

A. I. Nº - 210319.0005/20-5
AUTUADO - M. SOARES DE ANDRADE - (CEREALISTA SOARES)
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
INFAZ - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Fatos comprovados. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Autuado realizou saídas de mercadorias a outros não inscritos no cadastro de contribuinte, com intuito comercial, sem a devida retenção do imposto. Acusação comprovada. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. O autuado não atendeu à intimação para apresentação dos livros fiscais. Item subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2020, refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 99.900,30, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 66.293,13.

Infração 02 - 07.04.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$ 33.147,17.

Infração 03 – Deixou de apresentar Livros Fiscais quando regularmente intimado. Trata-se de Livro Caixa, Livro Registro de Entrada, Saída, sendo aplicada a multa Fixa de R\$ 460,00, prevista no artigo 42, inciso XX, da lei 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos as seguintes informações: *“Este procedimento de auditoria fiscal / contábil referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2019 decorreu de operação policial denominada OPERAÇÃO PIRILAMPO / OPERAÇÃO SEM FRONTEIRA capitaneada pelo Grupo de Apoio Especial ao Cobate de Sonegação Fiscal, aos crimes Contra a Ordem tributária, a Ordem Econômica e as Relações de Consumo (GAESF) do Ministério Público (MP) e SECRETARIA DA FAZENDA / Superintendência de Administração Tributária (SAT) Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP).”*

Por determinação da VARA CRIMINAL DA COMARCA DE TUCANO/BA, MM Juíza de Direito Dra. GEYSA ROCHA MENEZES, em decisão datado de 23 de abril de 2020 (doc. anexo), o Ministério Público foi autorizado o compartilhamento de todas as provas colhidas nas MEDIDAS CAUTELARES de nº 0000380 - 74.2018.805.0261; 0000381-59.2018.805.0261; 0000365-19.2019.805.0261 e 0000107-61.2019.805.0261 com a Procuradoria Geral do Estado e a SEFAZ do Estado da Bahia objetivando eventual responsabilização tributária dos investigados e empresas envolvidas.”.

O autuado apresenta impugnação, fls. 148 a 150, e inicialmente transcreve o teor das infrações. Em seguida pede a sua nulidade asseverando que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS são passíveis de insegurança jurídica.

Entende que os roteiros necessários para levantamento do crédito tributário e identificação dos

adquirentes seria condição necessária para a aplicação da substituição tributária do ICMS, assim a robustez necessária da prova não foi atendida, dando margem para a nulidade do auto de infração, conforme Súmula nº 05 do CONSEF, cujo teor transcreveu.

No mérito, em relação à infração 01 diz concordar em parte com o valor apurado, porém, entende que deveria ser aplicada a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000.

Acrescenta que o mesmo autoriza a aplicar a redução prevista no art. 1. Sobre mercadorias tributadas com alíquota de 18% para 10,59, como também bebidas alcoólicas, ou seja, como a alíquota é de 25%, aplicando uma redução de 41.176% perfaz uma alíquota de 14,71%.

Assevera que o fiscal, de forma equivocada, não constatou que se trata de contribuinte atacadista e, segundo o princípio da isonomia, pode usufruir da redução da base de cálculo como qualquer atacadista, pois o referido princípio prescreve que não poderá haver instituição e cobrança de tributos de forma desigual entre contribuintes que se encontram em condições de igualdade jurídica, e ressalta que o princípio da isonomia encontra-se previsto na Carta Magna, no seu art. 150, II, cujo teor transcreve.

Na infração 02 diz que foi tomado como referência as vendas realizadas através de NFCes e foi presumido que todas operações foram destinadas a contribuintes não inscritos em volume que caracterizam intuito comercial, porém endente que alta objetividade na legislação para indicar qual seria a quantidade de volume que tornaria obrigatório a efetuar a cobrança de ICMS dos adquirentes.

Acrescenta que as quantidades demonstradas nas planilhas são na sua maioria esmagadora oscilando entre 05 a 12 sacos ou fardos e ao entender de maneira indiscriminada que esses montantes caracterizam a obrigação de fazer a substituição tributária deixa o contribuinte em situação delicada para tomada de decisões pois todos tem conhecimento o quanto o açúcar deixam margens ínfimas no dia a dia das operações comerciais e aplicar essa sobrecarga de maneira unilateral é desproporcional e desarrazoada.

Pede a nulidade total da infração, pelos motivos expostos.

Quanto à infração 03, diz que de maneira estranha o que foi alegado foi que o computador que se encontrava o banco de dados na empresa, foram apreendidos e que com relação as competências de novembro e dezembro de 2019 não puderam gerar os SPEDs e ICMS (livros fiscais e que os demais períodos já haviam sido apresentados à SEFAZ. Informa estar anexando cópia do Termo de apreensão.

Finaliza pedindo a nulidade total do Auto de Infração.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 160 a 163, inicialmente informando que o contribuinte foi intimado via DT-e nas seguintes oporta teors:

Código Mensagem:156610. Ciência em 15/04/2020. Planilhas de Cálculo;

Código Mensagem:160092. Ciência em 20/05/2020. Livros e documentos Fiscal/Contábil;

Código Mensagem:160093. Ciência em 20/05/2020. Sped/Fiscal e Contábil;

Código Mensagem:164280. Ciência em 30/06/2020. Termo de Prorrogação de Fiscalização.

Diz que a defesa alega que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS levantados pelo ilustre auditor, são passíveis de insegurança jurídica;

Tal argumento não procede, a base de cálculo, objeto da autuação, está perfeitamente identificada nas planilhas abaixo relacionadas (anexo aos autos às fls. 14 a 55 em CD-ROM formato editável), onde é possível identificar as notas fiscais que compõem este auto de infração, conforme indica:

- Relatório Retenção do ICMS Operações de Saídas Para Contribuinte Não Inscrito 2019;
- Relatório Operação Tributada Como Não Tributada 2019.

Em seguida diz que a defesa alega que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS são passíveis de insegurança jurídica. Entretanto, destaca que o auto de infração não enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, tendo o sujeito passivo, regularmente intimado e cientificado da autuação, exercido plenamente seu direito ao

contraditório e à ampla defesa, inclusive adentrando no mérito, numa prova cabal de que a acusação fiscal foi perfeitamente entendida pelo autuado, visto que as infrações foram devidamente tipificadas e documentadas, sendo os seus demonstrativos claros e inteligíveis.

Quanto a alegação de a identificação dos adquirentes seria necessária para, desta maneira, aplicar ou não entendimento da substituição do ICMS em operações de vendas sem retenção do imposto e que também existe uma subjetividade na legislação para indicar qual seria a quantidade de volumes que tornaria obrigado a efetuar a retenção do ICMS esclarece que defesa refere-se à infração de nº 02 – código 07.04.03, no valor de R\$ 33.147,17.

Neste caso, preliminarmente esclarece que a caracterização como contribuinte do ICMS (artigo 4º da LC nº 87/96) não é essencialmente fornecida pelo fato do contribuinte ter ou não inscrição estadual, pois que, segundo o art. 5º da Lei nº 7.014/96 (ICMS do Estado da Bahia), “*Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*”. (Grifo nosso).

Nesta linha, o ponto chave da questão que envolve a autuação está no procedimento feito pelo contribuinte de promover saída de mercadorias, em volume que caracteriza intuito comercial acobertadas por notas fiscais de venda emitidas por cupom fiscal sem, portanto, promover a obrigação de retenção e recolhimento do ICMS, devido por substituição tributária conforme determina a legislação. (Inciso I, Art. 8º da Lei nº 7.014/1996).

Consoante planilha anexa aos autos e em CD-ROM, o autuado promoveu vendas por Cupom Fiscal de mercadorias (açúcar) em quantidade caracteriza intuito comercial, pois que, dos 687 cupons fiscais emitidos, 595 foram de açúcar em fardos e restante de açúcar em sacos, constatando prova inequívoca de que as vendas tinham como destino à comercialização.

Ora, a fiscalização para exigência da substituição tributária, no presente caso, refere-se às saídas para revenda, presunção esta aplicável àquelas que adquirem volumes que possam denotar o intuito de revenda, o que é o caso objeto desta lide, e como presunção, cabe ao autuado desconstituí-la, trazendo aos autos elementos de provas de que, de fato, as saídas se deram para consumo.

Nesse sentido, ao não comprovar fato controverso com elemento probatório pela defesa, configura-se a presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, legitimando a autuação em sua totalidade. Assim, não acata os argumentos deste item.

Quanto a citação relacionada a súmula 05 do CONSEF, onde relata que na impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento, assevera que a alegação defensiva não se atenta aos demonstrativos produzidos e anexados aos autos. Entende que em momento algum a autuação deu-se por arbitramento da base de cálculo, pois que, a mesma está perfeitamente identificada nas notas/cupons emitidos pelo autuado.

Assim, como a defesa alega que inexistente motivo para arbitramento, corrobora com a metodologia aplicada, atestando concordância tácita ao auto de infração.

Alega a defesa que concorda com a ausência de tributação nas saídas promovidas na infração 01, constante no “Relatório Operação Tributada Como Não Tributada 2019” porém relata que a autuação deveria ter considerado a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000 por princípio de isonomia tributária.

Tal argumento não procede, visto o benefício fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, no artigo 7º do referido decreto, expõe:

*Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à **celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.** (Grifo nosso).*

Ademais, segundo o CTN - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Em seguida diz que o autuado, no período fiscalizado, não firmou termo de acordo atacadista (Decreto nº 7.799/00) para usufruir do benefício fiscal nele previsto.

Quanto a alegação de que fora penalizado por não apresentar Livros Fiscais, ressaltando a motivação de que os mesmos, bem como os arquivos da empresa foram apreendidos na operação policial indicada no corpo do auto de infração, frisa que este tópico, a defesa refere-se a infração de nº 03 – código 16.04.01, no valor de R\$ 460,00.

Entende que não procede a alegação defensiva, pois que o contribuinte em nenhum momento, tendo diversas oportunidades listadas no rol de intimações efetuadas não apresentou qualquer documento que confirme a apreensão de tais livros, arquivos ou equipamentos de dados.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Umberto Falconery Rios Júnior, OAB/BA nº 41.136, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O defendente requereu a nulidade total do presente Auto de Infração, alegando que os métodos aplicados para identificar a base de cálculo do ICMS levantados pelo Autuante são passíveis de insegurança jurídica. Disse que os roteiros normais de fiscalização não foram atingidos em sua plenitude, e com base na Súmula CONSEF 05 ICMS, requereu a nulidade total do presente auto de infração.

Tal argumento não pode ser acatado, pois como bem pontuou o autuante a súmula 05 do CONSEF, relata que não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo.

No caso presente, constato que as infrações 01 e 02 foram efetuadas através de levantamentos fiscais baseados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio contribuinte, fls. 04 a 20, sendo detectado falta de pagamento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis (infração 01), e falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada ao contribuinte, e o imposto lançado, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa. O fato descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado por meio do levantamento fiscal (fls. 04 a 20 do PAF), e o valor da base de cálculo foi apurado de forma compreensível.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o sujeito passivo não nega o cometimento da infração 01. Apenas informa ser atacadista, e solicita a aplicação do princípio da isonomia, no sentido de usufruir a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000.

Tal argumento não pode prosperar, pois como bem esclareceu o autuante ao prestar a informação fiscal, o benefício fiscal é condicionado à celebração de Termo de Acordo específico, conforme previsto no artigo 7º do citado Decreto:

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-

G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso. (grifo nosso).

Dessa forma, como não foi atendido o acima disposto, deve ser aplicada a alíquota normal estabelecida na legislação, como procedeu o autuante. Infração subsistente.

A infração 02 trata da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante, o autuado promoveu saídas através de Cupom Fiscal de mercadorias (açúcar) em quantidade que caracteriza intuito comercial, pois dos 687 cupons fiscais emitidos, 595 foram de açúcar em fardos e os demais de açúcar em sacos, o que caracteriza que as vendas tinham como destino à comercialização.

Neste caso, o defendente é responsável pela retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, já que os mesmos não são inscritos no cadastro desta secretaria como contribuintes do imposto. É o que determina o art. 8º da Lei nº 7.014/96:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

Portanto, como não foram questionados quaisquer erros na elaboração dos cálculos efetuados pela fiscalização, a infração subsiste em sua totalidade.

A infração 03 diz respeito à aplicação da multa fixa de R\$ 460,00, pela falta de entrega de livros fiscais quando regularmente intimado.

O sujeito passivo alega que os citados livros foram apreendidos, porém, como bem esclareceu o autuante, não apresentou qualquer documento comprovando a sua assertiva.

Infração mantida. Concluo pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210319.0005/20-5**, lavrado contra **M SOARES DE ANDRADE M. SOARES DE ANDRADE - (CEREALISTA SOARES)**, devendo ser intimado autuado, para efetuar o recolhimento do imposto de **R\$ 99.440,30**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a”, e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no mesmo diploma legal supra citado, inciso XX, e dos acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR