

A. I. Nº - 140779.0001/15-0
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-02/16

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES BAIXADOS OU INAPTOS NO CAD/ICMS. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infrações parcialmente elididas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Argumentos defensivos de que houve erro na Escrituração Fiscal Digital não elide a infração. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e negado o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/03/2015, para exigência de ICMS no valor de R\$1.232.979,64, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 – 03.02.05 – Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 1.095.869,67, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrativos no Anexo III, às fls. 18 a 23. Em complemento consta: *Tudo conforme Anexo II, contendo CD/DVD com os arquivos da EFD e NF e utilizados na fiscalização e respectivos relatórios que embasam esta infração e as demais constantes do presente AI, juntamente com recibo autenticado e assinado comprovando a entrega de cópia do mesmo ao preposto do contribuinte, e Anexo III, contendo cópias impressas da primeira e última folhas dos relatórios que sustentam esta infração, também devidamente assinadas pelo preposto supra mencionado, comprovando o recebimento de cópias das mesmas.*

02 - 03.02.02 - Recolheu a menor do ICMS no valor de R\$ 6.248,06, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março, maio, julho a dezembro de 2011, janeiro a maio e agosto de 2012, conforme demonstrativos no Anexo IV, às fls. 25 a 30. Em complemento consta: *Tudo conforme Anexo II, contendo CD/DVD com os arquivos da EFD e NF e utilizados na fiscalização e respectivos relatórios que embasam esta infração e as demais constantes do presente AI, juntamente com recibo autenticado e assinado comprovando a entrega do mesmo ao preposto do contribuinte, e Anexo IV, contendo cópias impressas da primeira e última folhas dos relatórios que sustentam esta infração, também devidamente assinadas pelo preposto supra mencionado, comprovando o recebimento de cópias das mesmas.*

03 - 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$ 130.861,91, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas

subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2012, conforme demonstrativos no Anexo V às fls. 32 a 34. Em complemento consta: *Tudo conforme Anexo II, contendo CD/DVD com os arquivos da EFD e NF e utilizados na fiscalização e respectivos relatórios que embasam esta infração e as demais constantes do presente AI, juntamente com recibo autenticado e assinado comprovando a entrega do mesmo ao preposto do contribuinte, e Anexo V, contendo de cópias impressas da primeira e última folhas dos relatórios que sustentam esta infração, também devidamente assinadas pelo preposto supra mencionado, comprovando o recebimento de cópias das mesmas.*

O autuado, através de advogados legalmente constituídos nos autos, fls.40 a 60, impugnou o lançamento apresentando suas razões de defesa nos seguintes termos.

Destacou a tempestividade de sua defesa e requereu que seja anotado na capa dos autos o nome dos advogados, que constam na procuração, a saber: **FERNANDO VAZ COSTA NETO – OAB/BA 25.027** e **DIEGO LOMANTO ANDRADE – OAB/BA 27.642**, tendo por escopo o recebimento das intimações do feito no endereço indicado no rodapé da petição e, que todas as publicações pela imprensa oficial figurem em nome dos advogados acima indicados, sob pena de nulidade.

Em seguida, invocou o artigo 39, incisos V e VII, do RPAF/99, para suscitar a nulidade do lançamento, com base na preliminar de que não foi apontado no auto de infração o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação, o fazendo apenas de forma genérica mediante a indicação do artigo de lei supostamente infringido.

Além disso, diz que não consta no auto de infração enumeração das situações de redução da multa, caso escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Com base nisso, sustenta que o AI encontra-se eivado de vício insanável, haja vista a violação a norma precisa e articulada no epígrafado decreto, pelo que entende haver evidente infração à princípios fundamentais constitucionais, a saber: ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Observa que o auto de infração limita-se a dizer : “ *O Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou **redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito***”, sem indicar qual redução da multa.

Ainda em preliminar, alega que a fiscalização deixou de apresentar a qualquer preposto da empresa, os demonstrativos e os levantamentos quantitativos, que são meios de prova essenciais à materialidade da infração suscitada, conforme dispõe o art. 39, VI, além do art. 41, incisos I e II, ambos do RPAF/99.

Argumenta que tal ocorrência preliminar é prejudicial à validade e eficácia da peça básica do processo fiscal instaurado, posto que o Autuante na fundamentação do Auto de Infração deixou de cumprir requisitos necessários para atender a formalização do lançamento que é vinculado e regado.

Assim, chama a atenção que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do nobre auditor, que, no seu entender, eiva de nulidade o auto de infração lavrado por desobedecer ao Art. 142 do CTN.

Argui que a igualdade constitucional que prevê a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Cita e transcreve o posicionamento da jurisprudência no âmbito judicial.

Além da nulidade acima suscitada, alega que as notificações não descrevem a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Por outro prisma, aduz que consta no auto de infração que houve violação de artigos do Decreto nº 6.284/97, porém não há qualquer menção de qual inciso supostamente foi violado, o que dificulta de forma cabal a defesa.

Com base no acima alinhado, por entender configurado restrição ao direito de defesa da empresa, conclui que o Auto de Infração está eivado de vício, acarretando a sua nulidade, conforme o art. 18, incisos II e III do RPAF/99.

No mérito, esclarece que apura seus tributos na modalidade lucro real e é signatário de tratamento tributário diferenciado previsto no Decreto nº 7.799/2000, conforme preceitua o art. 7º do referido Decreto, o que diz não ter sido levado em conta pela fiscalização.

Destaca que dentre todas as infrações imputadas, todas são combatíveis, entretanto, diz que informou ao órgão fazendário que realizou correção no seu SPED fiscal, assim elidindo as apontadas irregularidades da infração 03.

Quanto à infração 01, comenta que o §3º do art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, permite a extensão do benefício fiscal na comercialização com pessoa jurídica não contribuinte, pois possui os CNAE's 4672-9/00, 4673-7/00 e 4679-6/99, desse modo, não há que se falar em qualquer infração cometida pela defendente, eis que se trata de utilização de benefício fiscal tutelado pelo Estado da Bahia.

Repete que é signatário do Termo de Acordo há muito tempo, e informou que fez a juntada do espelho dos processos administrativos nºs 13611320070 e 20191220140, restando provado o *DEFERIMENTO PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL, DESDE 02 DE OUTUBRO DE 2007 ATÉ A PRESENTE DATA*.

A título de amostragem fez juntada de algumas notas fiscais, visando mostrar que resta comprovada a utilização devida do benefício fiscal, pelo que, sustenta que não houve equívoco na redução da base de cálculo conforme foi imputado no auto de infração.

Registra que é uma filial da pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o n.01.283.600/0001-77, sendo que, o valor total de suas saídas para pessoas jurídicas não contribuintes e contribuintes, não ultrapassou 50% da totalidade de suas saídas.

Salienta que as notas fiscais eletrônicas emitidas no exercício de 2012, nºs **18213, 18512, 20319, 21202, 22613, 24244, 26861, 28216, 30344, 32104, 33739 e 35887**, fazem prova que realizou vendas para pessoas jurídicas não contribuintes, portanto, fazendo jus a redução na base de cálculo do tributo. De igual modo, que as notas fiscais do exercício de 2011 foram emitidas com sustentação na legislação tributária, logo não há que se falar em infração.

Ressalta que a fiscalização imputa que houve redução indevida na base de cálculo, referente à transferência entre matriz e filial, e ressalta que, em relação as notas fiscais de remessa não há tributação, eis que trata-se apenas de transferência entre matriz e filial o que, nos termos da regra matriz de incidência, impede à tributação.

Destaca que o ICMS ST em operação de transferência é devido apenas para os produtos que fazem parte do Protocolo 104 e 26. E que os produtos que fazem parte do Convênio 74/94, tintas, vernizes dentre outros, o destaque requerido pelo fiscal não é devido, haja vista que o ICMS ST já fora recolhido no momento da aquisição do produto.

Além disso, aduz que a fiscalização desconsiderou o fato de material elétrico não fazer parte do regime de substituição tributária, logo o destaque exigido é improcedente.

Com relação à infração 02, - erro na aplicação de alíquota do ICMS -, impugnou a autuação com base no argumento de que foram emitidas notas complementares, a fim de integrar a obrigação tributária instrumental.

Visando mostrar a legalidade de sua conduta, informa que realizou o levantamento de todas as notas fiscais emitidas e seus complementos, pelo que, entende que não há que se falar em erro de aplicação de alíquota, eis que foi emitida nota fiscal complementar, que corrigiu o equívoco do documento fiscal originário.

Frisa que as notas fiscais complementares foram emitidas logo em seguida a emissão da nota fiscal de origem, conforme resta comprovado na documentação anexada, pontuando, ainda, que na nota complementar emitida existe a informação sobre a originária, ou seja, que agiu com todo o zelo e lisura.

Para comprovar o alegado, juntou cópias das NF-e originárias e complementares, referentes ao período fiscalizado.

Sobre a infração 03, discordou da acusação de falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo, dizendo que a infração combatida foi sanada, haja vista a retificação no SPED FISCAL, entendendo que a obrigação acessória foi prontamente corrigida.

Ressalta que a cláusula 13º, III do Ajuste SINIEF da Confaz permite a retificação do SPED, vejamos:

“III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saná-la por meio de lançamentos corretivos.”

Assim, informa que corrigiu o erro de fato do qual faz alusão a infração em comento, e que caso o entendimento dos nobres julgadores, seja pela impossibilidade da correção apontada, que seja rechaçada a aplicação da multa de ofício.

Prosseguindo, em relação ao ICMS sobre transferência da matriz para filial dentro do mesmo estado, comentou sobre a Regra-Matriz do ICMS, à luz do artigo 155, II, da CF/88, para sustentar que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, consoante está pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da edição da Súmula 166.

Salienta que não foi levado em consideração a norma de isenção, conforme preceitua o art.1º, IV, §3º do decreto nº 7.799/2000, visto que preenche todos os requisitos da norma de isenção, pois é aderente ao termo de acordo, na forma como determina o art.7º do retro mencionado decreto e os requisitos esculpidos no artigo 1º e parágrafos foram obedecidos.

Afirma que as operações internas realizadas com CONTRIBUINTES E NÃO CONTRIBUINTES, não ultrapassaram o percentual de 50% do total de suas saídas, conforme depreende-se no relatório SPED e nas planilhas em anexo.

Destaca que é um estabelecimento filial, assim o somatório total de suas saídas para contribuintes e não contribuintes não ultrapassou 50% da totalidade das saídas da matriz e demais filiais, logo não há qualquer ilicitude na conduta (redução da base de cálculo).

Traçada essa premissa preliminar, traz a lume o que determina o Código Tributário Nacional, em seu art.179 e parágrafos.

Destaca, ainda, que a Súmula 544 do STF dispõe: *“Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.”*

No caso em julgamento, assevera que as isenções propostas pelo Decreto nº 7.799/2000 tem caráter oneroso, sendo que, no momento da formação do pedido é que devem ser verificados os requisitos para fruição do benefício, assim, diz que resta demonstrado nos documentos anexados, que no momento do requerimento preencheu todos os requisitos, vez que estava apto e o representante legal assinou o termo.

Por tudo quanto demonstrado, ressalta que não há dúvidas de que deve ser reconhecido o direito ao benefício da redução da base de cálculo, uma vez que, o ato de reconhecimento deste, ocorrido quando da assinatura do Termo de Acordo, por ser ato declaratório, opera efeitos desde a publicação do Decreto 7.799/2000, corroborando assim, os lançamentos efetuados pelo

contribuinte, o que diz não ter sido levado em consideração pela fiscalização no levantamento fiscal.

Em sequência, comenta sobre as hipóteses legais do fato gerador, e sobre a existência de duas modalidades de substituição passiva muito comum em relação a tributos não-cumulativos: a substituição regressiva, também conhecida como diferimento ou substituição para trás, e a substituição progressiva, também conhecida como substituição para frente, para arguir que no caso das Infrações 01 e 02, o auto de infração vem impondo o rechaçado instituto do *bis in idem*, isto porque, ao exigir-lhe o recolhimento do ICMS sobre produtos com entrada de Substituição Tributária, conforme notas fiscais em anexo está em verdade tributando produtos que já tiveram recolhimento do tributo, sendo que, a Impugnante apura seus tributos pelo regime não-cumulativo.

Comenta ainda sobre o princípio da boa-fé objetiva, transcrevendo os artigos 113, 187 e 442 trazidos pela reforma do Código Civil, artigos estes que consagraram expressamente sobre o referido princípio, e as cláusulas gerais, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nas dimensões de seus artigos 2º, parágrafo único, IV e artigo 4º, II, e o Decreto nº 7.629/99, que também previu expressamente o princípio da boa-fé, para que seja reconhecida a possibilidade de redução de multas.

No caso em julgamento, argüindo que agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, invocou a regra esculpida nos arts.158 e 159 do RPAF, no sentido de que as multas aplicadas devem ser reduzidas pelo órgão julgador.

Ao final, requer sejam reconhecidas as preliminares suscitadas para anular o auto de infração, e em razão do princípio da eventualidade, requer que seja utilizado a busca da verdade material, a fim de que, o auto de infração seja reformado nas infrações nº 01 e 02, conforme exposto e diante da prova documental, para que sejam consideradas improcedentes, inclusive a infração 03, por considerar que a mesma está eliminada em virtude de ter sido retificado o SPED fiscal.

Requer, também:

- a) A produção de todo meio de prova admitido no RPAF/99, em especial a pericial, testemunhal e interrogatório pessoal, bem como, a juntada dos documentos.
- b) A intimação da autoridade autuante para apresentar informações no prazo legal.

Na informação fiscal às fls. 402 a 404, o autuante em suas considerações iniciais ratificou os procedimentos que levaram a lavratura do AI supra, e aduziu que apenas uma pequena parcela da defesa tem procedência, relativa a parte das infrações 01 e 02, tendo a maior parte do conteúdo da peça processual, caráter eminentemente protelatório.

Argumenta que o autuado baseia sua tese de nulidade em falsas premissas, visto que:

- *Uma delas, que o AI não contém os elementos indispensáveis ao lançamento, a exemplo dos dispositivos legais infringidos. Ora senhores julgadores, como é de conhecimento dos Senhores, nosso sistema de lavratura de AI, o SEAI, por questão de segurança jurídica, não permite a geração do AI sem o devido enquadramento e tipificação das infrações à legislação do ICMS, tanto que, no corpo da peça basilar fls. 01, constam de forma inequívoca os dispositivos legais infringidos, complementados com a indicação do(s) Anexo(s) e seus respectivos demonstrativos analíticos, que suportam o supra citado lançamento. A alegação da inexistência de anexo que preveja a redução de multa para pagamento, foi suprida com a apresentação da defesa, uma demonstração inequívoca da não intenção de pagamento, com ou sem redução das multas.*

- *A outra, ao afirmar que o autuado teve seu direito de defesa cerceado, por não ter recebido cópia dos relatórios que embasaram o presente PAF. Neste ponto, parece-me que o nobre tributarista não teve o devido cuidado de acessar todo o processo e verificar que tal comprovação está contida nos Anexos II e III, fls. 15 a 34, que evidenciam de forma clara e indubitável, que o procurador legal do contribuinte em questão, assinou e recebeu todos os*

relatórios, demonstrativos e arquivos eletrônicos gravados em CD/DVD, sem os quais o laborioso representante não teria como sequer tentar impugnar o lançamento.

No mérito, quanto a Infração 01, confirma a informação do autuado de que é beneficiário do Dec. 7.799/2002, que prevê uma redução de 41,176 % da BC nas saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. Entretanto, comenta que o mesmo diploma legal no inciso I do art. 4º, veda/exclui do benefício supra citado, as mercadorias sujeitas a substituição tributária, justamente as mercadorias predominantemente comercializadas pelo contribuinte (materiais para construção), e constantes dos demonstrativos acostados ao processo em epígrafe. Comenta o preposto fiscal que o benefício de redução da base de cálculo só deve ser aplicada nas saídas com mercadorias submetidas a tributação normal, que já não estão mais relacionadas nos demonstrativos retificados anexados, consoante previsto no inciso I, do artigo 4º do Decreto nº 7.799/00.

Salienta que o que se discute não é o direito ao benefício concedido em razão da atividade atacadista, nem ao enquadramento no supra referido Decreto, mas quais as mercadorias que por vedação expressa da legislação não estão contempladas pelo mesmo, mas que por entendimento unilateral do autuado, foram submetidas a um regime de tributação diferenciado não autorizado, com redução da carga tributária em prejuízo ao Erário Público Estadual.

Observa que as exclusões feitas nos levantamentos alcançaram apenas as mercadorias tributadas e as da ST elencadas no Convênio 74/94 (tintas, vernizes e outros) plenamente tributadas antecipadamente, ou seja, em etapa anterior, em decorrência de convênio/protocolo ou acordo interestadual de substituição tributária, conforme as descrições neles contidas e respectivos NCM's identificados nas NF-e de entradas, por já terem encerrado a fase de tributação.

Com relação à infração 02, diz que também resta comprovado que o contribuinte emitiu para um número significativo de NFe relacionadas nos respectivos demonstrativos, NFe's complementares plenamente vinculadas às originais, debitando-se das diferenças apuradas. Entretanto, informa que restaram algumas NFe's cujo procedimento complementar não ocorreu, restando um saldo residual a recolher, tudo conforme relatórios anexos a esta Informação Fiscal, relativos aos exercícios de 2011 e 2012.

Quanto a infração 03, destaca que o patrono do autuado, **às fls. 49 e 50** da presente peça processual, afirma de forma equivocada que com a retificação dos arquivos da EFD, tal irregularidade estaria sanada, pois se trata apenas de descumprimento de obrigação acessória. Discordou deste entendimento, dizendo que a infração como consta do texto do AI, é de falta de retenção e recolhimento do ICMS ST devido, caracterizada como descumprimento de obrigação principal, conforme constam nas NFe emitidas e identificadas no Relatório Analítico específico, fls.13 e 34, cópias impressas, e arquivo integral contido em cópia de DVD fs.16, não passíveis de correção via retificação de EFD, mesmo porque, os registros destes devem ser fideis aos conteúdos dos documentos fiscais(NF-e), não passíveis de retificação.

Aduz que mesmo que hipoteticamente isso pudesse ter ocorrido, o ICMS devido não foi recolhido, e não há nos autos, nenhuma evidência que prove o contrário, pois no presente caso, o descumprimento da obrigação acessória, a falta de retenção do ICMS ST, converte-se em descumprimento de obrigação principal, o não recolhimento do ICMS ST não retido, em virtude da relação causal (causa e efeito).

Em suas considerações finais, diante dos argumentos apresentados, da legalidade dos procedimentos levados a efeito, do acatamento parcial da defesa que levaram à retificação dos demonstrativos relativos às infrações I e II, anexados a esta IF, com a conseqüente redução do montante do crédito tributário originalmente reclamado, da manutenção da integralidade dos demonstrativos em relação a infração 03, e das alegações da defesa pela nulidade processual, desprovidas de sustentabilidade legal, pede a procedência parcial deste PAF.

Foi anexado à informação fiscal um CD, fl.406, contendo cópia da informação fiscal e dos demonstrativos retificados das infrações 01 e 02.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.407 a 408, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 402 a 404, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.410 a 415, argüindo o seguinte.

Observa que o autuante reconheceu erros no procedimento fiscal de sua competência, conforme consta nas informações prestadas, porém entendeu pela manutenção da infração 03 em sua integralidade.

Considerou que é nítida a confissão do agente fiscalizador, quanto às referidas infrações (01 e 02), razão porque entende que, em relação a tais itens não há necessidade de produção de prova.

Todavia, no que tange as preliminares aduzidas na peça de impugnação, alega que o autuante ignorou a existência de nulidade, sob o fundamento de que o AI é lançado através do sistema da receita Estadual, em sendo assim todo e qualquer auto consta os dispositivos legais infringidos, inclusive quanto ao pagamento, assim a apresentação de defesa demonstrou a não intenção de pagamento, com ou sem redução de multas. Diz que foi aduzido, ainda, que houve recebimento integral de todos os documentos, leia-se, relatórios, demonstrativos e arquivos gravados em CD, sendo assim, não poderia ser alegado o cerceamento de defesa.

Argumenta a seu favor que em que pese o auto de infração ter sido elaborado através do sistema da receita Estadual, tal fato não presume que tenha sido lavrado com todos os requisitos elencados em lei.

Reitera que é uma obrigação a indicação no auto de infração das situações, em que à multa aplicada poderá ser reduzida, vez que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes, o que não ocorreu conforme prevê o art.39, inciso VII, do RPAF.

Argui que a alegação de cerceamento de defesa não foi elidida com a simples entrega dos documentos, pois, entende que para se consubstanciar o auto de infração deve o agente tributário fundamentar sua autuação, ou seja, que o agente fiscalizador não é um aplicador automático de sanção, antes disso, precisa fazer subsunção do fato jurídico à norma tributária.

Reafirma que a nulidade do auto de infração é patente, visto que o próprio Agente fiscalizador reconhece diversas equívocos, desse modo, os confessados erros maculam todo o auto de infração.

Destacou, ainda, que o autuante reconhece e aponta diversos equívocos de sua autuação, porém ignorou alguns, desse modo, continua laborando em erro, já que, não há como dividir o auto de infração.

No mais, repetiu os termos de sua argumentação na impugnação anterior, e chamou atenção às infrações 01 e 02, pois foram utilizados itens que jamais poderiam fazer parte da base de cálculo para cômputo da imposição fiscal, estando comprometida a base de cálculo das infrações 01 e 02 pela não observância da legislação tributária estadual, em especial por incluir no critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária mercadorias que deveriam ter sido reduzidas sua base de cálculo, em razão de norma concessiva de benefício fiscal, pois é signatário do termo de acordo, conforme demonstrado nos autos.

Aduz que na remota hipótese de não reconhecimento de nulidade absoluta, *in casu*, necessário se faz a conversão do julgamento em diligência, a fim de se encontrar a base de cálculo correta da exação, já que, após a retificação realizada pelo autuante, os equívocos permanecem, pois algumas mercadorias/produtos são tributados normalmente pelo Estado da Bahia, porém o auto de infração não levou em consideração a redução da base de cálculo.

Destaca que o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de manifestação é muito exíguo para se efetivar a correta verificação de todos os produtos, que tem sua fase tributária encerrada por substituição tributária ou não, pois a base de cálculo dessa infração é imensa, sendo que, com

milhares de notas fiscais, o que demandaria muito tempo para se verificar a tributação de cada produto.

Frisa que conforme estudo realizado em anexo, que foi feito apenas por amostragem, alguns dos produtos tem tributação normal e não foi considerado pelo agente fiscalizador, tais como: Joelho, tubo conexões NCM 3917.23.00, 3917.40.90 e 8424.81.29, que foram considerados com tributação encerrada por Substituição tributária, apesar de terem tributação normal.

No que tange a infração 03, repete que foi realizada retificação, e por isso, restou informado o valor de ICMS ST no campo correto, conforme consta em anexo.

Ante o exposto, dizendo demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que seja reconhecida as preliminares suscitadas, e que caso não sejam reconhecidas as preliminares, que o julgamento seja convertido em diligência, pois necessário se faz apurar com exatidão o valor da base de cálculo das infrações 01 e 02.

No mérito, pede que seja julgado totalmente improcedente o auto de infração.

Requer, também, que todos os pedidos feitos na peça de defesa, em especial ***QUE SEJA REDUZIDA AS MULTAS APLICADAS, CASO HAJA SALDO REMANESCENTE***, em razão da sua total boa-fé.

À fl.434, o autuante ressalta que o autuado, não trouxe nada de novo na sua segunda tentativa de impugnação do presente PAF, nem se debruçou sobre o que realmente interessa, as infrações e os demonstrativos que as suportam. Entende que a alegação de que o prazo de 10 dias para manifestação foi exíguo, tem caráter protelatório, e que a repetida tese de nulidade, com premissas frágeis e inconsistentes, já rebatidas na primeira informação fiscal, com fatos, argumentos e documentos não merecem prosperar.

Aduzindo que diante dos argumentos apresentados, da legalidade dos procedimentos levados a efeito, do acatamento parcial da peça defensiva inicial que levaram à retificação dos demonstrativos relativos às infrações I e II, anexados a primeira IF, **fls. 402 a 406** do presente PAF, com a conseqüente redução do montante do crédito tributário originalmente reclamado, da manutenção da integralidade dos demonstrativos em relação à infração 03 com base nas razões, argumentos e documentos já apresentados, das alegações da defesa pela nulidade processual, desprovidas de sustentabilidade legal, pede a procedência parcial do auto de infração.

VOTO

Inicialmente, sobre o pedido para que seja anotado na capa dos autos o nome dos advogados, que constam na procuração, a saber: FERNANDO VAZ COSTA NETO – OAB/BA 25.027 e DIEGO LOMANTO ANDRADE – OAB/BA 27.642, tendo por escopo o recebimento das intimações do feito no endereço indicado no rodapé desta petição e, que todas as publicações pela imprensa oficial figurem em nome dos advogados acima indicados, sob pena de nulidade, inexistente óbice a seu atendimento, em especial para intimação dos advogados do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Com relação as preliminares de nulidades argüidas na peça defensiva, na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD (entregue ao autuado conforme fl.15), constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias a preposto do contribuinte autuado, que exerceu com plenitude a ampla defesa e contraditório.

Portanto, não acolho a alegação de que não foram obedecidos os requisitos essenciais elencados no artigo 39, incisos V e VII, do RPAF/99, bem como que não consta no Auto de Infração

enumeração das situações de redução da multa, caso escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Ademais, consta no enquadramento legal os dispositivos tidos como infringidos e da multa aplicada, e no demonstrativo de débito às fls.4 a 6, constam os valores relativos ao valor principal, correção monetária, acréscimo moratório e a multa, cujos valores dos acréscimos legais dependerão do dia de pagamento do débito, ocasião em que o órgão preparador da inspetoria fazendária aplica o disposto no art.45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que consta intimação no próprio corpo do Auto de infração, fl.3, que foi assinado pelo autuado, e ele teve 30 (trinta) dias para efetuar o pagamento do débito ou apresentar sua defesa administrativa, na forma prevista no artigo 123 caput do RPAF/99, o que torna descabido o argumento de exiguidade de tempo para formular sua defesa.

No que tange a preliminar relativa a falta de fundamentação da autuação, e a alegação de falta de discriminação das notas fiscais que serviram de base para a apuração do débito, não vislumbro que o autuante tenha deixado de cumprir requisitos necessários para atender a formalização do lançamento, pois entregou todos os levantamentos e demonstrativos de apuração do débito que materializam as infrações, nos quais foram discriminados os respectivos documentos fiscais e respectivos valores. Ressalto que o autuado exerceu plenamente seu direito de defesa, apontando equívocos no trabalho fiscal, que serão apreciados por ocasião do exame mérito.

Com relação a alegação de que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa, pois apenas foram citados artigos do Decreto nº 6.284/97, porém sem qualquer menção de qual inciso supostamente violado, o que dificulta de forma cabal a defesa, verifico não assistir razão ao defendente, pois consta no demonstrativo de débito anexo ao auto de infração todas as parcelas referentes aos acréscimos legais.

Portanto, não houve violação à legislação tributária, sendo obedecido os princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

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

Registro que em virtude de comprovado equívoco no procedimento fiscal, o autuante em sua informação fiscal acolheu as provas apresentadas, trazendo aos autos a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, tendo o sujeito passivo exercido a ampla defesa e contraditório.

Sendo assim, ou seja, após a revisão do lançamento procedida pelo autuante na informação fiscal, os elementos constantes nos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da diligência ou perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado.

Com relação ao pedido autuado de prazo para se manifestar, por considerar que o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar sobre a diligência fiscal é exíguo, entendo que ele teve mais de uma oportunidade de exercer seu direito de defesa nos prazos legais. Ademais, ressalto que este Colegiado tem aceitado, antes de julgamento, qualquer manifestação visando esclarecer a lide. Neste processo, entre a data do pedido de prazo até a data de julgamento o autuado teve tempo suficiente de apresentar sua impugnação seguida das provas que acaso tivesse, e não fez.

Isto posto, passo a analisar o mérito das infrações impugnadas de *per sí*, levando em consideração os fundamentos de fato e de direito argüidos pelo sujeito passivo, e justificados pelo autuante.

INFRAÇÃO 01 – 03.02.05

O fulcro da autuação é de que o autuado recolheu a menor o ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A conclusão fiscal está baseada nos arquivos da EFD e respectivas NFs, cujos débitos de cada período encontram-se demonstrados às fls. 18 e 21, e o cálculo de cada documento fiscal na mídia digital constante à fl.16.

Consta nos autos que o autuado é beneficiário do Dec. 7.799/2002, que prevê uma redução de 41,176 % da BC nas saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. A referida norma no inciso I do art. 4º, veda/exclui do benefício supra citado, as mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Quanto a alegação defensiva de que §3º do art.1º do Decreto nº 7.799/2000, permite a extensão do benefício fiscal na comercialização com pessoa jurídica não contribuinte, tem razão o autuado, inclusive tal norma teve vigência até 31/10/2011 e a partir de dezembro de 2011, foi estendido o benefício nas operações com qualquer contribuinte pessoa jurídica.

Quanto às notas fiscais eletrônicas emitidas no exercício de 2012, nºs **18213, 18512, 20319, 21202, 22613, 24244, 26861, 28216, 30344, 32104, 33739 e 35887**, citadas na defesa, após ter examinado os documentos às fls.86 a 133, confirmo que tais documentos fiscais fazem prova que foram realizadas vendas para pessoas jurídicas não contribuintes. Ocorre que na verificação que fiz no levantamento fiscal constante no CD à fl.406, a fiscalização não incluiu nenhuma das citadas notas fiscais no levantamento fiscal refeito na informação fiscal.

Sobre a alegação defensiva de que a fiscalização imputou que houve redução indevida na base de cálculo, referente à transferência entre matriz e filial, o autuado não apresentou qualquer levantamento neste sentido. Além do mais, constato que não merece prosperar o argumento defensivo de que em relação as notas fiscais de remessa não há tributação, eis que se trata apenas de transferência entre matriz e filial o que, nos termos da regra matriz de incidência, impede à tributação, visto que, nos documentos fiscais juntados na defesa às fls.250 a 397, consta o destaque do imposto em tais operações.

Diante das alegações defensivas, o autuante por ocasião da informação fiscal refez a apuração do débito nos períodos objeto da autuação excluindo as mercadorias comercializadas pelo estabelecimento – materiais de construção – por entender que o benefício de redução da base de cálculo só deve ser aplicado nas saídas com mercadorias submetidas a tributação normal.

Portanto, foi correto o procedimento fiscal, em considerar que a redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Mantenho o lançamento tributário, pois de acordo com os levantamentos fiscais, as exclusões feitas nos levantamentos alcançaram apenas as mercadorias tributadas e as da ST elencadas no convênio 74/94 (tintas, vernizes e outros) plenamente tributadas antecipadamente, ou seja, em etapa anterior, em decorrência de convênio/protocolo ou acordo interestadual de substituição tributária, conforme as descrições neles contidas e respectivos NCM's identificados nas NF-e de entradas, por já terem encerrado a fase de tributação.

Cumpre registrar que à fl.406 consta uma mídia eletrônica juntada aos autos pelo autuante, na qual, verifiquei que contém o levantamento fiscal refeito.

Considerando que a mídia acima citada foi devidamente entregue ao sujeito passivo, conforme intimação e AR dos Correios às fls.407 e 408, e em sua peça defensiva de fls.410 a 415 o autuado não apresentou nenhum argumento além dos que já foram apreciados, tomo para proferir este voto, o levantamento fiscal refeito na informação fiscal e constante no CD, com base no artigo 140 do RPAF/97, passando o demonstrativo de débito para os seguintes valores:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito |
|------------|--------------|------------|----------|-----------|--------------|
| 31/01/2011 | 09/02/2012 | 10.958,53 | 17,00 | 60,00 | 1.862,95 |
| 28/02/2011 | 09/03/2012 | 153.132,80 | 17,00 | 60,00 | 15313,28 |
| 31/03/2011 | 09/04/2012 | 187.880,20 | 17,00 | 60,00 | 18788,02 |
| 30/04/2011 | 09/05/2012 | 177.036,90 | 17,00 | 60,00 | 17.703,69 |
| 31/05/2011 | 09/06/2012 | 306.851,30 | 17,00 | 60,00 | 30.685,13 |
| 30/06/2011 | 09/07/2012 | 214.983,10 | 17,00 | 60,00 | 21.498,31 |
| 31/07/2011 | 09/08/2012 | 449.367,00 | 17,00 | 60,00 | 44.936,70 |
| 31/08/2011 | 09/09/2012 | 625.727,40 | 17,00 | 60,00 | 62.572,74 |
| 30/09/2011 | 09/10/2012 | 630.164,10 | 17,00 | 60,00 | 63.016,41 |
| 31/10/2011 | 09/11/2012 | 593.141,00 | 17,00 | 60,00 | 59.314,10 |
| 30/11/2011 | 09/12/2012 | 822.035,20 | 17,00 | 60,00 | 82.203,52 |
| 31/12/2011 | 09/01/2013 | 647.302,70 | 17,00 | 60,00 | 64.730,27 |
| 31/01/2012 | 09/02/2013 | 200.318,80 | 17,00 | 60,00 | 20.031,88 |
| 28/02/2012 | 09/03/2013 | 89.448,70 | 17,00 | 60,00 | 8.944,87 |
| 31/03/2012 | 09/04/2013 | 166.074,10 | 17,00 | 60,00 | 16.607,41 |
| 30/04/2012 | 09/06/2013 | 179.326,70 | 17,00 | 60,00 | 17.932,67 |
| 31/05/2012 | 09/08/2013 | 223.179,50 | 17,00 | 60,00 | 22.317,95 |
| 30/06/2012 | 09/07/2013 | 194.637,60 | 17,00 | 60,00 | 19.463,76 |
| 31/07/2012 | 09/08/2013 | 263.339,90 | 17,00 | 60,00 | 26.333,99 |
| 31/08/2012 | 09/09/2013 | 211.347,00 | 17,00 | 60,00 | 21.134,70 |
| 30/09/2012 | 09/10/2013 | 197.869,60 | 17,00 | 60,00 | 19.786,96 |
| 31/10/2011 | 09/11/2013 | 220.633,90 | 17,00 | 60,00 | 22.063,39 |
| 30/11/2010 | 09/12/2013 | 155.158,00 | 17,00 | 60,00 | 15.515,80 |
| 31/12/2012 | 09/01/2013 | 195.562,20 | 17,00 | 60,00 | 19.556,22 |
| | | | | TOTAL | 712.314,72 |

Infração parcialmente subsistente no valor de R\$712.314,72.

INFRAÇÃO 02 - 03.02.02

Este item trata de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias através das notas fiscais relacionadas às fls.18 a 23, e constante no CD à fl.16, sendo exigido o valor correspondente à diferença entre a alíquota correta e a alíquota aplicada indevidamente.

Na defesa o autuado impugnou a autuação com base no argumento de que foram emitidas notas complementares, a fim de integrar a obrigação tributária instrumental. Ou seja, as notas fiscais complementares foram emitidas logo em seguida a emissão da nota fiscal de origem.

Na informação fiscal, o autuante analisando a documentação anexada na defesa, qual seja, as NF-e originárias e complementares, confirma que restou comprovado que o contribuinte emitiu para um número significativo de NF-e relacionadas nos respectivos demonstrativos, NF-e's complementares plenamente vinculadas às originais, debitando-se das diferenças apuradas.

O autuante refez o levantamento fiscal inicial, concluindo que restaram algumas NF-e's cujo procedimento complementar não ocorreu, restando um saldo residual a recolher, conforme relatório e CD anexado à informação fiscal à fl.406.

Verifiquei que de fato consta no referido CD o levantamento feito pelo autuante. Considerando que a mídia acima citada foi devidamente entregue ao sujeito passivo, conforme intimação e AR

dos Correios às fls.407 e 408, porém sem ter o autuado trazido qualquer elemento novo, igualmente ao item precedente, tomo para proferir este voto, o levantamento fiscal refeito constante no CD, com base no artigo 140 do RPAF/97, passando o demonstrativo de débito para os seguintes valores:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito |
|------------|--------------|------------|----------|-----------|--------------|
| 31/03/2011 | 09/04/2012 | - | 17,00 | 60,00 | - |
| 31/05/2011 | 09/06/2012 | - | 17,00 | 60,00 | - |
| 31/07/2011 | 09/08/2012 | - | 17,00 | 60,00 | - |
| 31/08/2011 | 09/09/2012 | 2.280,20 | 17,00 | 60,00 | 228,02 |
| 30/09/2011 | 09/10/2012 | 221,40 | 17,00 | 60,00 | 22,14 |
| 31/10/2011 | 09/11/2012 | 345,30 | 17,00 | 60,00 | 34,53 |
| 30/11/2011 | 09/12/2012 | 2.800,00 | 17,00 | 60,00 | 280,00 |
| 31/12/2011 | 09/01/2013 | 863,90 | 17,00 | 60,00 | 86,39 |
| 31/01/2012 | 09/02/2013 | 1.669,80 | 17,00 | 60,00 | 166,98 |
| 28/02/2012 | 09/03/2013 | 4.718,20 | 17,00 | 60,00 | 471,82 |
| 31/03/2012 | 09/04/2013 | 320,60 | 17,00 | 60,00 | 32,06 |
| 30/04/2012 | 09/06/2013 | 488,70 | 17,00 | 60,00 | 48,87 |
| 31/05/2012 | 09/08/2013 | 140,60 | 17,00 | 60,00 | 14,06 |
| 31/08/2012 | 09/09/2013 | - | 17,00 | 60,00 | - |
| TOTAL | | | | | 1.384,87 |

Infração parcialmente subsistente no valor de R\$1.384,87.

INFRAÇÃO 03 - 07.02.03

Diz respeito a imputação de que o sujeito passivo 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.

Constatado que no levantamento fiscal de fls.33 a 34 (primeira e última folha) e no CD à fl.16, constam as especificações de todos os dados das notas fiscais, valores, alíquotas e valores calculados, e em uma coluna a descrição dos produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

Pelos termos da defesa, noto que o sujeito passivo não discordou da apuração fiscal, dizendo, no entanto, que a infração combatida foi sanada mediante a retificação no SPED FISCAL, pelo que entende que a obrigação acessória foi prontamente corrigida, arguindo que caso não seja o entendimento desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, pede que seja rechaçada a aplicação da multa de ofício.

Considerando-se que o fulcro da autuação é de houve falta de retenção e recolhimento do ICMS ST devido, caracterizada como descumprimento de obrigação principal, relativamente às NFe emitidas e identificadas no Relatório Analítico específico, fls.13 e 34, e DVD fl.16, se de fato a EFD estava errada, caberia ao autuado comprovar que efetuou o recolhimento do imposto lançado, ou, se fosse o caso, comprovar que o lançamento efetuado por preposto do Fisco estaria errado.

Além do mais, este foi o argumento do autuante em sua informação fiscal, a qual, foi submetida ao autuado, e ele manteve-se silente, caracterizando uma aceitação tácita do que fora informado pelo autuante.

Nestas circunstâncias, mantenho integralmente o lançamento do débito neste item, inclusive a multa pelo descumprimento da obrigação principal.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE o auto de Infração, no valor de R\$844.561,50.

| INFRAÇÕES | VLS. INICIAIS | VLS. JULGADOS |
|---------------|---------------|---------------|
| 01 - 03.02.05 | 1.095.869,67 | 712.314,72 |
| 02 - 03.02.02 | 6.248,06 | 1.384,87 |
| 03 - 07.02.03 | 130.861,91 | 130.861,91 |
| TOTAL | 1.232.979,64 | 844.561,50 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0003/12-5**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$844.561,50**, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, II, alínea “a”, e “e”, VII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 16 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR