

A. I. Nº - 232954.0003/12-1
AUTUADO - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO CORRESPONDENTE A PARTE PROPORCIONAL DA REDUÇÃO. Restou comprovado que o sujeito passivo deixou de efetuar o estorno proporcional dos créditos fiscais referentes a entradas de mercadoria cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo do imposto. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações 1 e 3 parcialmente caracterizadas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) VENDAS REALIZADAS PARA NÃO CONTRIBUINTE. b) CONTRIBUINTE NÃO HABILITADOS NO CAD-ICMS. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações subsistentes em parte. Rejeitadas arguições de nulidade e de decadência. Indeferida a solicitação de diligência requerida na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/12, refere-se à exigência de R\$800.117,80, imputando ao autuado as seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.05.03. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Valor do débito: R\$135.651,39. Multa de 60%. Consta que se trata de créditos superiores a 10%, limite estabelecido no art. 6º do Dec. nº 7.799/00.

INFRAÇÃO 2 - 07.04.03. Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor do débito: R\$187.717,83. Multa de 60%. Trata-se de saídas para contribuintes não inscritos/desabilitados no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia).

INFRAÇÃO 3 - 01.05.03. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Valor do débito: R\$38.768,95. Multa de 60%. Refere-se a mercadorias com redução da base de cálculo nas saídas, cujos créditos fiscais de aquisição foram utilizados em percentual superior àquele correspondente às saídas.

INFRAÇÃO 4 - 03.02.06. Recolheu a menos de ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto. Valor do débito: R\$28.625,74. Multa de 60%. Consta que se refere a vendas realizadas para não contribuintes.

INFRAÇÃO 5 - 03.02.06. Recolheu a menos de ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto. Valor do débito: R\$409.353,89. Multa de 60%. Trata-se de vendas realizadas para contribuintes desabilitados no CAD-ICMS.

O autuado apresenta defesa (fls. 28 a 45) e, preliminarmente, argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 13 de abril de 2007. Explica que nenhuma lei ordinária pode dispor sobre decadência, pois, nos termos do art. 146, III, "b", da Constituição Federal, tal matéria é reservada à lei complementar. Discorre sobre o instituto da decadência em direito tributário, transcreve o disposto no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN) e reproduz doutrina e jurisprudência. Diz que o termo a quo para o cômputo do prazo decadencial começa a fluir a partir da ocorrência do fato gerador, a teor do disposto no §4º do art. 150 do CTN. Acrescenta que não incorreu em dolo, fraude ou simulação e, portanto, a contagem do prazo decadencial não pode ser feita nos termos do art. 173, I, do CTN. Faz alusão à Súmula nº 14, do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, bem como cita jurisprudência administrativa acerca da matéria.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por falta dos requisitos essenciais, pois, em relação a cada situação, não foram apontados os dispositivos da legislação tributária que foram afrontados. Diz que apenas, de forma genérica, foi indicado o artigo de lei supostamente infringido.

Alega que não consta no Auto de Infração as situações de redução da multa, caso o contribuinte optasse pelo recolhimento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa. Diz que o Auto de Infração está eivado de vício insanável, pois há evidente afronta aos princípios da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros. Aduz que é necessária a declaração de nulidade do Auto de Infração, para que seja respeitados os ditames legais e jurisprudenciais.

Ao adentrar no mérito, explica que é uma pessoa jurídica de direito privado cujo objetivo social é o comércio atacadista e que é signatário do Termo de Acordo de que trata o Dec. nº 7.799/00.

Quanto à infração 1, afirma que o autuante não observou a existência de produtos não alcançados pelo Termo de Acordo, cujo crédito é de 12%. Como exemplo, cita as bebidas alcoólicas que possuem redução de base de cálculo em 55,55%, de forma que a carga tributária resulte em 12% (inc. XXXIII do art. 87 do RICMS-BA/97). Argumenta que há produtos que possuem alíquotas diferentes de 17%, de forma que não se aplica a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00.

Diz que há vários equívocos nos demonstrativos elaborados pelo autuante, até mesmo quanto a mercadorias com alíquota de 17%. A título de exemplo, cita as operações referentes às Notas Fiscais nºs 837.876, 839.556, 539.559 e 34.793, emitidas em 3, 4 e 10 de janeiro de 2007. Apresenta tabelas comparativas com essas notas fiscais, visando demonstrar que os cálculos do autuante estão equivocados. Acrescenta que está juntando aos autos fotocópias das notas fiscais e do livro Registro de Entradas do período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

No que tange às infrações 2 e 5, diz que não comete nenhuma transgressão em se beneficiar da redução que lhe é concedida pelo referido decreto, uma vez que os seus clientes ao efetuar as compras se apresentam com todos os requisitos cadastrais, inclusive com a inscrição junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Sustenta que o autuante se equivocou ao deixar de verificar a data da desabilitação dos contribuintes. Frisa que a grande maioria dos contribuintes estava apta no momento das vendas, conforme os documentos de informações cadastrais anexados por amostragem. Apresenta tabela na qual relaciona os contribuintes que estariam em situação regular na data das operações.

Aduz que, se algum contribuinte estava inapto por ocasião da venda, o defendente estava amparado pelo previsto no §3º do art. 1º do Dec. nº 7.799/00, cujo teor transcreveu. Diz que as infrações 2 e 5 devem ser julgadas improcedentes, sendo, porém, necessária a conversão do processo em diligência em obediência ao princípio da verdade material.

Relativamente à infração 3, sustenta que os demonstrativos do autuante não condizem com a realidade da escrita fiscal apresentada pela empresa. A título de exemplos, cita as Notas Fiscais nºs 837.874, 87.891, 129.393, 129.394 e 939.554, emitidas em 3 e 4 de janeiro de 2007. Apresenta tabelas comparativas, para demonstrar que os cálculos do autuante estão equivocados.

Menciona que, pelo volume dos dados contidos nos demonstrativos elaborados pelo autuante, nota-se que foram utilizadas apenas as informações do SINTEGRA, sem considerar o porte da empresa fiscalizada. Afirma que o procedimento adotado gera um grande volume de trabalho para a empresa, acarretando custos administrativos desnecessários.

No tocante à infração 4, assevera que os seus clientes, ao efetuar as compras, se apresentam com todos os requisitos cadastrais, inclusive a inscrição estadual e cadastral junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Pontua que o Dec. nº 7.799/00, no seu art. 1º, §3º, prevê a possibilidade de aproveitamento de crédito fiscal quando se efetua vendas a não contribuintes, desde que obedecido o limite preestabelecido. Aduz que, como existe previsão para venda a não contribuinte, a não extensão dessa hipótese para todos os produtos vendidos afronta o princípio da isonomia.

Sustenta que não praticou qualquer ilicitude, pois agiu dentro dos ditames legais, utilizando-se de um benefício fiscal concedido pelo Estado, já que é signatário de Termo de Acordo, o que lhe possibilita a redução da base de cálculo do imposto. Cita jurisprudência.

Tece considerações sobre os princípios da boa-fé e da verdade material e, em seguida, diz que considerando as regras insculpidas nos artigos 158 e 159 do RPAF/99, as multas aplicadas devem ser reduzidas, eis que o agiu com boa-fé e que não houve dolo, fraude ou simulação.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Protesta por todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente pela prova pericial.

Tendo em vista o falecimento do autuante, a informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Jaldo Vaz Cotrim (fls. 1.043 a 1.068).

Após efetuar uma síntese dos fatos, o Auditor incumbido de prestar a informação fiscal afirma que a arguição de decadência não merece prosperar. Discorre sobre o lançamento de ofício e, em seguida, diz que a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN é aplicada quando o contribuinte apura o imposto e o recolhe total ou parcialmente. Frisa que não há motivo para a decretação da decadência arguida, pois o Auto de Infração se refere a tributo lançado de ofício, de modo que o prazo decadencial começou a contar a partir de 01/01/08, sendo que a decadência ocorreria em 01/01/13 e, como a ciência ocorreu antes desta data, não há razão para a decadência. Para embasar seus argumentos, cita doutrina e jurisprudência.

Afirma que a preliminar de nulidade arguida na defesa não se sustenta, pois a ausência do indicativo de redução da multa não se inclui entre as hipóteses ensejadoras de nulidade, previstas no art. 18 do RPAF-BA/99. Frisa que o art. 45 da Lei nº 7.014/96 prevê as hipóteses de redução da multa, não sendo dado a ninguém descumprir a lei sob a alegação de não a conhecer.

No mérito, quanto à infração 1, explica que os demonstrativos elaborados pelo autuante originário tiveram como base as informações prestadas pelo autuado, através dos arquivos magnéticos entregues à fiscalização. No entanto, esses arquivos continham inconsistências, que induziram o autuante a laborar em equívoco, não obstante, tenha ele também incorrido em impropriedades ao aplicar o tratamento tributário limitante do crédito fiscal em 10%, sobre entradas de mercadorias não alcançadas pelo Termo de Acordo.

Afirma que, à luz das notas fiscais apresentadas na defesa, foram efetuados cotejamentos que culminaram com o expurgo de valores indevidamente cobrados. Aduz que foram confrontadas com o livro Registro de Entradas as informações constantes nos demonstrativos de débito alusivos à infração 1, mesmo em detrimento da ausência das notas fiscais, mas cujos valores coincidiam com os escriturados no referido livro, sendo também expurgados em face da

impropriedade da sua cobrança. Diz que após o refazimento da apuração do imposto, o débito da infração 1 passou para R\$31.211,69, conforme planilhas gravadas no CD-ROM acostado aos autos.

No que tange às infrações 2 e 5, afirma que as supostas provas trazidas pelo defendente quanto à regularidade dos destinatários não se sustentam, pois o impugnante ignorou o aspecto temporal, apresentando extratos referentes a período posterior ao fato gerador. Para comprovar o acerto do procedimento adotado pelo autuante, junta aos autos todos os extratos de situação cadastral dos contribuintes, anexados em ordem crescente de inscrição estadual, que demonstram a situação cadastral irregular das empresas destinatárias, quando da ocorrência do fato gerador.

Afirma que foi refeita a apuração do imposto devido, corrigindo as MVAs aplicadas e os percentuais de redução de base de cálculo, bem como expurgando os valores que envolviam produtos isentos ou com o ICMS gravado erroneamente. Também foram retificados os valores indevidamente cobrados, além das operações de saídas destinadas a não contribuintes inscritos no CAD-ICMS conforme preceitua o §3º do art. 1º do Dec. nº 7.799/00, conforme alteração introduzida pelo Dec. nº 10.156/06 vigente à época dos fatos geradores.

Ressalta que carece de sustentação a tese defensiva de que mesmo que alguns contribuintes estivessem inaptos, seria cabível a redução de base de cálculo, pois o autuado estava acobertado pelo disposto no §3º do art. 1º do Dec. nº 7.799/00. Explica que o conceito de não contribuinte do ICMS alcança apenas aquelas pessoas jurídicas que a lei exclui de tal condição, tais como, as associações ou sociedades empresárias, cujas atividades constam da Lista de Serviços alcançados pelo ISS. Salienta que os contribuintes do ICMS, quando em situação cadastral irregular, não passam à condição de *"não contribuintes do ICMS"*, mas sim de *"contribuintes do ICMS em situação irregular ou contribuintes não inscritos"*.

Afirma que todos os contribuintes relacionados na amostra trazida na defesa estavam em situação cadastral irregular, quando da ocorrência dos fatos geradores que ensejaram a autuação, conforme comprovado através dos extratos de situação cadastral juntados ao presente processo.

Menciona que, efetuadas as correções pertinentes, os valores devidos nas infrações 2 e 5 passaram para, respectivamente, R\$183.625,82 e R\$400.915,61, conforme planilhas gravadas no CD-ROM anexo aos autos.

Relativamente à infração 3, diz que todas as notas fiscais juntadas na defesa foram consideradas na informação fiscal, tendo sido excluídos os débitos correspondentes. Frisa que em decorrência do porte da empresa, na auditoria fiscal foram utilizados dados do SINTEGRA, porém os arquivos magnéticos entregues à fiscalização continham inconsistências, as quais induziram o autuante a erros. Diz que, diante das notas fiscais apresentadas, os equívocos contidos na autuação foram corrigidos, de forma que o valor devido passou para R\$38.758,68.

Afirma que a infração 4 mantém estreita relação com a infração 5 e, assim, reafirma os argumentos apresentados quanto à quinta infração. Diz que refez a apuração do imposto devido, fazendo as retificações pertinentes, de forma que o valor devido passou para R\$10.655,89.

Ao finalizar, afirma que acatou parcialmente as alegações defensivas quanto às infrações 1 a 5, tendo refeito a apuração dos valores a recolher após as devidas correções. Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor total de R\$665.167,69, conforme demonstrativo de débito às fls. 1.069 a 1.071.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 1.775 a 1.784.

Preliminarmente, suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos anteriormente a 13 de abril de 2007, pois considera que diferentemente do quanto alegado na informação fiscal, o lançamento do tributo objeto do Auto de Infração é realizado por homologação, ou seja, não se aplica o disposto no art. 173, I do CTN, mas sim o art. 150, §4º, do CTN. Pontua que a regra contida no art. 173, I, do CTN, só se aplica quando o sujeito passivo não recolhe o tributo. Destaca que no caso em análise, já que realizou o

pagamento de ICMS do exercício de 2007, a regra a ser aplicada é do art. 150, §4º do CTN, conforme diz já ter sido demonstrado. Prosseguindo, reitera argumentos já trazidos na defesa.

Suscita a nulidade do lançamento porque não foram indicados, no Auto de Infração, os dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação. Diz que de forma genérica o autuante indicou o artigo de lei supostamente infringido, bem como não consta a enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa. Sustenta que há afronta aos princípios da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Argui a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, pois considera que na informação fiscal foram anexados novos documentos referentes às infrações 2 e 5, os quais não estavam anexados ao processo quando foi lavrado o Auto de Infração. Frisa que para a informação fiscal atingir seus objetivos, é necessário que a autoridade fiscal se atenha aos limites da lide, o que significa dizer que é proibido inovar ou tergiversar sobre matéria estranha à defesa. Menciona que o desconhecimento do autuado quanto a provas que fundamentam o Auto de Infração acarreta cerceamento do direito de defesa. Assegura que o seu direito de defesa foi tolhido, uma vez que estas fichas cadastrais não lhe foram apresentadas no momento da lavratura do Auto de Infração, tendo as tais fichas sido entregues quando já tinha ocorrido a preclusão temporal.

No mérito, quanto à infração 1, afirma ter detectado que os demonstrativos apresentados na informação fiscal não condizem com a realidade da sua escrita fiscal e, portanto, essa infração deve ser julgada improcedente. Ratifica as alegações apresentadas na defesa e diz que não há certeza e liquidez nas planilhas elaboradas na informação fiscal.

No que tange às infrações 2 e 5, faz uma síntese dos argumentos trazidos na informação fiscal e, em seguida, reitera argumentos trazidos na defesa e já constantes neste voto.

Relativamente à infração 3, afirma que apesar de na informação fiscal ter sido acatada a tese defensiva, a redução do valor devido não condiz com a verdade material. Diz que foram efetuadas correções apenas em relação às notas fiscais que foram exemplificados, ou seja, as Notas Fiscais nºs 837.874, 87.891, 129.393, 129.394 e 939.554. Pontua que, dessa forma, se faz necessária a realização de diligência para comprovar o erro nas informações no momento da lavratura do Auto de Infração, visto que todas as notas fiscais existentes nas planilhas restaram creditadas no limite autorizado em lei. Reitera os termos da defesa quanto à infração 3.

Quanto à infração 4, pontua que não há o que se falar em ilicitude, pois os destinatários das mercadorias, ao efetuarem as compras apresentaram a inscrição estadual e cadastral junto a SEFAZ-BA. Repisa argumentos trazidos na defesa e, em seguida, diz que a infração não procede.

Ao finalizar seu arrazoado, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Diz que, caso assim não entendam os julgadores, que o processo seja convertido em diligência, inclusive com a apresentação de nova defesa.

O Auditor Fiscal incumbido de prestar a informação fiscal se pronuncia às fls. 1.788 a 1.795.

Em relação à decadência, afirma que as alegações defensivas não procedem e, para evitar repetições, reitera os argumentos trazidos na informação fiscal.

Quanto à preliminar de nulidade, diz que o defendente não traz aos autos nenhum argumento novo. Dessa forma, refuta as alegações defensivas e mantém os termos da informação fiscal.

Relativamente ao alegado cerceamento de defesa em razão da juntada de novos documentos atinentes às infrações 2 e 5, diz que o §7º do art. 127 do RPAF-BA/99 assegura a juntada de novos elementos ao processo, cabendo ao órgão preparador dar ciência ao sujeito passivo, exatamente, para evitar o cerceamento do direito de defesa. Frisa que como foi entregue ao autuado cópia dos novos elementos, não há o que se falar em cerceamento de defesa ou preclusão temporal.

Ao adentrar no mérito, afirma que os argumentos trazidos no pronunciamento do autuado são os mesmos que foram apresentados na defesa inicial, os quais já foram tratados na informação fiscal. Dessa forma, mantém os termos da informação fiscal em sua totalidade.

Quanto ao pedido de diligência, diz que tal matéria cabe à apreciação do CONSEF, pois tal decisão ultrapassa a sua competência legal.

Ao concluir se arrazado, afirma que como o autuado não trouxe qualquer fato novo, reafirma a manutenção parcial do Auto de Infração no valor total de R\$665.167,69.

Considerando que cópias dos documentos de fls. 1.043 a 1.741, referentes às infrações 2 e 5, deveriam ter sido entregues ao autuado quando da notificação do lançamento, o processo foi convertido em diligência, para que fosse concedido ao autuado o prazo de sessenta dias para apresentação de nova defesa relativamente a essas duas infrações. Foi explicado que o contribuinte já tinha recebido cópias desses documentos (fl. 1.773-A), bem como foi dito que, caso fosse apresentada nova defesa, deveria ser prestada a informação fiscal correspondente.

A diligência foi atendida, tendo o autuado apresentado a nova defesa de fls. 1.805 a 1.815.

Volta a suscitar a preliminar de nulidade arguida na defesa e já constante deste relatório, acrescentando que falta a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com data de ciência, ou a declaração de sua recusa. Repete que no Auto de infração não foi mencionada a possibilidade de redução da multa aplicada, bem como a forma como se daria essa redução.

Quanto à infração 2, diz que a art. 5º da Lei nº 7.014/96, considera contribuinte do ICMS qualquer pessoa física ou jurídica, que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias. Frisa que as operações relacionadas na autuação referem-se a operações com mercadorias destinadas a contribuintes, sendo essas, tributadas de acordo com a base de cálculo e sua respectiva alíquota vigente no período, nos termos da legislação pertinente ao fato gerador. Sustenta que a retenção e o recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, são procedentes quando realizadas para contribuintes localizados neste estado e não inscritos/desabilitados no CAD-ICMS, devendo seguir os critérios estabelecido no § 17 do art. 289 do RICMS-BA/97. Pontua que, de acordo com o extrato de situação cadastral dos contribuintes relacionados nessa infração, vê-se que suas inaptidões e respectivas baixas ocorreram após o fato gerador, pois, no momento das operações, os contribuintes estavam ativos e, portanto, não havia obrigatoriedade para efetuar a retenção sobre tais operações. Visando comprovar a veracidade de seu argumento, apresenta tabela na qual relaciona clientes e a data da alteração da situação cadastral.

Diz que, conforme a tabela que apresentou, as operações em tela foram realizadas com contribuintes cadastrados e/ou inscritos neste estado e, desta maneira, não existe obrigatoriedade para efetuar a retenção alegada pelo autuante, visto que, todas as operações envolvendo contribuintes não inscritos ou sujeito a substituição tributária, foram efetivamente retidos, e consequentemente, recolhidos dentro do prazo regulamentar.

No que tange à infração 5, reproduz os termos do art. 1º do Dec. 7.799/00 com a redação vigente à época dos fatos e, em seguida, destaca que essa norma permite que a redução da base de cálculo seja aplicada nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, contradizendo a autuação que não reconhece a redução da base de cálculo nas operações para contribuintes inscritos na condição de especial. Faz alusão e transcreve o teor do § 3º do mesmo artigo, com a redação dada pelo Decreto nº 10.156/06.

Alega que no demonstrativo elaborado pelo autuante constam mercadorias com a fase de tributação encerrada para as operações subsequentes nos termos do Anexo 88, do RICMS-BA/97, como a mercadoria denominada cola, a qual é tributada erroneamente com alíquota de 17%.

Diz que os produtos leite em pó, vinagre, charque e margarina, têm a base de cálculo reduzida, resultando em uma carga tributária equivalente a 7%, conforme os incisos XXI e XXXI do artigo 87 do RICMS-BA/97, porém o autuante tributou essas mercadorias com a alíquota de 17%.

Aduz que, para evidenciar a veracidade dos fatos, consultou o cadastro dos destinatários envolvidos nas operações, conforme os documentos que seguem anexos. Pontua que houve alterações no cadastro dos contribuintes mencionados após a realização de operações com o estabelecimento do autuado e, em decorrência desse fato, não cabe qualquer aplicabilidade de sanções para a empresa. Diz que, assim, está comprovado que há equívocos nos anexos elaborados pelo autuante e que não existe ICMS a recolher.

Discorre sobre o princípio da verdade material e cita doutrina.

Faz alusão ao princípio da boa-fé transcreve o disposto nos artigos 113, 187 e 442, do Código Civil, e 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99. Em seguida, pede que as multas indicadas na autuação sejam reduzidas nos termos do art. 158 e 159 do RPAF/99.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Às fls. 1908 a 1916, o Auditor Fiscal Jaldo Vaz Cotrim afirma que a defesa não traz qualquer fato novo, porém em cumprimento às determinações regulamentares passa a se pronunciar.

Diz que não há razão para a decretação da nulidade do Auto de Infração, pois o lançamento se reveste das formalidades previstas na legislação.

No mérito, quanto à infração 2, afirma que o argumento atinente à regularidade cadastral dos contribuintes elencados na defesa não merece acolhimento, pois o defendente não observa o critério temporal da ocorrência do fato gerador, condição essencial para a redução da base de cálculo prevista no Dec. nº 7.799/00. Frisa que essa matéria já foi abordada na informação fiscal anterior (fls. 1.043/1068 e 1.788/1795), inclusive, com a juntada dos extratos probantes das irregularidades cadastrais dos destinatários (fls. 1.072/1.771), quando da ocorrência do fato gerador.

Pontua que a tabela apresentada pelo autuado (fls. 1.809 e 1.810) contém dados que não constam originariamente nessa infração. Aduz que efetuou pesquisa cadastral e constatou que todos os contribuintes já constavam no rol dos inabilitados no CAD-ICMS, quando das ocorrências dos fatos geradores. Apresenta tabela na qual informa: CNPJ; inscrição estadual; situação cadastral à época do fato gerador; data da situação cadastral e página do PAF, onde consta o extrato da situação cadastral do contribuinte, quando da ocorrência do fato gerador.

Salienta que as alegações ora trazidas pelo impugnante já foram rebatidas na informação fiscal anterior (fls. 1.788 a 1.795) e, portanto, essas alegações são meramente protelatórias. Reafirma a procedência parcial da infração, no valor de R\$183.625,82, conforme apurado anteriormente.

Quanto à infração 5, diz que os argumentos defensivos são os mesmo dos de fls. 1.775 a 1.784, os quais caem por terra ante os extratos da situação cadastral dos destinatários, quando das saídas das mercadorias, acostados aos autos, cujos recibos de entrega constam às fls. 1.773 e 1.773-A.

Pontua que não merece acolhimento as alegações defensivas quanto aos produtos cola, leite em pó, vinagre, charque e margarina, pois os débitos referentes a tais produtos já foram objeto de correções na informação fiscal anterior.

No que tange à alteração cadastral após a realização das operações, diz que esse argumento também não se sustenta, pois alterações posteriores não possuem o condão de corrigir as situações cadastrais da época do fato gerador.

Diz que a infração em comento é procedente em parte, no valor de “R\$402.339,33”.

Ao finalizar, afirma que diante da não apresentação de qualquer fato novo, o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte no valor de R\$665.167,69.

VOTO

Em sede de preliminar, o autuado arguiu a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 13 de abril de 2007, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando o permissivo contido no §4º do art. 150 do CTN - *se a lei não fixar prazo* - estabeleceu no art. 107-A, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Quanto à alegação defensiva de que apenas lei complementar federal pode dispor sobre decadência, ressalto que nos termos do art. 125, II e III, do COTEB, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Dessa forma, em relação aos fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2007, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/12 para constitui o crédito tributário. Tendo em vista que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 28/06/12, não tinha ainda se consumado a decadência arguida na defesa.

Preliminarmente foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não foram observados os requisitos previstos do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99 (RPAF-BA/99), que não foram apontados os dispositivos legais vinculados aos fatos tributários, que não constam dos autos as situações de redução de multa e que a descrição dos fatos não era clara. Também foi alegado que no lançamento de ofício houve afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Da análise das peças processuais, constata-se que o Auto de Infração em tela foi lavrado em estrita obediência ao quanto previsto nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99. O Auto de Infração e o correspondente processo administrativo fiscal estão revestidos de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal. Os demonstrativos que embasaram a autuação contêm todos os elementos necessários ao entendimento das infrações detectadas, da metodologia empregada e dos dados envolvidos na apuração dos valores lançados.

Considerando que as infrações apuradas estão descritas de forma clara e precisa, a existência de eventuais incorreções na indicação de dispositivo legal não seria motivo de nulidade, pois nos termos do artigo 19, do RPAF-BA/99, o erro na indicação do dispositivo legal não implica nulidade, *desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*.

A alegada ausência de enumeração das situações de redução de multa não é razão para nulidade arguida, pois se trata de uma questão extrínseca ao lançamento e que não implica cerceamento de defesa. Os critérios de redução de multa estão na Lei nº 7.014/96, não sendo admissível alegar cerceamento de defesa por suposto desconhecimento de lei. Caso o autuado desejasse efetuar o pagamento do Auto de Infração com a redução de multa, deveria ter se dirigido à repartição fazendária de seu domicílio, onde poderia efetuar o pagamento ou obter as informações desejadas. Ademais, as multas indicadas na autuação foram tipificadas nos incisos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sendo que os acréscimos e redução dessas multas ocorrem de acordo com a legislação vigente, conforme consta no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

A atualização dos débitos tributários está prevista no art. 102, § 2º, II, do COTEB, não cabendo a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Considerando que os acréscimos legais incidentes sobre o valor do imposto e da multa devidos estão previstos na legislação, não é admissível que o autuado venha a alegar cerceamento de defesa por suposto desconhecimento de lei.

Em face ao acima exposto, a falta de indicação desses dispositivos legais não cerceia o exercício do direito de defesa do autuado e não constitui motivo para a decretação da nulidade arguida.

Ainda em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade do lançamento por ter sido, na informação fiscal, trazidos aos autos novos elementos referentes às infrações 2 e 5. Sustenta o defendente que

já estava precluso o direito de a fiscalização anexar aos autos esses novos elementos, os quais deveriam ter sido apresentados quando da lavratura do Auto de Infração.

Ao afirmar que os contribuintes relacionados nas infrações 2 e 5 estavam com a situação cadastral regular quando da realização das operações, o autuado colocou em dúvida a veracidade das acusações contidas nas infrações em tela. Dessa forma, o auditor encarregado de prestar a informação fiscal, de forma acertada, trouxe aos autos os extratos de inscrição cadastral, visando comprovar que os destinatários das mercadorias, na época das aquisições, estavam com a situação cadastral irregular. Desses novos documentos, o autuado recebeu cópia e teve reaberto o prazo de defesa em sessenta dias. Assim, não houve qualquer prejuízo para o autuado e, portanto, não há razão para decretação de nulidade.

O defendente também alega que não consta a sua assinatura quando da ciência do Auto de Infração. Essa alegação, no entanto, não se sustenta, pois o autuado foi regularmente notificado da lavratura do Auto de Infração conforme fls. 14, 24 e 25, sendo relevante observar que a defesa foi interposta no prazo regulamentar.

Desse modo, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa.

As provas e os argumentos trazidos na defesa foram devidamente analisados e considerados na informação fiscal, ocasião em que foi refeita a apuração do imposto devido nas cinco infrações que compõem o lançamento. Posteriormente, o processo foi convertido em diligência para atender ponto específico que, no entendimento da então 6ª Junta de Julgamento Fiscal, necessitava de diligência. Dessa forma, considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões e, com respaldo no art. 147, I, “a”, e II, “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência requerida pelo autuado para refazer apurações indicadas na defesa.

Conforme já relatado, a infração 1 trata de falta de estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Em sua defesa, o autuado afirma que no demonstrativo elaborado pelo autuante não foi observada a existência de produtos não alcançados pelo Termo de Acordo, de produtos com redução de base de cálculo e de produtos cuja alíquota incidente seja superior ou inferior a 17%. Cita, a título de exemplo, as Notas Fiscais nºs 837.876, 839.556, 539.558 e 34.793. Na informação fiscal, os argumentos defensivos foram acatados e foi refeita a apuração do imposto, o que reduziu o débito de R\$135.651,39 para R\$31.211,69.

As retificações efetuadas pelo auditor fiscal encarregado de prestar a informação fiscal merecem acolhimento, pois estão respaldadas na documentação probante acostada aos autos e sanaram os equívocos indicados na defesa. As alegações defensivas acerca das retificações efetuadas na informação fiscal não se mostram capazes de alterar os novos valores apurados pelo auditor, uma vez que o autuado se limitou a reiterar os argumentos trazidos na defesa inicial e a alegar, sem qualquer fundamentação, que os novos demonstrativos careciam de certeza e liquidez.

Dessa forma, acolho os demonstrativos retificados elaborado na informação fiscal, os quais comprovam que o autuado deixou de efetuar o estorno proporcional dos créditos fiscais referentes a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com base de cálculo, de modo que a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$31.211,69.

As infrações 2 e 5 tratam de falta de retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária nas vendas para contribuintes não inscritos/desabilitados no CAD-ICMS e de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de redução indevida da base de cálculo nas saídas para contribuintes desabilitados no CAD-ICMS. Considerando que, tanto na defesa como na informação fiscal, essas duas infrações foram tratadas de forma grupada, também as abordarei em conjunto.

O defendente alegou que os seus clientes, quando efetuaram as aquisições relacionadas na autuação, apresentaram comprovação da regular inscrição no CAD-ICMS. Na informação fiscal, o auditor fiscal de forma acertada fez a apuração dos valores devidos, corrigindo MVAs aplicadas

erroneamente, retificando percentuais de redução de base de cálculo e expurgando operações isentas de ICMS.

Após a reabertura do prazo de defesa, o autuado apresentou nova impugnação, porém não trouxe ao processo novos argumentos ou provas.

A alegação defensiva de que os adquirentes das mercadorias estavam em situação cadastral regular não procede, haja vista que os extratos acostados ao processo comprovam que, na data das aquisições, os destinatários das mercadorias não estavam inscritos no CAD-ICMS ou se encontravam desabilitados. Nesse ponto, ressalto que a redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. nº 7.799/00 é aplicada nas operações de saídas “*destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS*”; os contribuintes que se encontram em situação irregular no CAD-ICMS equivalem a contribuintes não inscritos, segundo entendimento pacificado neste Conselho de Fazenda.

Os extratos trazidos na segunda defesa não elidem as infrações, uma vez que conforme foi bem demonstrado na segunda informação fiscal os contribuintes citados pelo autuado já constavam no rol dos não habilitados na data das ocorrências, consoante tabela que o auditor fiscal apresentou.

Visando a busca da verdade material, o auditor encarregado de prestar a informação fiscal teve o cuidado de corrigir os equívocos que estavam presentes nos levantamentos efetuados pelo autuante, retificando MVAs aplicadas erroneamente, alterando valores de créditos fiscais equivocados e excluindo operações isentas de ICMS, bem como considerando o disposto no §3º do art. 1º do Dec. nº 7.799/00. Em suma, os equívocos indicados na defesa inicial, na manifestação posterior e na segunda defesa foram todos retificados.

As correções efetuadas na informação fiscal tratam de questões de prova, estão respaldadas em elementos probantes acostados aos autos e foram efetuadas por auditor fiscal designado para esse fim. Desse modo, acato os novos demonstrativos elaborados quando da prestação da informação fiscal e, em consequência, as infrações 2 e 5 subsistem parcialmente nos valores de R\$183.625,82 e R\$400.915,61, respectivamente.

Ressalto que, na segunda informação fiscal às fls. 1.915 e 1.916, o Auditor Jaldo Vaz Cotrim afirma que a infração 5 subsiste no valor de “R\$402.339,33”. Todavia, entendo que se trata de um mero erro de digitação, haja vista que o referido auditor manteve inalterados os termos da informação fiscal de fls. 1.043/1.068 e da manifestação de fls. 1.788/1.795, onde constam o valor correto da infração 5, qual seja, R\$400.915,61.

Cuida a infração 3 de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo.

Em sua defesa, o impugnante alega que os levantamentos efetuados pelo autuante não refletem a realidade da sua escrita fiscal e, como exemplo, cita as Notas Fiscais nºs 837.874, 87.891, 129.393, 129.394 e 939.554. O autuante, na informação fiscal, refez a apuração dos valores devidos, excluindo os débitos referentes às notas fiscais citadas na defesa, bem como retificando os equívocos contidos na autuação, o que reduziu o valor devido para R\$38.758,68.

A matéria envolvida nessa infração restringe-se a questão de prova. Assim, as correções efetuadas pelo auditor na informação fiscal, respaldadas em provas documentais anexadas ao processo, resolvem a controvérsia. Assim, acolho as retificações efetuadas na informação fiscal e, em consequência, a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$38.758,68.

Trata a infração 4 de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de utilização indevida de redução de base de cálculo do imposto.

O defendente sustenta que não cometeu nenhuma infração, uma vez que os seus clientes, ao efetuarem as compras, se apresentaram com todos os requisitos cadastrais. Aduz que o §3º do art. 1º do Dec. nº 7799/00 prevê a possibilidade de redução de base de cálculo quanto se efetuar vendas a não contribuintes, desde que obedecido o limite preestabelecido.

Na informação fiscal, o preposto fazendário afirmou que a infração em comento mantém estreita relação com a infração 5 e, assim, reitera os argumentos expendidos em relação àquela infração e refaz a apuração do imposto a recolher, o que reduziu o valor devido para R\$10.655,89.

Os equívocos indicados na defesa foram corrigidos pelo auditor encarregado da informação fiscal, conforme já me pronunciei ao tratar da infração 5. Mais uma vez, saliento que as disposições contidas no §3º do art. 1º do Dec. 7.799/00, com a redação vigente à época dos fatos, foram observadas no refazimento da auditoria fiscal, consoante os novos demonstrativos gravados no CD-ROM acostado aos autos. Ao se pronunciar sobre esses demonstrativos retificados, o autuado se limitou a repisar o argumento trazido na defesa, deixando, assim, de apontar a existência de eventual equívoco nessa reapuração do imposto devido.

Dessa forma, acato mais uma vez o procedimento adotado pelo auditor incumbido de prestar a informação fiscal, restando, portanto, comprovado nesses novos demonstrativos a procedência parcial da infração 4 no valor de R\$10.655,89.

O autuado solicitou a redução ou dispensa de multa, porém, como as infrações apuradas são decorrentes de descumprimento de obrigações principais, o atendimento de pleito defensivo ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$665.167,69, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado às fls. 1.069 a 1.071.

INFRAÇÕES	MULTA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	RESULTADO
01 – 01.05.03	60%	135.651,39	31.211,69	PROCEDENTE EM PARTE
02 – 07.04.03	60%	187.717,83	183.625,82	PROCEDENTE EM PARTE
03 – 01.05.03	60%	38.768,95	38.758,68	PROCEDENTE EM PARTE
04 – 03.02.06	60%	28.625,74	10.655,89	PROCEDENTE EM PARTE
05 – 03.02.06	60%	409.353,89	400.915,61	PROCEDENTE EM PARTE
		800.117,80	665.167,69	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0003/12-1**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$665.167,69**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “e” e VII, “b”, 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 artigo 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, 21 de fevereiro de 2017.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA