

A. I. N° - 206845.0026/11-6
AUTUADO - MIX MALHAS E AVIAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TEREZA CRISTINA MARQUES DE MELLO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 18.03.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-04/15

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIDO ICMS A MENOS. Restou comprovada a redução indevida de base de cálculo nas vendas para contribuintes em situação irregular no CAD-ICMS e, em relação aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, sem atingir o percentual mínimo de 65% de vendas para contribuintes. Infração caracterizada. 2. ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Os créditos fiscais apropriados nas aquisições beneficiadas com redução da base de cálculo, nas saídas subsequentes, devem respeitar a proporcionalidade da redução. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES. Acusação não elidida. Infração caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, é devido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/11, exige ICMS, no valor total de R\$ 182.672,77, em razão da apuração das infrações a seguir anunciadas:

Infração 1 - Recolheu a menos ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a abril, junho, julho e setembro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 64.293,45, acrescido de multa de 60%.

Consta que se refere a saídas de mercadorias tributadas para não contribuintes e/ou contribuintes desabilitados, utilizando indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, sendo que nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008 o autuado efetuou saídas de mercadorias com redução da citada base de cálculo sem atingir o percentual de 65% de vendas para contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS).

Infração 2 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a novembro de 2007, março a maio e julho a dezembro de 2008. Lançado imposto no valor de R\$ 17.303,65, mais multa de 60%.

Consta que se refere à falta de estorno de crédito fiscal relativo a aquisições de mercadorias com alíquotas de 12% e 17%, as quais tiveram saída posterior com a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00.

Infração 3 – 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, nos meses de março, maio e julho a outubro de 2007, abril e setembro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 2.889,89, mais multa de 60%.

Infração 4 - Falta de recolhimento de ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Trata-se dos exercícios fechados de 2007 e 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 98.185,78, acrescido de multa de 70%.

O autuado apresenta defesa (fls. 212 a 219) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o prazo para a consecução da ação fiscal de que trata a Ordem de Serviço nº 511545/11 tinha expirado. Solicita que lhe seja entregue cópia dessa Ordem de Serviço e, em seguida, reaberto o prazo de defesa. Menciona que, como tomou conhecimento do Termo de Início de Fiscalização em 15/10/11 e do Termo de Encerramento em 05/01/12, o prazo limite foi ultrapassado, uma vez que não houve Termo de Prorrogação da ação fiscal. Aduz que não lhe foi informado quando se deu o visto da autoridade fazendária. Solicita que seja decretada a nulidade do lançamento, bem como a declaração do estado de espontaneidade, para que, assim, querendo efetue correções nos documentos e demonstrativos fiscais e contábeis inerentes ao período abarcado pela ação fiscal. Transcreve o disposto no art. 28 do RPAF/99.

Ainda em preliminar, registra que teve dificuldade para se defender, pois no CD que lhe foi entregue, quando da sua notificação do lançamento, consta levantamentos e arquivos atinentes a outro contribuinte, mais especificamente a WCN COM. REP. DE ALIMENTOS LTDA. Solicita que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou que seja realizado novo procedimento por parte da SEFAZ-BA, reabrindo o prazo de defesa e devolvendo-lhe a espontaneidade.

No mérito, quanto a infração 1, argumenta que durante os exercícios de 2007 e 2008 ainda não havia a nota fiscal eletrônica e, assim, era impossível saber se o cliente-contribuinte estava desabilitado junto à SEFAZ-BA. Diz que, dado o intenso movimento da loja, não era operacionalmente possível fazer consulta a cada venda realizada.

Ressalta que em alguns meses as vendas a contribuintes atingiram percentuais próximos a 65% e, no entanto, a autuante deixou de considerar o benefício nesses meses. Cita que, em alguns casos, a diferença foi de apenas 1,31%, tendo as vendas atingido o patamar de 63,29%. Diz que, dessa forma, não há o que se falar em infração.

No que tange à infração 2, afirma que a exigência fiscal encerra provável equívoco por parte da autuante, porém a falta de apresentação de levantamento fiscal detalhado impossibilita a conferência e a integral impugnação desse item do lançamento quanto ao mérito. Salienta que, contudo, mantém os pedidos citados nas preliminares. Requer a nulidade ou improcedência desse item do lançamento.

Em relação à infração 3, argumenta que também é necessária a conferência do levantamento fiscal, que diz não lhe ter sido entregue. Aduz que, segundo os levantamentos impressos que lhe foram apresentados, ainda que esses levantamentos não discriminem as notas fiscais, percebeu que no período houve emissão de notas fiscais sem destaque de alíquota, o que diz que talvez tenha feito a autuante supor que se tratava de operações com substituição tributária, quando na verdade se tratava de erro do sistema. Ressalta que tais documentos fiscais foram devidamente corrigidos. Solicita a improcedência ou nulidade dessa infração.

Referindo-se à infração 4, salienta que é quase impossível o exercício do seu direito de defesa. Diz que, em conferência apenas dos seus próprios demonstrativos, verificou que a exigência fiscal decorre de erro por parte da autuante, uma vez que a infração não foi atestada. Requer a improcedência ou nulidade desse item do lançamento.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou nulo, solicita que nas situações próprias lhe seja devolvida a espontaneidade para corrigir eventuais equívocos.

Na informação fiscal, fls. 224 a 226, a autuante afirma que a ordem de serviço refere-se exclusivamente a um expediente interno da repartição fazendária. Diz que o §1º do artigo 28 do RPAF/99 estabelece o prazo de noventa dias para a conclusão do procedimento fiscal, podendo ser prorrogada mediante Termo de Prorrogação.

Explica que o Termo de Início de Fiscalização data de 15/10/11, e o Termo de Encerramento ocorreu com a lavratura do Auto de Infração em 30/12/11. Menciona que, após a lavratura, o Auto de Infração deve ser registrado no prazo de cinco dias, o que diz ter ocorrido em 05/01/12. Conclui que, como o procedimento fiscal começou em 15/10/11 e a lavratura do Auto de Infração se deu em 30/12/11, foi rigorosamente obedecido o prazo regulamentar de noventa dias. Aduz que não há como se conceder o direito à espontaneidade solicitada pelo autuado.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que a exigência de que as vendas sejam feitas a contribuintes está prevista no Decreto 7.799/00, sendo que para o cumprimento dessa exigência a SEFAZ-BA disponibiliza em seus sistemas o acesso à situação dos contribuintes inscritos, na data das vendas com o benefício da redução da base de cálculo.

Referindo-se às demais infrações, afirma que tanto o CD-ROM com os relatórios fiscais como os relatórios em meio físico anexados aos autos são referentes à Mix Malharia e Aviamentos Ltda.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFAZ Atacado, para que a autuante acostasse ao processo documento que comprovasse que os destinatários das operações relacionadas na infração 1 estavam, à época dos fatos, inaptos, desabilitados ou não inscritos. Também foi solicitado que fosse entregue ao autuado e acostado ao processo novo CD-ROM com os demonstrativos que embasaram a autuação. Por fim, foi determinado que fosse entregue ao autuado cópia de todos os novos elementos trazidos na diligência e, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

A diligência foi atendida, conforme informação prestada pela autuante à fl. 381 e documentos acostados às fls. 234 a 380 e 383 a 402.

Em nova defesa (fls. 408 a 429), inicialmente, o autuado solicita que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome de seu patrono, cujo endereço consta no rodapé da impugnação ora apresentada.

Preliminarmente, suscita a nulidade da infração 1 por ofensa ao disposto no art. 28, §4º, do RPAF/99, uma vez que a autuante não apresentou demonstrativo que comprovasse a acusação de que, nos meses de janeiro, fevereiro e julho de 2008, não foi atingido o percentual mínimo de 65% de vendas a contribuintes do ICMS, cerceando, assim, o seu direito de defesa. Também afirma que não há nos autos comprovação da denúncia do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ-BA (art.

7º do Dec. 7.799/00). Frisa que a exigência do imposto sem o benefício do Dec. 7.799/00 depende de formalização de denúncia do Termo de Acordo, consoante o art. 7º-A do referido diploma.

Argui a nulidade da infração 2, sob o argumento de que, na elaboração do demonstrativo intitulado “TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799/00 - ESTORNO DE CRÉDITO - Proporcionalidade das saídas de mercadorias vinculadas à operação subsequente, destinadas a contribuintes inscritos ativos com redução das operações sem redução”, não foi aplicada a metodologia estabelecida no art. 100, §2º, do RICMS-BA/97. Frisa que os demonstrativos elaborados pela autuante listam apenas as aquisições de mercadorias as alíquotas de 12% e 17%, mas não se tem como saber se, efetivamente, essas mesmas mercadorias foram vendidas com base de cálculo reduzida, já que realiza operações de vendas com carga tributária normal. Diz que o lançamento não fornece elementos necessários para que identifique, com precisão, a ocorrência do ilícito tributário e o valor devido (art. 18, IV, “a”, do RPAF/99).

Suscita a nulidade da Infração 4, pois considera que, em alguns casos, os dados lançados não correspondem àqueles informados pelo contribuinte através do programa SINTEGRA. Cita como exemplos as seguintes mercadorias: a) Produto 279 - Malha Viscotorção - deixou de ser considerado o estoque inicial de 576,74 kg, conforme o Registro 74; b) Produto 292 - Malha Aberta Monise - deixou de ser considerado o estoque inicial correto, de 5.738,61 kg, conforme o Registro 74; c) Produto 355 - No Auto de Infração, foi denominado Malha Radiosa Cores, com estoque inicial de 25.610 kg, no SINTEGRA, a denominação é Radiosa Lisa/Mescla STA, com estoque inicial de 27.204,748 kg. Diz que essa divergência entre os dados do Auto de Infração e dos arquivos do SINTEGRA torna inseguro o lançamento de ofício, ensejando a decretação de sua nulidade, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

No mérito, quanto à Infração 1, afirma que conforme os históricos cadastrais apresentados em decorrência da diligência realizada, alguns compradores estavam ativos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) em todo o período objeto da autuação, a exemplo dos seguintes estabelecimentos: Nilza Alice Ferraz de Brito Teles, Marina de Sousa Nilo Fragoso, Áurea Aleluia Rios, Sílvia Cristiane Santana, Coco Doce Moda Praia, C.A. Andrade Confecções e Ângela Confecções Ltda. Diz que além desses, os estabelecimentos constantes em uma tabela que apresenta estavam ativos no CAD-ICMS, quando realizaram aquisições junto ao autuado.

Sustenta que diversas notas fiscais foram lançadas mais de uma vez, gerando, com isso, cobranças indevidas. Apresenta tabela a título de exemplos.

Diz que as irregularidades apontadas reforçam a nulidade da Infração 1 ou, ao menos, impõem a realização de diligência, para que sejam excluídas as exigências relativas a contribuinte que estavam ativos no período da autuação, assim como as cobranças feitas em duplicidade.

Quanto aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, afirma que não é verídica a acusação de que o autuado teria utilizado a redução da base de cálculo sem ter atingido o percentual mínimo de 65%, previsto no art. 1º, do Dec. 7.799/00, cuja redação transcreveu.

Salienta que a locução “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia” serve apenas para definir as operações que serão agraciadas com o benefício legal. A apuração do limite mínimo de 65% do faturamento é feita levando em consideração o “valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS”, não havendo a exigência de que estejam ou não inscritos, muito menos regulares no cadastro de contribuintes baiano.

Afirma que o Dec. 7.799/00 veio para beneficiar os estabelecimentos comerciais atacadistas, que foram assim definidos pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), responsável pela definição do Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE). Transcreve trecho do CNAE e, em seguida, afirma que a atividade econômica do atacadista é marcada, via de regra, pela venda de mercadorias em grande quantidade a pessoas jurídicas e a uma clientela institucional, não

havendo qualquer limitação quanto ao fato de estar ou não tal cliente inscrito ou regular nesse ou naquele cadastro. Diz que, ao vincular o critério para concessão do benefício exclusivamente ao valor global de vendas a contribuintes do ICMS, que são justamente pessoas jurídicas que ocupam a posição intermediária na cadeia de distribuição das mercadorias, o Dec. 7.799/00 respeitou a competência outorgada pela Lei, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para classificar a atividade econômica, e o art. 110, do CTN, cujo teor transcreveu.

Menciona que a autuante extrapolou os limites traçados pelo Dec. 7.799/00, ao exigir o imposto relativo aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, sob a tese de que o percentual mínimo de 65% refere-se às vendas “para contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS deste Estado”. Afirma que a autuação, da forma como lançada, cria novo requisito para gozo do benefício do atacadista, já que não consta do Decreto de regência a locução “contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS deste Estado”, mas apenas “contribuintes do ICMS”. Conclui que, portanto, foi violado o art. 111, II, do CTN, segundo o qual as normas que concedem benefício devem ser interpretadas literalmente. Cita jurisprudência para embasar seu argumento.

Sustenta que, seguindo os ditames estabelecidos pelo art. 1º, do Dec. 7.799/00, tem-se que as vendas globais a contribuintes do ICMS, realizadas pelo autuado durante todo o período fiscalizado, inclusive nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, superaram o limite mínimo de 65%, o que legitima a utilização da redução da base de cálculo instituída pelo Executivo baiano, conforme planilhas que apresenta.

Diz que, portanto, a infração 1 deve ser julgada improcedente ou, ao menos, reduzido o seu montante, nos termos da fundamentação acima exposta.

Quanto à infração 2, reitera a preliminar de nulidade por insegurança da acusação e, no mérito, diz que não há provas de que o autuado tenha vendido mercadorias utilizando-se de carga tributária reduzida, já que tem bom volume de vendas tributadas a 17%. Também argumenta que, ao efetuar a glosa de parte dos créditos escriturados pelo autuado, a título de estorno proporcional, não foi considerado o crédito de 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais, consoante prevê o art. 2º do Dec. 7.799/00. Afirma que, dessa forma, caso se mantenha a presente exigência, o que diz admitir por amor ao debate, deverão ser deduzidos os valores constantes em tabela que apresenta.

Ressalta que a exigência fiscal referente à infração 3 não pode ser mantida integralmente, uma vez que foram lançados documentos em duplicidade, conforme exemplos que cita. Diz que, portanto, deve ser realizada diligência para correção dos equívocos apontados.

Relativamente à infração 4, assegura que as diferenças apuradas pela autuante decorrem de equívocos cometidos pela empresa que prestava serviços contábeis, gerando divergências de quantidades e de descrição de mercadorias que impactaram negativamente na movimentação de estoques, como se houvesse vendas sem emissão de documentos fiscais. Explica que o livro Registro de Inventário deve espelhar a movimentação física das mercadorias existentes no estabelecimento, item a item, consoante os artigos 330, do RICMS-BA/97, e 76, do Convênio s/nº, de 15/12/70 (SINIEF). Diz que, com a implantação dos arquivos magnéticos e o desenvolvimento de programas de informática que armazenam os dados fiscais e contábeis dos contribuintes, a contagem física do estoque praticamente não é mais realizada nos dias de hoje. Menciona que quando a contabilidade não bem escritura os documentos fiscais que lhe são entregues, os efeitos para o contribuinte são desastrosos, como diz ter ocorrido no caso em análise, em que se apurou quase R\$600.000,00 de base de cálculo. Frisa que esse montante não é razoável para a sua realidade, já que representa quase 100% de todo o faturamento obtido nos exercícios fiscalizados.

Friza que as diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques, apesar de encontrar respaldo numérico nos registros efetivados pelo autuado, resultam de equívocos contábeis, os

quais não autorizam a incidência da presunção contida no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, nem constituem fato gerador do ICMS.

Diz que é necessário que se atente para os equívocos constantes do levantamento quantitativo de estoques, no que concerne aos estoques iniciais consignados nos arquivos do SINTEGRA. Diz que, além das mercadorias indicadas na preliminar de nulidade, também há divergência nos seguintes itens: Exercício de 2007: Produto 325 - Malha Laycra Lisa Rosset, Produto 395 - Malha Radiosa Estampada; Exercício de 2008: Produto 325 - Laycra Lisa Rosset – Cirre, Produto 380 - Malha Viscolaycra Estam, Produto 395 - Malha Radiosa Estampada.

Afirma que é necessária a realização de diligência para revisar o levantamento quantitativo.

Ao finalizar, requer: que os atos processuais de intimação sejam dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo; o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação; a realização de diligência; e a improcedência do Auto de Infração. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Às fls. 432 a 435, a autuante presta a informação fiscal regulamentar.

Quanto à infração 1, afirma que todas as notas fiscais listadas pelo defendante não constam no relatório que apurou o imposto ora exigido. Diz que as Notas Fiscais nºs 1307, 1352, 2155, e 2211 se repetem, mas os itens nelas constantes são diferentes. Frisa que as Notas Fiscais nºs 1137, 1427, 1600, 1718 e 1967 não constam do relatório em tela. Destaca que, para afastar a alegação de cerceamento de defesa, anexa às fls. 436 a 451 as planilhas individualizadas, por vendas, para que se possa confrontar com os relatórios apresentados quando da lavratura do Auto de Infração.

No que tange à infração 2, diz que anexou aos autos a planilha de cálculo da proporcionalidade citada na defesa.

Relativamente à infração 3, reitera que as notas fiscais se repetem, mas os itens são diferentes. Explica que a Nota Fiscal nº 1137 refere-se aos itens 1 e 2, a Nota Fiscal nº 1427 refere-se aos itens 1 a 6, a Nota Fiscal nº 1600 refere-se aos itens 2 e 3 e a Nota Fiscal nº 1967 refere-se aos itens 1 a 6.

Quanto à infração 4, explica que as informações enviadas por meio do SINTEGRA devem estar comprovadas pelos documentos e livros fiscais. Prosseguindo, cita os exemplos abaixo.

- Exercício de 2007.

O Produto 279 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 3) e no livro Registro de Inventário (fl. 91) com a descrição malha viscotorção cores.

O Produto 292 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 3) e no livro Registro de Inventário (fl. 89) com a descrição malha aberta monise.

O Produto 355 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 3) e no livro Registro de Inventário (fl. 90) com a descrição malha radiosa cores.

O Produto 279 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 3) e no livro Registro de Inventário (fl. 91) com a descrição malha viscotorção cores.

- Exercício de 2008.

O Produto 279 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 6) e no livro Registro de Inventário (fl. 188) com a descrição malha viscotorção cores.

O Produto 292 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 6) e no livro Registro de Inventário (fl. 181) com a descrição malha aberta monise.

O Produto 355 consta no relatório Levantamento Quantitativo de Estoque (fl. 11) e no livro Registro de Inventário (fl. 186).

Frisa que as quantidades constantes nos arquivos SINTEGRA dos produtos acima são as que estão lançadas nos livros Registro de Inventário 2007 e 2008, cujas cópias estão anexadas ao processo.

Ao finalizar seu arrazoado, a autuante solicita que o setor competente reabra o prazo de defesa, tendo em vista as novas planilhas elaboradas na informação fiscal.

Conforme intimação às fls. 460 e 461, o autuado recebeu cópia dos novos elementos e teve o prazo de dez (10) dias para pronunciamento.

Ao se pronunciar nos autos (fls. 463 a 468), inicialmente, o autuado argui a nulidade da intimação efetuada, tendo em vista que só lhe foi concedido o prazo de dez dias para pronunciamento, quando o correto seria o prazo de trinta dias. Para embasar seu argumento, transcreve ementa de acórdãos deste CONSEF.

No mérito, quanto à infração 1, diz que confirmação da autuante de que notas fiscais de venda a contribuintes inscritos não foram levadas em consideração coloca em dúvida a ocorrência do ilícito fiscal, porque, ao menos em relação aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, é necessário que todas as operações realizadas pelo contribuinte sejam consideradas, para que se possa saber se houve ou não inobservância aos requisitos do Dec. 7.799/00.

No que tange às Notas Fiscais nºs 1307, 1352, 2155 e 2211, frisa que em sua defesa demonstrou que houve duplicação de valores, sendo irrelevante o fato de as notas fiscais fazerem referência a itens de mercadorias diversos. Quanto às demais notas fiscais questiona: se não compunham o levantamento, por que instruem o presente Auto de Infração?

Relativamente aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, reitera a tese de que jamais houve descumprimento aos requisitos estabelecidos pelo artigo 1º, do Decreto 7.799/00, para a obtenção do benefício da redução da base de cálculo. Frisa que a redução de base de cálculo se aplica às vendas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, a 65% do faturamento.

Explica que a locução “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia” serve, nos ditamos normativos, apenas para definir as operações que serão agraciadas com o benefício legal. Diz que a apuração do limite mínimo de 65% do faturamento é feita levando em consideração o “valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS”, não havendo a exigência de que estejam ou não inscritos, muito menos regulares no cadastro de contribuintes baiano. Frisa que tal posicionamento atende às disposições do CONCLA e do art. 110 do CTN. Conclui que a exigência do imposto nesses meses não se sustenta, pois restou demonstrado que o percentual de vendas a contribuintes do ICMS superou o piso de 65% do total das operações do período.

Quanto à infração 2, diz que na informação fiscal a autuante se limitou a relatar a defesa e a informar acerca da apresentação extemporânea da planilha de proporcionalidade. Reitera os argumentos trazidos na defesa e, quanto à omissão da autuante, diz que deve ser aplicado ao caso o previsto no art. 140 do RPAF/99.

Em relação à infração 3, diz que a autuante deveria ter se pronunciado acerca da Nota Fiscal nº 1427, acerca da qual diz que foram lançadas duas exigências fiscais no importe de R\$ 2.226,07.

Relativamente à infração 4, reitera os argumentos defensivos, seja quanto à inaplicabilidade da presunção do §4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, seja quanto aos equívocos apontados e não esclarecidos pela autuante.

Ao finalizar, reitera os argumentos trazidos na defesa, inclusive o pedido de diligência.

Ao se pronunciar nos autos (fls. 471 e 472), referindo-se à infração 1, a autuante afirma que a planilha de fl. 436 traz mensalmente o total das vendas com detalhamento necessário para comprovar a procedência desse item do lançamento, visto que nos citados meses a empresa não

atingiu o percentual mínimo necessário (65%) para que pudesse reduzir a base de cálculo, conforme previsto no Dec. 7.799/00. Diz que esse percentual é calculado tomando por base o valor das vendas para contribuintes inscritos em relação às vendas totais. Menciona que as planilhas de fls. 437/455 trazem a relação das notas fiscais emitidas para não contribuintes, contribuintes inscritos na condição especial e inaptos (fls. 235/380), bem como dos cupons fiscais – totalizados no último dia do mês. Referindo-se às Notas Fiscais nºs 1307, 1352, 2155 e 2211, diz que os documentos fiscais se repetem, mas os itens são diferentes. Afirma que as Notas Fiscais nºs 1137, 1427, 1600, 1718 e 1967 não constam na auditoria.

Quanto às infrações 2, 3 e 4, descreve as alegações trazidas na defesa e repisa os argumentos apresentados na informação fiscal anterior.

Mantém a autuação em sua totalidade.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª JJF converter o processo em diligência, para o atendimento das solicitações relatadas a seguir.

Quanto à infração 1: a) que a autuante se pronunciasse quanto a regularidade cadastral dos contribuintes citados à fl. 415 e, caso necessário, que fosse efetuada a correção no cálculo do imposto lançado; b) que fosse o autuado intimado a apresentar cópia das notas fiscais que comprovassem a alegada duplicidade de lançamento e, caso necessário, fosse efetuada a correção no cálculo do imposto.

Relativamente à infração 2: a) que se pronuncie acerca do argumento defensivo atinente ao crédito presumido de 16,667% cabível nas operações de saídas interestaduais; b) que fossem apurados os créditos presumidos em questão e, caso os citados créditos presumidos não tenham sido considerados pelo autuado, que fosse elaborado um demonstrativo para a infração 2 deduzindo esses referidos créditos.

No que tange à infração 3: que fosse o autuado intimado a apresentar cópia das notas fiscais que comprovassem a alegada duplicidade de lançamento e, caso necessário, fosse efetuada a correção no cálculo do imposto.

Foi solicitado que, atendidas as solicitações acima, fosse reaberto o prazo de defesa em 30 dias.

A diligência foi atendida, conforme fls. 486 a 488.

Quanto à infração 1, a autuante informou que os extratos da situação cadastral dos contribuintes, anexados às fls. 234 a 380, se referem à situação cadastral dos contribuintes (inscritos regularmente ou não) nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, meses esses em que o autuado não conseguiu alcançar o patamar de 65%. Diz que esse percentual é calculado tomando por base o valor das vendas para contribuintes inscritos em relação às suas vendas totais (aqui compreendidas: para não contribuintes, contribuintes inscritos na condição de especial, inaptos e saídas mediante cupom fiscal). Destaca que os extratos anexados às fls. 234 a 380 referem-se a todas as vendas realizadas nesses meses a contribuintes regularmente inscritos, não contribuintes, contribuintes desabilitados e inscritos na condição de especial. Diz que, assim, fica explicado porque contribuintes com situação cadastral regular encontram-se ali anexados.

Aduz que “os relatórios que apontam as vendas para não contribuintes e/ou contribuintes desabilitados, que implicam cobrança de redução indevida de base de cálculo, prevista no citado Termo de Acordo, neste sim, devem constar apenas os não contribuintes e/ou contribuintes desabilitados, anexos fls. 19 a 26 (primeira e última página), com gravação em meio magnético (CD) anexo fl. 204, parte integrante deste AI”.

Quanto à infração 2, diz que no seu entendimento não cabe a compensação sugerida em relação aos valores apresentados pelo autuado às fls. 425 e 426 e que dizem respeito ao crédito presumido previsto no art. 2º do Dec. 7.799/00.

Após transcrever o disposto nos artigos 314, I e II, e 315, ambos do RICMS-BA/97, explica que para o autuado fazer jus ao crédito presumido, ele deveria tê-lo feito nos prazos ali previstos, o que diz não ter ocorrido. Especificamente quanto ao crédito fiscal atinente ao exercício de 2008, afirma que o autuado, respeitado o prazo decadencial, poderá requerer a sua utilização, de acordo como o art. 315 do RICMS-BA/97.

Quanto à questão da suposta duplicidade de notas fiscais, diz que embora tenha sido intimado (fls. 482 a 484), o autuado não as apresentou.

Em petição à fl. 493, o patrono do autuado informou que estará ausente desta cidade no período de 07 a 17 de junho de 2014 e, assim, solicita que seja adiada qualquer sessão eventualmente designada para esse período.

O processo foi convertido em diligência, fl. 498, para que o autuado fosse notificado da diligência realizada, com a concessão do prazo de trinta dias para pronunciamento do contribuinte.

Notificado do resultado da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 505 e 506.

Quanto às infrações 1 e 3, diz que a diligência realizada em nada altera os vícios e incorreções já indicadas pelo defensor. Registra que os dados das notas fiscais utilizados no levantamento elaborado pela autuante foram colhidos dos arquivos magnéticos enviados pelo autuado à SEFAZ e, portanto, a verificação quanto à duplicidade deve ser feita mediante a simples análise dos próprios arquivos magnéticos.

Com relação à infração 2, afirma que a autuante se negou a cumprir a diligência solicitada no que tange ao crédito presumido de que trata o art. 2º do Dec. 7.799/00. Diz que deve ser determinada a renovação da diligência, por fiscal estranho ao feito, visando sanar o equívoco apontado.

Reitera os pedidos formulados na defesa e nas demais petições e solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante se pronuncia à fl. 508 dos autos e, nessa oportunidade, faz uma síntese dos fatos e, em seguida, diz que o processo deve retornar ao CONSEF para os devidos fins.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, argumentando que o prazo para a consecução da ação fiscal de que trata a Ordem de Serviço nº 511545/11 tinha expirado.

A ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela foi iniciada em 15/10/11, com a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos acostado à fl. 9. A teor do disposto no art. 28, §1º, do RPAF/99, a autuante tinha até o dia 15/01/12 para concluir a ação fiscal. Considerando que a ação fiscal foi encerrada com a lavratura do Auto de Infração em 30/12/11, não houve necessidade de prorrogação de prazo para a conclusão da ação fiscal. A Ordem de Serviço que respaldou a ação fiscal é um documento interno da repartição fazendária dirigido ao preposto responsável pela ação fiscal, cuja ausência nos autos não causa nenhum prejuízo ao autuado. Dessa forma, ultrapassou a primeira preliminar de nulidade.

O autuado também argui a nulidade do Auto de Infração, argumentando que o CD-ROM que lhe entregaram era referente a outro contribuinte.

Apesar desse fato não restar comprovado nos autos, o processo foi convertido em diligência para que, dentre outras medidas saneadoras, fosse entregue ao autuado cópia do CD-ROM com as planilhas que embasaram a autuação, devendo em seguida, ser reaberto o prazo de defesa. Assim, o suposto vício ficou sanado e, em consequência, a preliminar suscitada fica afastada.

Especificamente quanto à infração 1, foi suscitada a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, tendo em vista que a autuante não apresentou demonstrativo que comprovasse a acusação

de que nos meses de janeiro, fevereiro e julho de 2008 não tinha sido atingido o patamar de 65%. Também argui que não há a comprovação da denúncia do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ-BA, pois a exigência do imposto sem o benefício do Dec. 7.799/00 depende de formalização de denúncia do referido Termo.

Na informação fiscal foi anexado à fl. 436 dos autos o demonstrativo do percentual das saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. O autuado recebeu cópia desse demonstrativo e, mediante diligência, foi reaberto o prazo de defesa. Assim, esse vício processual foi sanado.

A redução de base de cálculo de que trata o art. 1º do Dec. 7.799/00 está condicionado a que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos percentuais de faturamento ali citados. Uma vez não atingida a condição prevista na legislação, não há o que se falar em redução de base de cálculo. Portanto, ao contrário do afirmado na defesa, a exigência do imposto sem a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. 7.799/00, quando o sujeito passivo não atinge o percentual mínimo previsto no referido Decreto, não necessita de denúncia de Termo de Acordo.

Dessa forma, ultrapassada essa preliminar de nulidade quanto à infração 1.

Relativamente à infração 2 foi arguida a nulidade da autuação, por ausência de elementos necessários para que se identificasse a ocorrência da infração e do montante devido, pois não foi observada a metodologia estabelecida no art. 100, §2º, do RICMS-BA/97.

Ultrapasso essa preliminar, pois a apuração da infração e a determinação do valor devido estão em conformidade com o art. 100, §2º, II, do RICMS-BA/97, o qual prevê que não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações, aplicar-se-á a alíquota preponderante ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entradas. Da análise dos demonstrativos elaborados pela autuante, fica claro que o estorno do crédito fiscal foi realizado partindo das notas fiscais de entradas e de forma proporcional às operações de saídas que ocorreram com redução de base de cálculo. A metodologia empregada pela autuante está em conformidade com o previsto na legislação, sendo esse procedimento rotineiramente empregado pela fiscalização ao auditar empresas atacadistas beneficiárias da redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00.

Foi suscitada a nulidade da infração 4 sob a alegação de que, em alguns casos, os dados lançados não correspondiam àqueles informados no SINTEGRA, conforme produtos e estoques que foram citados na defesa.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois se há divergência entre os dados lançados na escrita fiscal e os informados nos arquivos do SINTEGRA, essa irregularidade foi causada pelo próprio autuado e, nos termos do §2º do art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa. Na hipótese de haver divergência entre os dados constantes nos arquivos magnéticos e os lançados no livro Registro de Inventário, deve-se considerar o constante no citado livro, pois o livro fiscal é a fonte dos dados que são informados nos arquivos magnéticos. Saliento que os produtos cujos códigos, denominações e quantidades foram declinadas na defesa estão em conformidade com os lançamentos constantes no livro Registro de Inventário que se encontra acostado ao processo, conforme foi bem explicado pela autuante na informação fiscal quando, referindo-se a cada um dos produtos citados, demonstrou a regularidade dos dados constantes no levantamento quantitativo de estoque e no livro Registro de Inventário.

Indefiro, com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99, a solicitação de nova diligência, pois considero que já foram realizadas diligências suficientes para sanear o processo e para trazer aos autos elementos necessários à formação do convencimento dos julgadores.

A infração 1 trata de falta de pagamento de ICMS em decorrência de redução indevida de base de cálculo em operações de saídas para não contribuintes e/ou contribuintes desabilitados, sendo que nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008 o autuado não atingiu o patamar de 65% de vendas para contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS.

O argumento trazido na defesa inicial de que em alguns meses as vendas a contribuintes chegaram próximo a 65% não é capaz de elidir a infração, pois, caso esse limite não seja atingido, não é possível a utilização da redução da base de cálculo em questão.

Sustenta o defensor que alguns clientes Nilza Alice Ferraz de Brito Teles, Marina de Sousa Nilo Fragoso, Áurea Aleluia Rios, Silvia Cristiane Santana, Coco Doce Moda Praia, C. A. Andrade Confecções e Ângela Confecções Ltda. estavam ativos no CAD-ICMS no período da autuação. Efetivamente esses contribuintes estavam ativos no CAD-ICMS no período, porém as vendas para esses contribuintes foram referentes aos meses de janeiro, fevereiro de junho de 2008, quando as vendas efetuadas pelo autuado – aqui também incluídas as vendas para contribuintes inscritos – não atingiram o patamar de 65%. Dessa forma, esse argumento defensivo fica ultrapassado.

Os destinatários das operações de que tratam as Notas Fiscais nºs 2427, 2490, 2561, 2562, 2612 e 2765, emitidas nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, segundo o defensor, estavam ativos no CAD-ICMS quando realizaram as operações. Analisando os demonstrativos dos contribuintes não habilitados referentes ao exercício de 2008, elaborados pela autuante e gravados no CD-ROM de fl. 204, observo que essas notas fiscais citadas não estão ali relacionadas. Dessa forma, fica afastado esse argumento defensivo.

Sustenta o defensor que a autuante considerou em duplicidade notas fiscais relacionadas na autuação, conforme exemplos que cita.

Os levantamentos de que trata a infração em comento foram realizados tomando por base os itens de mercadorias que foram comercializados. Dessa forma, conforme foi bem explicado pela autuante, as notas fiscais se repetem, mas os itens de mercadorias são diferentes. Assim, não houve a alegada duplicidade de lançamento.

Argumenta o defensor que a apuração do limite mínimo de 65% do faturamento é feita tomando por base o “valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS”, não havendo a exigência de que estejam ou não inscritos ou que estejam regulares no CAD-ICMS. Faz alusão à definição de estabelecimento atacadista à luz da CONCLA, bem como cita o art. 110 do CTN.

Esses argumentos defensivos não são capazes de elidir a infração em comento, pois a redução de base de cálculo de que trata o artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 aplica-se apenas nas saídas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS, uma vez que o *caput* desse citado artigo claramente determina que o referido benefício fiscal é aplicável nas saídas *destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia*. Conforme o posicionamento assente neste CONSEF, os contribuintes que se encontram em situação irregular no CAD-ICMS (inaptos, cancelados, suspensos, etc.) se equiparam a contribuintes não inscritos.

Uma vez que restou demonstrado nos autos que o autuado utilizou indevidamente a redução de base de cálculo nas vendas para contribuintes em situação irregular no CAD-ICMS e, em relação aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2008, sem atingir o percentual mínimo de 65% de vendas para contribuintes, a infração 1 subsiste em sua totalidade.

Para corroborar o posicionamento acima, ressalto que a matéria tratada na infração 1 já foi objeto do Auto de Infração nº 281401.0056/10-8, anteriormente lavrado contra o próprio autuado, relativamente a fatos geradores pretéritos, tendo sido aquele item do lançamento julgado procedente em primeira e segunda instâncias (Acórdãos JJF N° 0310-05/11 e CJF N° 0083-11/13).

Na infração 2, a acusação é de que o autuado deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parcela da redução.

Argumenta o autuado que não há provas de que tenha efetuado vendas de mercadorias com redução de base de cálculo, já que um bom volume das vendas é tributado a 17%. Conforme a acusação e os demonstrativos que embasam essa infração, o estorno do crédito fiscal foi efetuado proporcionalmente às operações realizadas com redução de base de cálculo. Na planilha de fls. 31/32 e 35/36 está demonstrada a apuração da proporção das saídas com redução de base de cálculo e das operações sem redução de base de cálculo. Efetivamente, não há como se correlacionar cada aquisição com a operação de saída e, em consequência, o estorno é feito proporcionalmente, conforme o art. 100, §2º, II, do RICMS-BA/97.

É importante ressaltar que, conforme os demonstrativos elaborados pela autuante e o livro Registro de Apuração de ICMS, o autuado não efetuou estorno algum de crédito fiscal, apesar de ter utilizado a redução de base de crédito conforme a infração 1.

Quanto ao crédito presumido de 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais, não vislumbro como se atender o pleito defensivo, pois, conforme foi bem explicado pela autuante no atendimento da diligência de fls. 486 a 488, as apropriações desses créditos presumidos, se não foram efetuadas no momento oportuno, dependerão de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, conforme previsto no artigo 315 do RICMS-BA/97.

Não há necessidade de nova diligência para apurar o valor do crédito presumido, pois, ao se pronunciar sobre esse argumento defensivo, a autuante esclareceu a matéria, deixando evidente que não havia como se compensar tais créditos presumidos com o imposto devido na infração 2. Alinhando-me a esse posicionamento da autuante, indefiro o pedido de nova diligência.

Em face ao acima exposto, restou comprovado que os créditos fiscais apropriados nas aquisições de mercadorias, cujas saídas subsequentes foram beneficiadas com redução de base de cálculo, não foram estornados proporcionalmente à redução. Dessa forma, a infração 2 é procedente.

Saliento que a matéria tratada na infração 2 já foi objeto do Auto de Infração nº 281401.0056/10-8, anteriormente lavrado contra o próprio autuado, relativamente a fatos geradores pretéritos, tendo sido aquele item do lançamento julgado procedente em primeira e segunda instâncias (Acórdãos JJF N° 0310-05/11 e CJF N° 0083-11/13).

A infração 3 descreve a falta de retenção de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado afirma que há lançamentos de notas fiscais em duplicidade. Conforme já foi explicado na infração 1, as notas fiscais citadas na defesa se repetem, mas os itens de mercadorias são diferentes, não havendo, assim, a alegada duplicidade de lançamento, inclusive quanto à Nota Fiscal nº 1427. Ademais, há que se ressaltar que o autuado foi intimado a apresentar as notas fiscais citadas na defesa, porém não as apresentou, deixando, dessa forma, de comprovar fato controverso com documento probante que, em princípio, está em seu poder. Assim, a infração 3 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 4 de falta de recolhimento de ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas –, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoques.

Afirma o autuado que as diferenças apuradas são decorrentes de equívocos cometidos pela empresa responsável pela sua escrituração contábil e fiscal.

Ao contrário do afirmado na defesa, o inventário deve ser realizado com base em uma contagem das mercadorias fisicamente existentes em estoques, não podendo, assim, ser substituído pelos meros registros constantes na escrita contábil. A automatização dos controles não suprime o inventário. Conforme já explicado na apreciação da preliminar de nulidade dessa infração, as mercadorias e as quantidades consideradas no levantamento quantitativo estão de acordo com as constantes no livro Registro de Inventário acostado ao processo. O argumento defensivo acima não elide a infração e chega, até mesmo, a constituir uma confissão do ilícito fiscal.

Dessa forma, as omissões de entradas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque estão comprovadas nos autos e autorizam a presunção prevista no artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. A infração 4 subsiste em sua totalidade.

No que tange à solicitação para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas também em nome do patrono do autuado, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade das intimações, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206845.0026/11-6**, lavrado contra **MIX MALHAS E AVIAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$182.672,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 84.486,99 e de 70% sobre R\$ 98.185,78, previstas no art. 42, II, “a”, “e”, VII, “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA