

A. I. N° - 088502.0001/15-0
AUTUADO - BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
AUTUANTE - ANTONIO ANÍBAL BASTOS TINÔCO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.05.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-02/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS. Defesa comprovou erros no levantamento fiscal, que foram reconhecidos parcialmente na informação fiscal. Refeitos os cálculos, contribuinte devidamente intimado, não impugnou o novo levantamento. Infração parcialmente caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO N° 7.799/00. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES OU PARA CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NÃO INSCRITOS NO CADASTRO ESTADUAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA. Infrações 02 e 03 caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/20158, para constituir o crédito tributário no valor de R\$247.385,87, em razão de:

Infração 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$240.811,95, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Alíquota zero nas saídas de mercadorias tributadas.

Infração 02 – 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor R\$ 3.979,56, em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Utilização dos benefícios do Decreto 7.799/00, nas vendas efetuadas para não contribuintes nos exercícios de 2011 e 2012.

Infração 03 – 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor R\$2.594,36, em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Utilização dos benefícios previstos no Decreto 7.799/00, nas vendas realizadas para contribuintes desabilitados no exercício de 2011.

O autuado apresentou defesa, fls. 475 a 532, inicialmente destaca a tempestividade defesa e faz um relato das imputações.

Em relação à infração 01, diz que não houve o recolhimento do imposto, uma vez que as saídas internas eram não tributáveis e o ICMS Operação Própria não era devido. Nesse sentido, restará demonstrado que parte dos produtos apontados pela suposta falta de recolhimento do ICMS Operação Própria possui a saída interna alcançada pela isenção, por isso não tiveram o imposto recolhido.

Em relação à outra parte dos produtos, aduz que ficará demonstrado de forma clara e precisa que os mesmos se sujeitam a sistemática de substituição tributária, tendo o ICMS ST sido devidamente destacado e recolhido pelo remetente das mercadorias, não havendo que se falar, consequentemente, em recolhimento do ICMS Operação Própria.

Aduz que, em síntese, seja pelo fato de os produtos terem a saída interna isenta, seja pelo fato de estarem alcançados pela substituição tributária, o ICMS não é devido.

Frisa que, no intuito de afastar a exigência fiscal, segue adiante esclarecimento sobre o correto tratamento fiscal que deve ser conferida a cada produto.

3.1 – DA ISENÇÃO PREVISTA PELO CONVÊNIO ICMS 126/10 (PRODUTOS ORTOPÉDICOS)

Cód. Produto	Descrição produto	NCM/SH	CST
38387	COXAL NEOPRENE DORTLER GDE D-670 ORTOPEDICO	90211099	040
38387	COXAL NEOPRENE DORTLER GDE D-670 ORTOPEDICO	90211099	040
38397	COXAL NEOPRENE DORTLER MED D-670 ORTOPEDICO	90211099	040
38397	COXAL NEOPRENE DORTLER MED D-670 ORTOPEDICO	90211099	040
38396	COXAL NEOPRENE DORTLER PEQ D-670 ORTOPEDICO	90211099	040
38393	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER GDE	90211099	040
38393	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER GDE	90211099	040
38394	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER MED ORTOP	90211099	040
38394	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER MED ORTOP	90211099	040
38395	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER PEQ ORTOP	90211099	040
38395	JOELHEIRA C/ORIFICIO DORTLER PEQ ORTOP	90211099	040
38392	JOELHEIRA SIMPLES DORTLER GDE ORTOP	90211099	040
38390	JOELHEIRA SIMPLES DORTLER MED ORTOP	90211099	040
38390	JOELHEIRA SIMPLES DORTLER MED ORTOP	90211099	040
38391	JOELHEIRA SIMPLES DORTLER PEQ ORTOP	90211099	040
38368	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA GDE DORTLER	90211099	040
38368	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA GDE DORTLER	90211099	040
38399	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA MED DORTLER	90211099	040
38399	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA MED DORTLER	90211099	040
38367	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA PEQ DORTLER	90211099	040
38367	LUVA DIGITACAO ORTOPEDICA PEQ DORTLER	90211099	040
38388	TORNOZELEIRA ORTOPEDICA GDE DORTLER	90211099	040
38388	TORNOZELEIRA ORTOPEDICA GDE DORTLER	90211099	040
38398	TORNOZELEIRA ORTOPEDICA MED DORTLER	90211099	040
38398	TORNOZELEIRA ORTOPEDICA MED DORTLER	90211099	040
38389	TORNOZELEIRA ORTOPEDICA PEQ DORTLER	90211099	040

Salienta que o Convênio ICMS nº 126/10, recepcionado pelo art. 24 do RICMS/BA 1997 (Decreto 6.284/97) e pelo art. 264, inciso XLIX do RICMS/BA 2012 (Decreto nº 13.780/12), concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos, e para fraturas e outros que especifica. Vejamos:

Convênio ICMS 126/10

Cláusula primeira – Ficam isentas do ICMS as operações com as mercadorias a seguir indicadas com respectivas classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM:

I – barra de apoio para portador de deficiência física, 7615.20.00;

II – cadeira de rodas e outros veículos para inválidos, mesmo com motor ou outro mecanismo de propulsão:

a) sem mecanismo de propulsão, 8713.10.00;

b) outros, 8713.90.00;

III - partes e acessórios destinados exclusivamente a aplicação em cadeiras de rodas ou em outros veículos para inválidos, 8714.20.00;

IV - próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas:

a) próteses articulares:

1. femurais, 9021.31.10;

2. mioelétricas, 9021.31.20;

3. outras, 9021.31.90;

b) outros:

1. artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10;

2. artigos e aparelhos para fraturas, 9021.10.20;

c) partes e acessórios:

1. de artigos e aparelhos de ortopedia, articulados, 9021.10.91;

2. outros, 9021.10.99:

V - partes de próteses modulares que substituem membros superiores ou inferiores, 9021.39.91;

VI - outras partes e acessórios, 9021.39.99;

VII - aparelhos para facilitar a audição dos surdos, exceto as partes e acessórios, 9021.40.00;

VIII - partes e acessórios de aparelhos para facilitar a audição dos surdos, 9021.90.92.

IX - implantes cocleares, 9021.90.19.

Parágrafo único. Não será exigido o estorno do crédito fiscal de que trata o art. 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Cláusula segunda Fica revogado o Convênio ICMS 47/97, de 23 de maio de 1997.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao da ratificação.

Realça que, nesse sentido, em razão de as mercadorias acima estarem classificadas na NCM 9021.10.99 e serem destinadas a uso ortopédico, verifica-se que suas saídas internas de fato não foram tributadas, uma vez que as mesmas estão alcançadas pela isenção, devendo tais produtos serem excluídos da exigência fiscal. É este, também, o entendimento do Egrégio Conselho de Contribuintes da Bahia:

[...]

Voto

[...]

Também, analisando o Convênio ICMS 126/10, o qual concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas e outros que especifica, em sua cláusula primeira, IV, alínea “b”, item “1”, consigna “artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10”. Por sua vez, o art. 24, I, do RICMS (Decreto nº 6.284/97), vigente à época dos fatos geradores em análise, previa que são isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos, inerentes às saídas dos produtos indicados no Convênio ICMS 126/10;

Diante de tais considerações, vislumbro que a atuante não comprovou a impropriedade do código NCM 90211010 nas notas fiscais, como alega em sua informação fiscal.

Assim, concluo que os produtos adquiridos pelo autuado se enquadram na hipótese legal de “artigos e aparelhos ortopédicos, 9021.10.10”. Portanto, vislumbro caber razão ao defendente quanto à sua pretensão de excluir do débito da primeira infração os valores relativos aos produtos ortopédicos, o que remanesce o valor devido de R\$3.449,61, conforme apurado às fls. 171, 177 e 189 dos autos, sendo: R\$128,13 relativo ao exercício de 2009; R\$ 678,73 inerente ao exercício de 2010 e R\$2.342,16, ao exercício de 2011.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

[...]

(Conselho de Contribuintes da BA, Auto de Infração nº 152848.0025/13-1, Acórdão JJF nº 0042-02/14 - 27/03/14, Relator Fernando Antônio Brito De Araújo).

3.2 – DA ISENÇÃO PREVISTA PELO CONVÊNIO ICMS 100/97 (INSUMOS AGROPECUÁRIOS)

<i>Cód. Produto</i>	<i>Descrição produto</i>	<i>NCM/SH</i>	<i>CST</i>
14249	ANESTESICO L 50ML PEARSON	30049043	040
86652	ANTEC VERMIFUGO COMPRIMIDOS	30049063	040
70551	ANTIDIARREICO ENVELOPE 10X10GR VALLEE	30049099	040
35080	AZIUM 10ML	30049099	040
86868	AZIUM 10ML (LOTE)	30049099	040
80588	BOLFO 1KG	38089999	040
84352	BOLFO 200GR	38089999	040
86890	BORGAL 10ML INJETAVEL	30049079	040
86808	BRINCO MOSQUICIDA TOP-TAG 180 PFIZER	38089199	040
86869	BUTOX CARRAPATICIDA 20ML (LOTE)	38081029	040
86972	CANTOLINDO POLIVITAMINICO 30ML SIMOES	30045090	040
86973	CANTOLINDO VERMIFUGO 15ML SIMOES	30044090	040
86659	CEVADOR 300GR	29362990	040
21627	CIPERALLVET POUR-ON 1LT ALLVET	38089192	040
14091	CLAMOXIL PFIZER 50ML	30041012	040
43547	COBALZAN 100ML	30045090	040
5821	CRUZWALDINA 500 ML PEARSON	38089429	040
28747	CRUZWALDINA 500ML PEARSON	38089429	040
73429	CURSO NEGRIL 020ML	30045090	040
73430	CURSO NEGRIL 100ML COOPERS	30045090	040
73399	DIASEG 30ML COOPERS	30049099	040
18327	ECP 10ML PFIZER	30043939	040
21608	GLUCOVET 200ML ALLVET	30049099	040
21609	GLUCOVET 500ML ALLVET	30049099	040
70627	HEPATOXAN VALLEE 100ML	30049099	040
21632	HIPOTAC 30GRS ALLVET	30049059	040
40827	MERCEPTON INJETAVEL 100ML BRAVET	30045090	040
67347	MERCEPTON INJETAVEL 20ML BRAVET	30045090	040
43567	MONOVIN A 20ML BRAVET	30045090	040
43568	MONOVIN B12 20ML BRAVET	30045090	040
43569	MONOVIN K 20ML BRAVET	30045090	040
26527	MULTIBIOTICO 1200 000 3ML INJ	29411041	040
14067	PENTABIOTICO 1.200.000 FORT DODGE	30042099	040
76307	PENTABIOTICO 1.200.000 FORT DODGE	30042099	040
16267	POMADA FLOP BISNAGA 100GR FARMAGRICOLA	30044090	040
14069	POMADA GANADOL 50GR FORT DODGE	30049099	040
342	PROLACTON OCITOCINA 10ML INJ TORTUGA	30043922	040
11343	PROVERME SACHE 28GR TORTUGA	30049067	040
18870	PULFO 0100GR BALDE C/180 LAIPPE	38089119	040
7624	PULFO 0200GR LAIPPE	38089119	040
7625	PULFO 1000GR LAIPPE	38089119	040
7623	PULFO 100GR LAIPPE	38089119	040
18868	PULFO PACOTE 1KG BALDE C/20 LAIPPE	38089199	040
18869	PULFO TALCO ANTI PULGAS 100GR LAIPPE	38089119	040
86975	SANAGOGO 20ML SIMOES	30045090	040
86657	SEDACOL 100ML	30049099	040

354	SORO POLIJET 500ML FARMAGRICOLA	30045090	040
13483	TORMICINA 100 INJ 50ML TORTUGA	30042099	040
23287	TORMICINA LA 20ML TORTUGA	30042099	040
370	TORMICINA LA INJ 50ML TORTUGA	30042099	040
70550	UNGUENTO 350GR VALLEE	30049099	040
14272	UNGUENTO AEROSOL 400ML PEARSON	38089199	040
14270	UNGUENTO PLUS 200GR PEARSON	38081022	040
14269	UNGUENTO PLUS PET POTE 50GR PEARSON	38081022	040
70567	VALLEECALCIO GLICOSADO 250ML	30049099	040
70607	VALLEECALCIO GLICOSADO 500ML	30049099	040
70552	VALLEEVITA ADE 100ML	30049099	040
70589	VALLEEVITA ADE 50ML	30049099	040
48827	VITAGOLD POTENCIADO 1000ML	23099090	040
33467	VITAGOLD POTENCIADO 250ML TORTUGA	23099090	040
371	VITAGOLD POTENCIADO 50ML TORTUGA	23099090	040

Observa que os insumos agropecuários são necessários para a manutenção e produção do setor e, portanto, gozam do benefício fiscal de isenção para saídas internas em todos os Estados da Federação, inclusive na Bahia.

Ressalta que a isenção desobriga o contribuinte do recolhimento do imposto incidente na operação e/ou prestação que realizar. Trata-se de benefício fiscal que alcança operação ou prestação no campo de incidência do imposto, mas que não sofrerá tributação por amparo legal especial. Com efeito, a isenção dos insumos agropecuários está prevista no Convênio ICMS 100/97 e recepcionada pelo RICMS/BA 1997 (Decreto 6.284/97) em seu art. 20 e também pelo RICMS/BA 2012 (Decreto nº 13.780/12) em seu art. 264, inciso XVIII. Vejamos:

RICMS/BA 1997 (Decreto 6.284/97), Parte 01

Da Isenção das Operações com Insumos Agropecuários

Art. 20. Até 31/12/12, são isentas do ICMS as operações internas com os seguintes insumos agropecuários (Conv. ICMS 100/97):

I - nas saídas de inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematocidas, raticidas, desfolhantes, desseccantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura, pecuária, apicultura, aquicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura, inclusive inoculantes, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa;

§ 1º Salvo disposição em contrário, o benefício fiscal de que cuida este artigo alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

RICMS/BA 2012 (Decreto nº 13.780/12), Parte Geral

CAPÍTULO VI

DA ISENÇÃO

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;

Destaca que, conforme se pode extrair da legislação supracitada, o benefício fiscal da isenção para insumos agropecuários alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final. Isso posto, segundo determina o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, são insumos agropecuários toda substância química, biológica, biotecnológica ou preparação manufaturada cuja administração seja aplicada de forma individual ou coletiva, direta ou misturada com os alimentos, destinada à prevenção, ao diagnóstico, à cura

ou ao tratamento das doenças dos animais, incluindo os aditivos, suprimentos promotores, melhoradores da produção animal, medicamentos, vacinas, antissépticos, desinfetantes de uso ambiental ou equipamentos, pesticidas e todos os produtos que, utilizados nos animais ou no seu habitat, protejam, restaurem ou modifiquem suas funções orgânicas e fisiológicas. (<http://www.agricultura.gov.br/animal/produtos-veterinarios>)

Aduz que, em perfeita consonância, o Convênio ICMS 100/97, que trata da isenção aplicada aos insumos agropecuários, arrola em sua cláusula primeira os itens que entende como insumos: Vejamos:

Convênio ICMS 100/97, Cláusula Primeira, Inciso I – inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematicidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;

Chama atenção que o Egrégio Conselho de Contribuintes da Bahia também se posiciona no sentido de que os medicamentos veterinários, germicidas, entre outros, são insumos agropecuários alcançados pela isenção:

Voto

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS pela falta de recolhimento de imposto devido por antecipação tributária e por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização.

Analizando as peças processuais, constato que dentre as notas fiscais arroladas na autuação existem aquisições de ração animal, considerados insumos para a atividade desenvolvida pela cooperativa. Aquisição de medicamentos uso veterinário, calcário, melhorador solos MB-4, produtos químicos utilizados na atividade agrícola, a exemplo de sulfrumicida 50x500 – Mirex, butox, diazotrim, ripercar, mata bicheira, formicida pó, raticida, mata formiga, K-OTHRINE, etc, e se referem a produtos arrolados no art. 20, I, II e IV, do RICMS/97, como sendo isentos do ICMS, descabendo, portanto a exigência do imposto devido por antecipação parcial apontado no item 01 da acusação fiscal. Inclusive, as disposições que regulam as normas quanto a exigência do imposto devido por antecipação parcial é clara e objetiva em relação aos produtos isentos e com não incidência do ICMS, como dispo o § 1º, I e II, ao art. 352-A do RICMS/97.

Art.20. De 24/06/92 até 30/09/97 e de 06/11/97 até 30/04/05, são isentas do ICMS as operações internas com insumos agropecuários (Conv. ICMS 100/97, 05/99, 10/01, 58/01 e 21/02):

I – nas saídas de inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematicidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura, pecuária, apicultura, aquicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericicultura, inclusive inoculantes, vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa;

Art.352-A. ...§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I- isenção;

II- não incidência.

(Conselho de Contribuintes da BA, Auto de Infração nº 110085.0104/05-1, Acórdão JJF nº 0405-01/05-A - 15/02/06, Relatora Clarice Anízia Máximo Moreira).

Neste sentido, salienta que em razão de se enquadrarem como insumos agropecuários, resta claro que não houve falta de recolhimento de Imposto, pois os produtos possuem a saída interna isenta amparada pelo Convênio ICMS nº 100/97.

No intuito de afastar a exigência fiscal, apresenta às folhas 481 a 529, segue adiante esclarecimento, por amostragem, sobre o correto tratamento fiscal que deve ser conferido aos produtos, apresentando fotos, descrição, composições e outras informações sobre os produtos.

Em relação à infração 02, diz que como restará demonstrado a seguir, tal acusação não deve prosperar. Alega que o mencionado Decreto Estadual 7.799/00, prevê a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de mercadorias, desde que destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Desta forma, entende que a simples comprovação de que os destinatários das mercadorias, comercializadas pela Impugnante através das Notas Fiscais constantes da planilha confeccionada pela Impugnada, são contribuintes do ICMS e se encontram em situação regular, é suficiente para afastar a acusação de irregularidade na redução da base de cálculo.

Realça que do ponto de vista prático, material, o contribuinte do ICMS, de acordo com o disposto no art. 5º, da Lei nº 7.014/96, é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria. Contudo, a qualidade de “contribuinte” não prescinde, também, de um requisito formal, que é a inscrição estadual.

Salienta que as “Consultas Públicas ao Cadastro do Estado da Bahia”, cujas telas impressas seguem anexas (doc. 34), fazem prova de que os destinatários das mercadorias comercializadas pela Impugnante são contribuintes do imposto, muitos deles na qualidade de produtores rurais, microempresas, empresas de pequeno porte e até vendedores ambulantes, uma vez que todos eles possuem Inscrição Estadual nesse Estado.

Acrescenta que o único tipo de cliente da Impugnante que já se mostrou como um ponto controvertido seria o vendedor ambulante, para o qual havia dúvidas acerca da qualidade de contribuinte do ICMS. Contudo, tal controvérsia não mais existe, sendo certo que o mesmo é considerado contribuinte do imposto, desde que cadastrado no CAD-ICMS. Assim sendo, como é, inclusive, o entendimento da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, dado no Parecer nº 15170/2009, datado em 26/08/2009, não poderá haver vedação à aplicação do benefício previsto no Decreto Estadual nº 7.799/00, quando das vendas realizadas para contribuintes na qualidade de ambulantes, uma vez que sua condição encontra-se reconhecida e normatizada.

Destaca que, nesse sentido, ou seja, de que é permitido o uso da redução da base de cálculo para vendas realizadas a Ambulantes, outro não é o entendimento do CONSEF/BA, conforme se colhe abaixo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/05 - EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO POR CONTRIBUINTE ATACADISTA. SAÍDAS INTERNAS DESTINADAS A PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimento atacadista beneficiário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, destinadas às pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. Infração parcialmente caracterizada por restar comprovado que parte das operações foram efetuadas para pessoas físicas e não contribuintes do ICMS. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. NOTAS FISCAIS INFORMADAS NO REGISTRO TIPO 50, COM DIVERGÊNCIAS PARA OS RESPECTIVOS DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão. O equívoco cometido pelo contribuinte na transferência dos dados dos documentos fiscais para os respectivos arquivos magnéticos não causou qualquer prejuízo à atividade de fiscalização, nem implicou em falta de recolhimento do imposto. A multa equivalente a 5% sobre o montante das operações de entradas e de saídas do período não é a adequada para o caso em comento. Corrigida a multa para a prevista no art. 42, XXI, da Lei nº 7.014/96. Cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, arrimado no § 7º, do mesmo artigo, tendo em vista que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0184-04/05 - EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Exigência subsistente em parte, após a exclusão das operações de vendas destinadas à ambulantes, os quais se enquadram na condição de contribuintes do ICMS. b) EM FUNÇÃO DA CASSAÇÃO DO TERMO DE ACORDO. Restou comprovado que não houve motivação para a denúncia do Termo de Acordo pela SEFAZ. Infração insubsistente. c) SOBRE MERCADORIAS CONSIDERADAS NO PERÍODO AUTUADO – COSMÉTICOS E PERFUMARIAS – QUE NÃO GOZAVAM DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O Decreto nº 8.969/04 estabeleceu que aos contribuintes atacadistas já habilitados ao tratamento previsto pelo Decreto nº 7.799/00, cujas atividades se insiram nos itens 1 a 17 do seu Anexo Único, aplicar-se-ia as regras vigentes à época da assinatura do Termo de Acordo. Infração insubsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infrações acatadas. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Com relação aos Produtores Rurais, aduz que de acordo com o que estabelece o Decreto 7.799/2000, estes são contribuintes e as vendas a eles destinadas, podem ter o benefício da redução da Base de Cálculo, já que, para efeitos de tributação, o Produtor Rural é definido como contribuinte do ICMS, outro não é o entendimento do CONSEF/BA, em que reconhece tal orientação:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0471/01-03

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS DESTINADAS A PESSOA NÃO INSCRITA. DESTAQUE DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS NO DOCUMENTO FISCAL. LANÇAMENTO DA DIFERENÇA DO TRIBUTO. Está patente nos autos que as mercadorias, cuja natureza é de uso exclusivo na agricultura, são destinadas a produtor rural. Produtor rural é uma categoria de contribuintes do ICMS. Nas operações interestaduais que destinem mercadorias a produtores rurais, a alíquota é de 12%, e foi esta a alíquota adotada. A alíquota de 17% é para operações interestaduais que destinem mercadorias a não contribuintes do imposto. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Conclui que, pelo exposto, uma vez que as operações de venda citadas na Infração 2 se deram, todas elas, com contribuintes do ICMS, ainda que vendedores ambulantes ou produtores rurais, não há que se falar em redução indevida da base de cálculo do imposto.

Relativamente à infração 03, diz que, com o objetivo de demonstrar a regularidade nos negócios jurídicos realizados pela Impugnante, com fundamento no direito constitucional da ampla defesa e da verdade material, a mesma junta nesta oportunidade, cópia da tela de Consulta ao Sintegra (doc. 35) referente a cada destinatário das notas fiscais citada no Auto de Infração apontada com suposta venda irregular.

Registra que as “Consultas Públicas ao Cadastro do Estado da Bahia” não mentem e, analisando uma a uma, é possível verificar que as Notas Fiscais foram emitidas em momento anterior à data que os contribuintes se tornaram não habilitados.

Portanto, está devidamente demonstrado que as operações de circulação de mercadorias realizadas pela Impugnante, se deram legalmente, nas conformidades naquilo que estabelece a legislação tributária baiana, o que lhe permite concluir pela improcedência do Auto de Infração com relação à infração 03.

Ao final, requer pela improcedência da autuação.

A autuante, fls. 692 a 694, ao prestar a informação fiscal destaca a defesa se insurge, praticamente, contra todos os fatos que ensejaram a lavratura do auto em análise, focando, principalmente, na Infração 01, devido ao seu maior valor econômico. Fez citações de Convênios, agregou a essas citações algumas decisões do CONSEF/BA mas, algumas dessas citações errôneas, como passa a mostrar.

Salienta que o Convênio 126/10 faz menção à isenção nas saídas de produtos enquadrados como ortopédicos, dentro das normas estabelecidas na NCM, reconhecendo que nisso ela tem total razão. Acrescenta que aqueles produtos que constam nas planilhas confeccionadas para a autuação serão retirados.

Já em relação ao Convênio 100/97, citado pela defesa como pressuposto para isentar os produtos ali citados, incorre a mesma em erro, porque o Caput desse Convênio, devidamente confirmado pelos Convênios que o ratificaram, se refere a Redução da Base de Cálculo dos produtos ali normatizados. Portanto, tais produtos têm sim, diferente do que pressupõe a defesa, apenas, redução na sua base de cálculo para tributação.

Assim, aqueles produtos previstos neste Convênio 100/97 e que não foram tributados pela autuada nas suas saídas, deveriam sofrer, sim, tributação, caso o RICMS/BA, adequando-o à sua legislação, não os tivesse isentado. Todavia, a alínea "b", do inciso XVIII do Artigo 264 em seu inteiro teor observa que:

b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;

Assegura que, mesmo assim, a fim de se evitar querelas desnecessárias, que postergariam o pagamento do ICMS devido aos cofres públicos da Bahia, bem como pelo que dispõe a legislação baiana em vigor à época, opto por acatar as alegações da defesa, retirando das planilhas todos os medicamentos para fins veterinários, inclusive aqueles destinados a animais de pequeno porte, que se beneficiariam dos mesmos, no caso de encontrados em pet shops, informando que anexará alguns Ready Copy para confirmar a sua posição.

Todavia, destaca o autuante que remanescem produtos outros, sobre os quais passa a tecer algumas considerações.

1 - Correntes zincadas para cães - Ressalta que seu entender são zincadas pois foram produzidas com zinco e não com ferro, ferro fundido ou aço, como preveem os itens 24.58 e 24.59, do anexo da Substituição Tributária vigente no Estado da Bahia.

2 - Enforcador para cães – Entende que tem o mesmo entendimento do item 1;

3 - Escovas – Aduz que em total discordância com o que quer fazer crer o patrono da autuada, as escovas que estão sujeitas ao regime da substituição tributária previstas no item 25.41 do Manual, para esse fim definido, são aquelas fabricadas em pequenos ramos ou matérias vegetais, reunidas em feixes, com ou sem cabo. Destacando que é em matérias vegetais, não em matérias têxteis como o plástico, exemplificando. Assim, entende não poder concordar com a assertiva da defesa. Vide abaixo item 25.41:

25.41

Vassouras e escovas,

constituídas por

pequenos ramos ou

outras matérias vegetais

reunidas em feixes, com

ou sem cabo – 9603.1

Prot. ICMS 106/09-

BA e SP

Prot. ICMS 27/10 –

BA, ES, MG e RJ

98,92% (Alíq. 4%)

92,70% (Alíq. 7%)

82,34% (Alíq. 12%)

98,92% (Alíq. 4%)

92,70% (Alíq. 7%)

82,34% (Alíq. 12%)

71,98%

Nota 68

4 - Filmes para estufas – Aduz que os filmes para estufas, e não lonas como afirma a autuada, servem para a cobertura das estufas, de acordo com a sensibilidade à luz, dos produtos nela existentes. Se fosse lona, seria para escurecer completamente o interior das estufas, não se podendo plantar, portanto, quaisquer coisas que precisassem da luz solar. Exemplificando, apenas. Portanto, descabida a informação da defesa;

5 - Gancho de rede zincado – Destaca que, segundo o que dispõe o item 24.61 do Manual da Substituição Tributária, esse tipo de produto para ali ser normatizado, necessário se faz que sejam de ferro, ferro fundido ou aço. No caso em questão, zinco é um material completamente

distinto dos previstos. Portanto, não aceitável a explicação da autuada em sua defesa. Vale salientar, que esse entendimento é válido, também para Ganchos zincados com ou sem buchas, no tópico 3.3.7 da defesa.

Destaca que, no tocante aos demais produtos listados na planilha da autuação, como não foram impugnados pela autuada na sua defesa, entende como aceitação do lançamento da cobrança dos mesmos.

No tocante à infração 02, realça que apesar da veemente defesa da autuada no que tange às situações dos destinatários para quem efetuou as vendas de suas mercadorias, em território baiano, contribuintes isentos da inscrição estadual, com a redução prevista no Dec. 7799/00, o próprio Decreto é claro no que tange ao benefício da redução: as vendas devem ser efetuadas para contribuintes inscritos. O que não foi o caso. Vide notas fiscais e históricos das situações dos destinatários entre as páginas 25 a 345 deste PAF.

Quanto à infração 03, aduz que tem situação análoga à infração 02, só que os contribuintes destinatários das mercadorias, estavam com as suas inscrições baixadas ou canceladas. Mais vez vale lembrar, que para se beneficiar da redução do Decreto 7799/00, as empresas destinatárias em nosso Estado necessitavam estar legalmente inscritas. O que, de fato, não ocorreu. Os documentos acostados pela fiscalização às folhas 348 a 466, mostram as reais situações dos contribuintes recebedores das mercadorias.

Ao tratar do mérito, aduz que: *Em que pese a aceitação por parte deste autuante, de parte das alocações advindas da defesa, o auto em apreço ficou com o seu demonstrativo de débito assim constituído:*

Infração 01

2011 - 54.950,52

2012 - 35.959,11

TOTAL - 90.909,63

Infração 02

2011 - 2.207,41

2012 - 1.772,12

TOTAL - 3.979,53

Infração 03

2011 - 2.594,35

TOTAL - 2.594,35

Ao final, opina pela manutenção parcial da autuação, no valor de R\$97.483,51.

À folha 702, o contribuinte foi intimado do resultado da informação fiscal, tendo recebido os documentos de folhas 692 a 699 e o CD à folha 700, sendo informado sobre o prazo legal para se manifestar.

A folha 704, A INFAZ intima o contribuinte para apresentar cópia da defesa em arquivo magnético, o qual apresenta à fl. 707. Sendo o PAF encaminhado para o CONSEF para julgamento.

Na sessão de julgamento da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, fl. 712, o PAF foi convertido em diligência para que fossem adotadas as seguintes providências:

1 - Para o autuante acostar aos autos novo CD com todos os levantamentos por operação e Demonstrativo de Débito totalizado mensalmente devidamente revisados, que embasou a conclusão da informação fiscal, a qual opinou pela procedência parcial da infração 01;

2 - Fazer a entrega ao contribuinte autuado, mediante recibo, de cópias, dos documentos abaixo: pedido de diligência; da informação fiscal, fls. 692 a 699 e os novos levantamentos e Demonstrativo de débito revisado e totalizado mensalmente acostados aos autos;

3- Intimar o contribuinte autuado, mediante recibo, sobre o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, observando às determinações contida no Art. 8º, § 3º, do RPAF em vigor.

Atendendo a diligência solicitada, auditor estranho ao fato, por aposentadoria de auditor

autuante, apresenta informação fiscal, fls. 718 e 719, informa que em cumprimento ao disposto no pedido de Diligência às fls. 712 deste processo, acosta aos autos novo CD com todos os levantamentos por operação e Demonstrativo de Débito totalizado mensalmente, que embasou a conclusão da informação fiscal às fls. 692 a 700, referentes ao exercício de 2012 da infração 01.

Informa, também, que não foi possível adotar o mesmo procedimento em relação ao exercício de 2011 da infração 01, tendo em vista que o Auditor Fiscal autuante, que se encontra aposentado, não localizou tais arquivos em seus computadores e/ou equipamentos de gravações externas, impossibilitando o atendimento integral da presente diligência.

Apresenta um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, referente à infração 01, devidamente revisado e totalizado mensalmente.

QUADRO RESUMO COMPARATIVO

Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo Inicial R\$	Base de Cálculo Retificada R\$	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico Inicial R\$	Valor Histórico Retificado R\$
31/01/2011	09/02/2011	55.679,12	0,00	17,00	60,00	9.465,45	
28/02/2011	09/03/2011	51.119,65	0,00	17,00	60,00	8.690,34	
31/03/2011	09/04/2011	53.817,35	0,00	17,00	60,00	9.148,95	
30/04/2011	09/05/2011	51.988,47	0,00	17,00	60,00	8.838,04	
31/05/2011	09/06/2011	51.601,18	0,00	17,00	60,00	8.772,20	
30/06/2011	09/07/2011	47.783,18	0,00	17,00	60,00	8.123,14	
31/07/2011	09/08/2011	69.004,12	0,00	17,00	60,00	11.730,70	
31/08/2011	09/09/2011	61.475,18	0,00	17,00	60,00	10.450,78	
30/09/2011	09/10/2011	60.050,06	0,00	17,00	60,00	10.208,51	
31/10/2011	09/11/2011	78.213,41	0,00	17,00	60,00	13.296,28	
30/11/2011	09/12/2011	85.041,82	0,00	17,00	60,00	14.457,11	
31/12/2011	09/01/2012	66.007,76	0,00	17,00	60,00	11.221,32	
31/01/2012	09/02/2012	59.126,06	22.394,24	17,00	60,00	10.051,43	3.807,02
29/02/2012	09/03/2012	50.081,65	16.845,65	17,00	60,00	8.513,88	2.863,76
31/03/2012	09/04/2012	57.325,29	18.788,59	17,00	60,00	9.745,30	3.194,06
30/04/2012	09/05/2012	43.548,12	12.994,29	17,00	60,00	7.403,18	2.209,03
31/05/2012	09/06/2012	53.873,59	20.742,00	17,00	60,00	9.158,51	3.526,14
30/06/2012	09/07/2012	46.224,88	14.785,41	17,00	60,00	7.858,23	2.513,52
31/07/2012	09/08/2012	59.369,35	21.030,88	17,00	60,00	10.092,79	3.575,25
31/08/2012	09/09/2012	52.780,82	15.508,24	17,00	60,00	8.972,74	2.636,40
30/09/2012	09/10/2012	57.897,53	16.182,53	17,00	60,00	9.842,58	2.751,03
31/10/2012	09/11/2012	71.900,29	13.971,12	17,00	60,00	12.223,05	2.375,09
30/11/2012	09/12/2012	70.697,35	17.804,00	17,00	60,00	12.018,55	3.026,68
31/12/2012	09/01/2013	61.934,65	20.477,18	17,00	60,00	10.528,89	3.481,12
Total Geral						240.811,95	35.959,10

Foi dada ciência ao autuado que se manifesta, fls. 727e 728, realçando que na documentação que lhe foi entregue com a intimação, não se fizeram presentes as informações fiscais que estariam acostadas às fls. 692/700 dos autos, mas apenas os documentos cujas cópias seguem anexas, acompanhados de uma mídia digital (CD). Tal fato se mostra como verdadeiro óbice ao exercício da ampla defesa e contraditório, uma vez que, desconhecendo os fundamentos de que se valeu o Agente Fiscal para manter, ainda que parcialmente, a infração 01, impossível rebatê-los.

Por tal razão, pugna a autuada pela renovação da intimação ora respondida, para que se faça acompanhar das informações fiscais ditas acostadas às fls. 692/700, possibilitando, assim, o pleno exercício dos direitos ao contraditório e ampla defesa da Autuada.

Ademais, diversamente do previsto no §3, do Art. 8 do Decreto 7.629/99 - RPAF, o documento contendo os novos levantamentos, com mais de 200 páginas, não foram disponibilizados em formato texto ou tabela, mas em um arquivo PDF não editável, o que impossibilita a validação dos cálculos do Agente.

Por fim, requer que, caso se sagre definitiva a impossibilidade de se revisar os demonstrativos de débito da infração 01 referente ao ano de 2011, para que o montante da dívida seja recalculado de acordo com a retificação feita pelo Agente Fiscal, a autuante pugna, desde já, para que seja extirpada a totalidade da suposta dívida referente àquele período, vez que não pode ela ser prejudicada pelo desaparecimento dos arquivos eletrônicos dos computadores da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo impugnou todas as imputações.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no Na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de proceder o recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado alegou que parte dos produtos possui a saída interna alcançada pela isenção, por isso não tiveram o imposto recolhido, citando os Convênios ICMS nº 126/10 e ICMS nº 100/97 e outros por estarem alcançados pela substituição tributária.

Entendo que o argumento defensivo relativo ao Convênio ICMS nº 126/10, deve ser acolhido, uma vez que o citado convênio **concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas e outros que especifica** e o inciso I do art. 24 do RICMS/97, estabelece que:

Art. 24. São isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos:

I - as saídas dos produtos indicados no Conv. ICMS 126/10;

Portanto, não resta dúvida que o referido convênio foi recepcionado pelo art. 24 do RICMS/BA 1997 e pelo art. 264, inciso XLIX do RICMS/BA 2012, razão pela qual acato o resultado de revisão fiscal, elaborada pelo próprio autuante, excluindo os referidos produtos.

Igualmente, acolho o argumento defensivo em relação aos produtos constante do Convênios ICMS nº 100/97, que trata da redução da **base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica, e dá outras providências**, o qual foi recepcionado recepcionada pelo RICMS/BA 1997 (Decreto 6.284/97) em seu art. 20 e também pelo RICMS/BA 2012 (Decreto nº 13.780/12) em seu art. 264, inciso XVIII, *in verbis*:

RICMS/BA 1997

Art. 20. Até 31/12/12, são isentas do ICMS as operações internas com os seguintes insumos agropecuários (Conv. ICMS 100/97):

RICMS/BA 2012

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

...

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LIII e LIV do caput do art. 268 deste Decreto, observadas as seguintes disposições:

Logo, não resta dúvida que o referido convênio foi recepcionado pelo art. 24 do RICMS/BA 1997 e pelo art. 264, inciso XLIX do RICMS/BA 2012, os quais concederam isenção, razão pela qual acato o resultado de revisão fiscal, elaborada pelo próprio autuante, excluindo os referidos produtos.

Quanto aos demais produtos apontados pela defesa, Correntes zincadas para cães; Enforcador para cães; Escovas; Filmes para estufa e Gancho de rede zincado, não cabe acolhimento ao argumento defensivo, pelas razões abaixo:

Correntes zincadas para cães e Enforcadores para cães - São zincadas pois foram produzidas com zinco e não com ferro, ferro fundido ou aço, como preveem os itens 24.58 e 24.59, do anexo da Substituição Tributária vigente no Estado da Bahia. Ficam mantidos na autuação.

Escovas – como bem destacado na informação fiscal, as escovas que estão sujeitas ao regime da substituição tributária previstas no item 25.41 (*Vassouras e escovas, constituídas por pequenos ramos ou outras matérias vegetais reunidas em feixes, com ou sem cabo*) do Manual, para esse fim definido, são aquelas fabricadas em pequenos ramos ou matérias vegetais, reunidas em feixes, com ou sem cabo, sendo de matérias vegetais, não em matérias têxteis como o plástico, exemplificando. Assim, entendo não poder concordar com a assertiva da defesa. Fica mantido na autuação.

Filmes para estufas – Conforme destacado pelo autuante são filmes para estufas e não lonas como afirma a autuada, pois se fosse lona, seria para escurecer completamente o interior das estufas, não se podendo plantar. Fica mantido na autuação.

Gancho de rede zincado – Segundo o que dispõe o item 24.61 do Manual da Substituição Tributária, esse tipo de produto para ali ser normatizado, necessário se faz que sejam de ferro, ferro fundido ou aço. No caso em questão, zinco é um material completamente distinto dos previstos. Portanto, não aceitável a explicação da autuada em sua defesa. Vale salientar, que esse entendimento é válido, também para Ganchos zincados com ou sem buchas, no tópico 3.3.7 da defesa. Fica mantido na autuação.

Não acolho o pedido da defesa para que o contribuinte seja intimado novamente, uma vez que à 702 dos autos, consta recibo firmado pelo autuado, na pessoa de seu Procurador Sr. ITAMAR PINHEIRO DE SOUZA, onde comprovar que recebeu cópia da informação fiscal de folhas 692 a 699 e mídia à folha 700. Ressalto que o instrumento de Procuração foi acostado à folha 471 dos autos.

Devo ressaltar que os demais produtos listados na planilha da autuação não foram impugnados pela defesa, razão pela qual ficam mantidos na autuação. Assim, pelas razões acima expostas, acolho integralmente o resultado da revisão fiscal elaborado pelo autuante. Ademais, o autuado recebeu cópia da informação fiscal e do novo levantamento, sendo legalmente intimado para se manifestar, entretanto, apenas solicitou que fosse novamente intimado, solicitação que não foi acolhida, conforme parágrafo anterior desse voto. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”.

Em relação ao pedido da defesa para que o montante da dívida seja recalculado de acordo com a retificação feita pelo Agente Fiscal, para que seja extirpada a totalidade da suposta dívida referente àquele período, ano de 2011, vez que não pode o autuado ser prejudicada pelo desaparecimento dos arquivos eletrônicos dos computadores da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, entendo que não resta outra alternativa a não ser acatar, considerando o que foi informado por fiscal estranho ao feito:

Informamos, também, que não foi possível adotar o mesmo procedimento em relação ao exercício de 2011 da infração 01, tendo em vista que o Auditor Fiscal autuante, que encontra-se aposentado, não localizou tais arquivos em seus computadores e/ou equipamentos de gravações externas, impossibilitando, assim o atendimento integral da presente diligência.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$35.959,10, conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31/01/2011	0,00
28/02/2011	0,00
31/03/2011	0,00
30/04/2011	0,00
31/05/2011	0,00
30/06/2011	0,00
31/07/2011	0,00
31/08/2011	0,00
30/09/2011	0,00
31/10/2011	0,00
30/11/2011	0,00
31/12/2011	0,00
31/01/2012	3.807,02
29/02/2012	2.863,76
31/03/2012	3.194,06
30/04/2012	2.209,03
31/05/2012	3.526,14
30/06/2012	2.513,52
31/07/2012	3.575,25
31/08/2012	2.636,40
30/09/2012	2.751,03
31/10/2012	2.375,09
30/11/2012	3.026,68
31/12/2012	3.481,12
Total Geral	35.959,10

Nas infrações 02 e 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, conforme Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00, sendo que na infração 02 decorre das vendas efetuadas para não contribuintes nos exercícios de 2011 e 2012, enquanto na infração 03 nas vendas realizadas para contribuintes desabilitados no exercício de 2011.

Observo que o Decreto Nº 7.799 de 09 de maio de 2000, em seu artigo 1º, com a redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, estabelece que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o citado Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, conforme inciso I, do artigo acima citado, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita

bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Portanto, o benefício fiscal é condicionado que o contribuinte atenda, além da assinatura do Termo de Acordo, algumas exigências, entre elas que as vendas sejam para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia e que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, ao percentual de faturamento de 65%.

Assim, no mês em que não se atinja o percentual de 65%, no mínimo, do faturamento do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, o benefício fiscal não poderá ser utilizado. Tal fato, não tem nenhuma relação, como pretende a defesa, com a denúncia do Termo de Acordo. No caso em tela, não houve denúncia ao Termo de Acordo, tal matéria não se encontra em lide. O sujeito passivo continuou usufruindo do benefício fiscal nos meses em que atendeu as condições nele previstas.

Por sua vez, prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Saliento que às folhas 488 a 879, constam relatórios do Sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ/BA, comprovando que o autuante realizou consultas ao sistema antes da lavratura do Auto de Infração, tendo comprovado que nos nºs das inscrições consignadas nas notas fiscais, emitidas pelo contribuinte autuado, não encontram-se no cadastro de contribuinte, constando com resultado da pesquisa: “*NENHUM CONTRIBUINTE FOI ENCONTRADO.*”

Logo, o contribuinte autuado estava obrigado, por determinação legal expressa, a verificar a situação cadastral dos seus clientes, pois a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 é condicionada a que, dentre outras exigências, as operações de saídas sejam destinadas a “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”.

Especificamente em relação à infração 02, observo que a fiscalização, para comprovar sua imputação de “*vendas efetuadas para não contribuintes nos exercícios de 2011 e 2012*”, acostou aos autos o Levantamento Fiscal, por páginas, seguido das cópias das notas fiscais e dos Extratos da consultas INC – Informações do Contribuinte – Históricos de Situação, folhas 24 a 190 dos autos, demonstrando que os referidos contribuintes estavam com suas inscrições Baixadas, antes dos fatos geradores da autuação, conforme comprovam Extratos da consultas INC às folhas 33, 35, 37, 40, 42, 44, 47 e 49, para os contribuintes consignados nas notas fiscais constantes da primeira folha do levantamentos fiscal, fl.25, estando as cópias das notas às folhas 26 a 32, 34, 36, 38, 39, 41, 43, 45, 46, 48. Tendo a fiscalização adotado o mesmo procedimento para todas as folhas do Levantamento Fiscal.

Diante das fartas provas acostadas aos autos pela fiscalização, a alegação defensiva de que seriam *produtores rurais, microempresas, empresas de pequeno porte e até vendedores ambulantes, todos eles possuindo Inscrição Estadual nesse Estado*, não se sustenta. Assim, em meu entendimento, restou comprovada à infração 02.

Especificamente em relação à infração 03, a defesa alega que as Notas Fiscais foram emitidas em momento anterior à data que os contribuintes se tornaram não habilitados, argumento que também não se sustenta ante as fartas provas acostadas aos autos pela fiscalização, fls. 191 a 466, onde o autuante adotou o mesmo procedimento, qual seja, acostou às folhas 191 e 347 os Demonstrativos relativos aos exercícios de 2012 e 2011, respectivamente. Apenas a título de

exemplo, após o Demonstrativo de 2011 a fiscalização acostou a primeira página, fl.348, onde constam as seguintes situações para os Destinatários: Cancelado – Proc. Baixa Regular, relativo a Nota Fiscal nº 36345; Cancelado – Proc. Baixa Indeferido relativo a Nota Fiscal nº 37394 e Cancelado para todas as demais notas fiscais, conforme os respectivos Extratos da consulta INC – Informações do Contribuinte – Históricos de Situação, folhas 350, 352, 354, 357, 359, 360, 361, 364, 366, 368, 371, 373, 375. Assim, em meu entendimento, restou comprovada à infração 03.

Portanto, a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA, entendendo que a infração restou caracterizada.

Logo, as infrações 02 e 03 restaram caracterizadas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	35.959,10
2	PROCEDENTE	3.979,56
3	PROCEDENTE	2.594,36
TOTAL		42.533,02

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 **088502.0001/15-0**, lavrado contra **BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.533,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, 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, 19 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR