos cálculos, realizados pelo autuante na apuração da exigência fiscal foram devidamente contemplados os valores já recolhidos.

Portanto, tendo em vista a comprovação efetiva nos autos da irregular situação cadastral dos destinatários, bem como não havendo reparo em relação aos cálculos do valor exigido, resta o subsistente valor exigido.

Infração procedente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 278936.0018/13-8, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.686,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “e” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA