

A. I. N° - 206951.0014/22-2
AUTUADO - ELSON ATACADISTA DISTRIBUIDOR LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/06/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0092-03/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Imputação efetuada com base em levantamento de conta corrente fiscal. Apurado não cumprimento dos percentuais de receita para usufruir do previsto no Decreto n° 7.799/00. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2022, refere-se à exigência de R\$ 2.841.518,08 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 003.002.004: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2021. Falta de cumprimento do que determina o art. 1º, inciso IV do Decreto n° 7.799/00. As vendas para contribuinte inscrito não atingem o percentual estabelecido no referido Decreto, conforme EFD e demonstrativos anexos.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 87 a 99 do PAF. Inicialmente, requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da defesa, em razão da celeridade processual.

Reproduz a descrição da Infração e afirma que não obstante o louvável esforço despendido na lavratura do auto de infração em apreço, a ação fiscal não merece prosperar, uma vez que:

1. A autoridade fiscal não observou a previsão contida nos §§ 3º e 4º do Decreto 7799/00, para gozo do benefício fiscal de redução de base de cálculo do ICMS.
2. Diante da apresentação da planilha que elaborou (Doc. 04), constata-se que poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, no período fiscalizado, por ter atendido ao requisito legal, relacionado ao mínimo de 50% da sua receita em vendas a pessoas jurídicas (contribuintes do ICMS) e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ equiparadas a contribuintes).

Diz que não procede a exigência fiscal em comento, por isso, essa Junta de Julgamento Fiscal, se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Explica: Em que pese o denodo da autoridade fiscal, sua ação fiscal não merece prosperar por não considerar as operações de saídas destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, fato que a levou a presumir que o autuado não atingiu o percentual de 50% exigido pelo artigo 1º, inciso IV do Decreto 7799/00, para gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS.

Isto porque, assim estabelece o § 3º do mesmo dispositivo legal, *“ipsis litteris”*: “O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 12-A, 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte”.

Alega que vem comprovar com a planilha demonstrativa em anexo (Doc. 04), que os CPF relacionados pelos Autuantes em seu demonstrativo que fundamenta a acusação fiscal, se referem as saídas de mercadorias que se destinaram a centenas de pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS, sendo que tais pessoas jurídicas são equiparadas a contribuintes do referido imposto, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, como prevê o próprio Decreto instituidor do mencionado benefício fiscal.

Ressalta que nos termos do art. 1º, I, do Decreto nº. 7.799/2000, como se trata de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior (exercício de 2020) foi superior a R\$ 45.000.000,00, a redução da base de cálculo deve ser aplicável, o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes, correspondeu, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, ao percentual de faturamento de 50%, regra esta atendida pelo estabelecimento autuado em todos os meses do ano de 2020, razão pela qual não devem ser exigidas as devidas diferenças, em cada uma dessas operações que foram realizadas nessas condições.

Reproduz o § 4º do mesmo dispositivo legal: *“O valor das vendas de que trata o parágrafo anterior deverá ser somado ao das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no caput deste artigo”*.

Diz que se verifica no demonstrativo apresentado pela autoridade fiscal (Doc. 05), que a Fiscalização deixou de incluir o valor das vendas realizadas para pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, considerando o número do CPF, quando lhe caberia buscar a verdade dos fatos, ou seja, verificar se tais pessoas jurídicas eram ou não portadoras de CNPJ, para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total do período de apuração do imposto.

Informa que apresenta planilha demonstrativa (Doc. 04) comprovando que a Fiscalização desconsiderou a condição de pessoa jurídica ao deixar de apurar se os CPFs constantes das notas fiscais se referiam a pessoas jurídicas ou a consumidores finais.

Também informa que apresenta os extratos da situação cadastral dos contribuintes (Doc. 06), a que se refere o levantamento fiscal como pessoas físicas, portadoras de CPF, que apesar da notação “isento”, no campo de inscrição estadual, na realidade, são vendas efetuadas a contribuintes inscritos e ativos no cadastro estadual, o que induz à licitude da redução de base de cálculo.

Com as informações trazidas nas planilhas acima, espera que a Autuante concorde que nelas constam contribuintes na condição de “ambulantes”, e que este erro ocorreu devido a ambulantes que não possuem CNPJ, mas CPF, e para cada um deles foi atribuída inscrição estadual isenta.

A título exemplificativo, alega que no demonstrativo fiscal (Doc. 05), no mês de janeiro, a Autuante informa o total de vendas no montante de R\$ 5.498.007,37, do qual afirma que: R\$ 766.921,19 (14%) seriam vendas para contribuintes de ICMS e R\$ 4.731.086,18 (86%) seriam vendas para não contribuintes de ICMS. Deste modo, sendo o montante de R\$ 5.498.007,37, todas as vendas do mês de janeiro e considerando o percentual de 50% previsto no Decreto 7799/00, a empresa autuada teria de alcançar o valor de R\$ 2.749.003,68, para que pudesse continuar a usufruir de tal benefício.

Alega que, analisando a planilha que elaborou (Doc. 04) para o mês de janeiro, obteve o montante de R\$ 3.335.080,62 de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes, não prevalecendo a acusação fiscal.

Quanto ao mês de fevereiro, a autuante informou o total de vendas no montante de R\$ 5.125.780,07, do qual afirma que: R\$ 788.644,45 (15,39%) seriam vendas para contribuintes de ICMS e R\$ 4.337.135,62 (84,61%) seriam vendas para não contribuintes de ICMS. Deste modo, sendo o montante de R\$ 5.125.780,07, todas as vendas do mês de fevereiro e considerando o percentual de 50% previsto no Decreto 7799/00, a empresa autuada teria de alcançar o valor de R\$ 2.562.890,03, para que pudesse continuar a usufruir de tal benefício. Informa que, analisando a planilha que elaborou (Doc. 04), para o mês de fevereiro, obteve o montante de R\$ 2.637.477,34 de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes.

Quanto ao mês de março, a autuante informou o total de vendas no montante de R\$ 5.409.323,75, do qual afirma que: R\$ 708.819,15 (13,10%) seriam vendas para contribuintes de ICMS e R\$ 4.700.504,60 (86,90%) seriam vendas para não contribuintes de ICMS. Deste modo, sendo o montante de R\$ 5.409.323,75, todas as vendas do mês de março e considerando o percentual de 50% previsto no Decreto 7799/00, a empresa autuada teria de alcançar o valor de R\$ 2.704.661,87, para que pudesse continuar a usufruir de tal benefício. Ocorre que, analisando a planilha que elaborou (Doc. 04), para o mês de março, obteve o montante de R\$ 2.932.871,64 de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes.

Quanto ao mês de abril, a autuante informou o total de vendas no montante de R\$ 5.955.924,51, do qual afirma que: R\$ 862.319,19 (14,48%) seriam vendas para contribuintes de ICMS e R\$ 5.093.605,32 (85,52%) seriam vendas para não contribuintes de ICMS. Deste modo, sendo o montante de R\$ 5.955.924,51, todas as vendas do mês de abril e considerando o percentual de 50% previsto no Decreto 7799/00, a empresa autuada teria de alcançar o valor de R\$ 2.977.962,25, para que pudesse continuar a usufruir de tal benefício. Ocorre que, analisando a planilha elaborou (Doc. 04), para o mês de abril, obteve o montante de R\$ 3.552.168,80 de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes.

Informa, ainda, que a planilha apresentada (Doc. 04), possui os seguintes dados: CNPJ, razão social, número da nota fiscal, chave da nota fiscal e valor da nota fiscal, para a fácil elucidação e posterior confirmação de que faz jus ao benefício fiscal instituído no Decreto 7799/00, uma vez que observou e ultrapassou, em todos os meses, ao percentual de 50% de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes, garantindo assim, o tratamento tributário previsto no Decreto supracitado.

Diante da análise da planilha apresentada (Doc. 04), afirma que poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, no período fiscalizado, por ter atendido ao requisito legal, relacionado ao mínimo de 50% da sua receita em vendas a pessoas jurídicas.

Registra que o princípio basilar do processo administrativo fiscal é o da verdade material, que não pode ser mitigado em favor do Fisco, tão pouco em favor do contribuinte ou autuante, desse modo, cabia a autoridade fiscal buscar a verdade material junto ao próprio *site* da SEFAZ/BA, no campo de Inspeção Eletrônica – Cadastro - Resumo Cadastral – DIE, para identificar que os varejistas que adquiriram mercadorias do Autuado não são consumidores final, mas sim contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes.

Nesse sentido, traz à baila, excertos dos ACÓRDÃOS CJF Nº 0263-11/20-VD, CJF Nº 0063-12/20, CJF Nº 0321-11/05, CJF Nº 0231-11/21-VD, JJF Nº 0159-01/16 que atestam a regularidade do procedimento do Autuado, bem como decisões correlatas:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0263-11/20-VD EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO NA BASE DE

CÁLCULO; a) SAÍDAS PARA CONTRIBUENTES NÃO INSCRITOS. Infração parcialmente elidida;

O autuado, na peça de defesa traz um trabalho, por amostragem, com a finalidade de demonstrar que, apesar da notação “isento”, no campo de inscrição estadual, na realidade, são vendas efetuadas a contribuintes inscritos e ativos no cadastro estadual, o que induz à licitude da redução de base de cálculo. Não obstante as informações trazidas nas planilhas acima, o autuante concorda que nelas constam contribuintes na condição de “ambulantes”, e que este erro ocorreu devido a ambulantes que não possuem CNPJ, mas CPF, e para cada um deles foi atribuída inscrição estadual isenta, quando o campo próprio deveria ter sido preenchido com a inscrição cadastral do ambulante. Em decorrência deste fato, o autuante refez as planilhas originárias, o que reduziu o valor da infração, consoante, demonstrativo sintético de fls. 1060, e analítico de fls. 1061 a 1119, dos quais o contribuinte foi cientificado. Concordo com as correções efetuadas pelo autuante, e a infração procede em parte nos valores abaixo, reproduzidos do demonstrativo de fl. 1060, com ICMS no total de R\$ 27.075,40.”

Exigência subsistente em parte, após a exclusão das operações de circulação de mercadorias destinadas a ambulantes, os quais se enquadram na condição de contribuintes do ICMS. Infração parcialmente caracterizada.

Diz seria possível e necessária a busca da verdade material, em providências da autuante que consubstanciassem a instrução do processo administrativo fiscal. Assim, a imputação de infração em apreço fere o princípio da verdade material, uma vez que a autoridade fiscal desconsidera as pessoas jurídicas para considerá-las como consumidores final.

Acrescenta que a CF/88 e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. Nesse sentido, a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo fiscal devem observar, entre outros, princípios como o da verdade material, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA).

Nesse sentido, afirma que é indispensável à demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Isto porque o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Frisa que o Decreto nº 7.629/99, prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, razão porque os julgadores devem perquirir a verdade fática, abstraindo a versão unilateral da autoridade fiscal, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa, sendo que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração.

Também destaca que o agente público exerce uma atividade vinculada, portanto, fica obrigado a agir de acordo com o que determina a legislação que trata da matéria, não cabendo qualquer margem de discricionariedade quanto ao modo de apreciação dos fatos apurados.

A inobservância dessa vinculação corre o risco de violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreve.

Menciona que a função administrativa tributária deve ser exercida pela autoridade fiscal em obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Portanto a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Sobre o tema, reproduz ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Ressalta que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos. Apresenta o entendimento do CONSEF nesse sentido, por meio dos ACÓRDÃOS JJF Nº 0150-05/16, JJF Nº 0117-04/14, CJF Nº 0013-11/15, transcrevendo as ementas.

Por derradeiro, requer a designação de diligência Fiscal *in loco*, conforme preconizado no artigo 145 do RPAF, com o intuito de verificar o *quantum* alegado, para que sejam consideradas todas as vendas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes, garantindo assim, o tratamento tributário previsto no Decreto 7799/00, e se assim não entender, requerer o prazo de 6 (seis) meses, para a produção da planilha demonstrativa, relativa aos meses de maio a dezembro de 2020, uma vez que tal apuração, requer a contabilização de todas as notas fiscais e sua devida correlação com contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, requer seja decretada a nulidade do auto de infração em apreço, e se assim não entender a improcedência da ação fiscal em tela.

Também requer, desde já, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente defesa, em razão da celeridade processual.

Às fls. 109 a 112 o Defendente apresenta petição requerendo a juntada das planilhas que elaborou, esperando que a Autuante concorde que nessas planilhas constam contribuintes na condição de “ambulantes”, e que este erro correu devido a ambulantes que possuem CNPJ, e para cada um deles foi atribuída inscrição estadual isenta.

Diante da apresentação das planilhas elaboradas, afirma que se constata que poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS no período fiscalizado, por ter atendido ao requisito legal, relacionado ao mínimo de 50% da sua receita em vendas a pessoas jurídicas (contribuintes do ICMS) e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ equiparadas a contribuintes).

A título exemplificativo, observa que no demonstrativo fiscal (Doc. 05 – já anexado à defesa), no mês de agosto a Autuante informou o total de vendas no montante de R\$ 6.206.745,71, do qual afirma que: R\$ 834.162,60 (13,44%) seriam vendas para contribuintes de ICMS e R\$ 5.372.588,11 (86,56%) seriam vendas para não contribuintes de ICMS. Deste modo, sendo o montante de R\$ 6.206.745,71 todas as vendas do mês de agosto e considerando o percentual de 50% previsto no Decreto 7799/00, a empresa autuada teria que alcançar o valor de R\$ 3.103.372,86 para que pudesse continuar a usufruir de tal benefício.

Analisando a planilha elaborada pela empresa para o referido mês, obteve o montante de R\$ 3.515.656,33 de saídas destinadas a contribuintes do ICMS e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ) equiparadas a contribuintes, não prevalecendo a acusação fiscal.

Também faz a mesma análise em relação aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro, concluindo que, diante da análise das planilhas que apresentou, poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS no período fiscalizado, por ter atendido ao requisito legal, relacionado ao mínimo de 50% da sua receita em vendas a pessoas jurídicas.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, requer seja decretada a nulidade do auto de infração em apreço, e se assim não entender a improcedência da ação fiscal em tela.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 125 a 127 dos autos. Diz que a Defesa, cita vários Acórdãos do CONSEF para justificar seus argumentos, inclusive uma decisão de autuação cujo fato gerador foi levantamento quantitativo de estoque. Também anexa diversas mídias contendo relatórios de vendas na tentativa de provar o seu pleito. Documentos de controle interno, sobre os quais a Auditoria não trabalha.

Registra que o Defendente, após transcrever a acusação fiscal, inicia seus argumentos alegando que nos cálculos da proporcionalidade exigida pelo Decreto 7799/2000, para que a empresa faça jus ao benefício da redução da base de cálculo prevista nesse Decreto, foram incluídas vendas a contribuinte isento de Inscrição cadastral, e a pessoa jurídica equiparada a contribuinte.

Ressalta que não existe no RICMS/BA “contribuinte isento de inscrição, e na EFD do Autuado também não consta qualquer informação sobre CPF ou contribuinte isento de inscrição. Explica que o local reservado a essa informação está em branco daí a conclusão de que se trata de consumidor. Mesmo porque, se o “contribuinte Isento de Inscrição”, segundo a defesa, possui CNPJ ou CPF faltou informar no arquivo.

Observa que os cálculos apresentados pela auditoria foram todos feitos com base na EFD do Autuado, o trabalho de auditoria não acrescenta valores, trabalha com valores apresentados na escrita do contribuinte. O grande volume das vendas do Autuado é comercialização de bebidas alcoólicas, cód. de NCM 2204-2208 para os quais o Defendente não está habilitado a utilizar o benefício conforme determina o art. 3º F do retro mencionado Decreto.

Diz que o próprio Defendente, à fl.89, cita o § 3º onde confirma que para a fruição do benefício é condição necessária, que a empresa faça suas vendas a contribuinte inscrito. Assim sendo, não assiste razão ao Autuado, já que na EFD não existe informação a respeito do destinatário das vendas que afirma ter sido praticadas a contribuinte e/ou a este equiparado.

Quanto às listas de venda anexadas na peça defensiva, em mídia, tratam-se de documentos de controle interno ao qual a auditoria não utiliza por ser documentos extrafiscal e não serve como prova, nem como fonte de informação para fins de auditoria. Além do fato de que as NFs ali listadas se referir ao exercício de 2020 o qual não foi objeto de autuação.

Sobre o argumento defensivo de que o limite é de 50% do faturamento das vendas para usufruir do benefício, informa que em nenhum mês do período auditado o contribuinte atingiu esse percentual, como pode ser constatado no cálculo de proporcionalidade anexo ao PAF (em mídia).

Diz que à fl. 90 do PAF, o Defendente volta a se referir a CPFs, os quais não existem nos arquivos de EFD apresentados, apenas afirma que as vendas foram efetuadas para contribuinte, mas não foi comprovado.

À fl. 94, parágrafo terceiro, a defesa alega que seria indispensável a demonstração pelo Fisco do critério adotado e da fonte dos dados utilizada na elaboração do demonstrativo de débito. Sobre essa alegação, afirma que basta observar no cabeçalho dos demonstrativos de fls. 14 a 15, onde se encontra escrito: “LEVANTAMENTO REALIZADO COM BASE NAS NOTAS FISCAIS E NOS ARQUIVOS DE EFD FORNECIDOS PELO CONTRIBUINTE”, e também podem ser confrontados os dados ali existentes com a EFD do Contribuinte. Assim, também o cálculo da proporcionalidade anexo ao PAF (em mídia) teve como fonte a EFD - Registro de saídas, sem subtração nem acréscimo.

Por fim, ressalta que o trabalho foi realizado por determinação da DIREF/SAT, fls. 05 do PAF, onde verificaram que realmente o contribuinte não preenchia os requisitos exigidos pelo Dec. 7799/2000 para usufruir do benefício neste previsto. Tudo conforme Demonstrativo em anexo elaborado com os dados fornecidos pela EFD do Autuado (mídias às fls. 41, 42 e 43 do PAF).

Diante do exposto e de todas as provas que compõem o presente PAF, pede a procedência do presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Jéssica da Silva Cordeiro, OAB-BA Nº 52.763.

VOTO

Na informação Fiscal, a Autuante mencionou a alegação do Defendente de que seria indispensável a demonstração pelo Fisco do critério adotado e da fonte dos dados utilizada na elaboração do demonstrativo de débito. Sobre essa alegação, afirmou que basta observar no cabeçalho dos

demonstrativos de fls. 14/15, onde se encontra escrito: “LEVANTAMENTO REALIZADO COM BASE NAS NOTAS FISCAIS E NOS ARQUIVOS DE EFD FORNECIDOS PELO CONTRIBUINTE”, e também podem ser confrontados os dados ali existentes com a EFD do Contribuinte. Em relação aos cálculos da proporcionalidade, disse que se encontra anexo ao PAF CD-ROM, e como fonte a EFD - Registro de saídas, sem subtração nem acréscimo.

Observo que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pela Autuante, foram fornecidas ao defendente, cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo para a defesa, a infração apurada foi escrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento, ficando rejeitada a preliminar apresentada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pela Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2021. Falta de cumprimento do que determina o art. 1º, inciso IV do Decreto nº 7.799/00. As vendas para contribuinte inscrito não atingem o percentual estabelecido no referido Decreto, conforme EFD e demonstrativos anexos.

Observo que o Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. A utilização do tratamento tributário previsto no referido Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, e dentre as vedações à utilização deste benefício fiscal, encontra-se a operação de saída de mercadoria a consumidor final.

O Defendente alegou que poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, no período fiscalizado, por ter atendido ao requisito legal, relacionado ao mínimo de 50% da sua receita em vendas a pessoas jurídicas (contribuintes do ICMS) e a pessoas jurídicas (portadoras de CNPJ equiparadas a contribuintes).

Disse que a Fiscalização não considerou as operações de saídas destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, fato que a levou a presumir que o autuado não atingiu o percentual de 50% exigido pelo artigo 1º, inciso IV do Decreto 7799/00 (abaixo reproduzido), para gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS.

Decreto 7799/00:

Art. 1º 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 este 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% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

[...]

IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Vale ressaltar que é obrigação do contribuinte, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciar suas atividades. O contribuinte terá que inscrever cada estabelecimento, ainda que filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou qualquer outro (§ 1º do art. 2º do RICMS-BA/2012). O estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS será considerado clandestino, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral (§ 1º do art. 2º). Portanto, é considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação.

Trata-se de uma obrigação acessória dos adquirentes de mercadorias, e também, obrigação acessória do fornecedor exigir a comprovação da regularidade dessa inscrição do outro contribuinte, nas operações que com ele realizar.

O Defendente afirmou que os CPFs relacionados pela Autuante em seu demonstrativo que fundamenta a acusação fiscal, se referem a saídas de mercadorias que se destinaram a centenas de pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS, sendo que tais pessoas jurídicas são equiparadas a contribuintes do ICMS, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, como prevê o próprio Decreto instituidor do referido benefício fiscal.

Disse que os contribuintes a que se referem a Autuante como pessoas físicas, portadoras de CPF, que apesar da notação “isento”, no campo de inscrição estadual, na realidade, são vendas efetuadas a contribuintes inscritos e ativos no cadastro estadual, o que induz à litude da redução de base de cálculo.

Informou que as planilhas constam contribuintes na condição de “ambulantes”, e que este erro ocorreu devido a ambulantes que possuem CNPJ, e para cada um deles foi atribuída inscrição estadual isenta.

No levantamento fiscal constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, descrição da mercadoria, CFOP, os valores correspondentes ao cálculo do imposto, apurando a diferença de ICMS a recolher e o campo destinado ao CNPJ encontra-se em branco, indicando que não foi constatado o número do CNPJ dos destinatários das mercadorias.

A autuante informou que os cálculos apresentados pela auditoria foram todos feitos com base na EFD do Autuado, o trabalho de auditoria não acrescenta valores, trabalha com valores apresentados na escrita do contribuinte. Disse que o grande volume das vendas do Autuado é comercialização de bebidas alcoólicas, cód. de NCM 2204-2208 para os quais o Defendente não está habilitado a utilizar o benefício conforme determina o art. 3º F do mencionado Decreto 7799/00.

Ressaltou que o trabalho foi realizado por determinação da DIREF/SAT, fls. 05 do PAF, onde verificaram que realmente o contribuinte não preenchia os requisitos exigidos pelo Dec. 7799/2000 para usufruir do benefício neste previsto. No referido documento, consta que foi identificado: (i) não cumprimento dos percentuais do Dec. 7799/00 de saídas para contribuintes inscritos e PJ não contribuinte, não podendo utilizar a redução em nenhum dos meses de 2021; (ii) aplicação da redução na saída para pessoa física.

A autuante afirmou que não existe no RICMS/BA “contribuinte isento de inscrição, e na EFD do Autuado também não consta qualquer informação sobre CPF ou contribuinte isento de inscrição. Explicou que o local reservado a essa informação está em branco daí a conclusão de que se trata de consumidor. Mesmo porque, se o “contribuinte Isento de Inscrição”, segundo a defesa, possui CNPJ ou CPF faltou informar no arquivo.

Atualmente, a ação fiscal é realizada com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de

interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui livros fiscais.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros e não se admite escrituração de livros fiscais fora do ambiente digital, nem qualquer tipo de controle interno do Contribuinte, e não é legítimo retificar a EFD, estando o contribuinte sob ação fiscal ou após sua conclusão.

Para comprovar suas alegações, o Defendente apresentou “Relatório de Vendas”, constando os dados relativos ao nome do cliente, CNPJ, valor, número da Nota Fiscal, CPF (em alguns casos), e os mencionados Relatórios se referem aos meses do exercício de 2020.

Nos termos do art. 111, inciso I do CTN, a interpretação da legislação tributária é literal, quando dispõe sobre suspensão, exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Portanto, não comporta outros métodos elucidativos.

Quanto à lista de venda anexada na peça defensiva, em mídia, a Autuante ressaltou que se trata de documento de controle interno ao qual a auditoria não utiliza por ser documento extrafiscal e não serve como prova, nem como fonte de informação para fins de auditoria. Além do fato de as NFs ali listadas se referirem ao exercício de 2020 o qual não foi objeto de autuação.

Entendo que assiste razão a Autuante, considerando que a exigência fiscal foi efetuada em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2021, e sendo anexados aos autos “Relatórios de Vendas” de outro exercício (2020), documento controle interno do Contribuinte, a documentação apresentada é insuficiente para a comprovação pretendida.

Considerando a importância do fato apurado no levantamento fiscal, deveria o Defendente apresentar sua comprovação no PAF, com indicação, operação por operação, das vendas promovidas, e não simplesmente mediante a apresentação de relatórios sintéticos, que não possibilitam ao Órgão de Julgamento a completa confirmação do que foi alegado.

Quanto aos Acórdãos reproduzidos pelo autuado para reforçar as teses apresentadas nas razões de defesa, entendo que as mencionadas decisões não se prestam como paradigmas em relação ao caso em exame, haja vista que os fatos apurados na ação fiscal em tela são diferentes daquelas autuações fiscais.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria tratada na autuação fiscal.

Por fim, o Autuado requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da defesa, em razão da celeridade processual.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206951.0014/22-2**, lavrado contra **ELSON ATACADISTA DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.841.518,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA