

A. I. Nº - 299333.0004/08-3  
AUTUADO - EMPÓRIO VITÓRIA LTDA.  
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 19. 02. 2009

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0014-01/09**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada. O autuado não faz jus a redução da base de cálculo prevista no artigo 3º-A do Decreto nº. 7.799/00. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a) MATERIAIS DE USO E CONSUMO. b) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO.** Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/06/2008, exige ICMS no valor de R\$ 58.288,42, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a março, maio a outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 54.212,87, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte adquiriu mercadorias relacionadas no item 13 do inciso II do artigo 353 do RICMS, medicamentos e outros, de Estado signatário do Protocolo [Convênio] nº.76/94, e responsável pela substituição tributária. O contribuinte entendeu que seria devida a redução de 18,53%, prevista no Decreto nº 7799/00, e recalcoulou o valor destacado em nota fiscal, lançando em outros créditos do livro de apuração o valor que julgava devido, conforme demonstrativo em fita anexo em cada nota fiscal. Tal procedimento não é devido pois o artigo 3º-A do Dec. 7799/00 diz que esta redução apenas é devida por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes. Portanto o responsável pelo lançamento é o Estado signatário e não o contribuinte situado neste Estado. Logo os valores foram estornados, conforme Anexo 01;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.694,77, acrescido da multa de 60%. Consta que nas notas fiscais anexas foi efetuada a redução da base de cálculo de forma que resultou em uma carga tributária de 12% para todos os itens das notas fiscais. Entretanto os itens com NCM 7306, não consta das hipóteses de redução previstas no artigo 87, VI, do RICMS, portanto, a redução não se aplica nestes casos. Foram recalculados os valores de diferença de alíquota com os itens devidos com redução de 12% e os demais com alíquota normal de 17%;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras da Federação destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, no mês de março de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 380,78, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 63 a 68, discorrendo, inicialmente, sobre a infração 01 e o entendimento do autuante.

Atacando o mérito da referida infração, sustenta que a interpretação fiscal do artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00 esvazia-lhe a utilidade pretendida pelo governo do Estado da Bahia, na medida em que o contribuinte deste Estado não poderá se beneficiar da redução da base de cálculo.

Diz que limitação dessa natureza não faz qualquer sentido em relação aos objetivos pretendidos pelo mencionado Decreto nº. 7.799/00, como também não se coaduna com as limitações constitucionais à competência tributária deferida aos Estados e Distrito Federal.

Invoca o artigo 152 da Constituição Federal, para afirmar que prevalecendo a interpretação do autuante, os atacadistas baianos se encontram proibidos de adquirir mercadorias de pessoas situadas nouros Estados, a exemplo de Alagoas.

Prosseguindo, reporta-se aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva dos contribuintes e essencialidade dos produtos, para manifestar o seu entendimento sobre o sentido do artigo 3º-A, do Decreto nº. 7.799/2000.

Alega que a pretensão do autuante implica em dizer que a redução de base de cálculo equivalente a 28,58%, prevista no acima referido decreto, somente poderá ser feita se o próprio atacadista for o responsável pelo imposto antecipado, significando dizer que, quando o remetente não está situado em Estado signatário do Protocolo nº 76/94, isto não pode ocorrer.

Continuando, diz que estando o remetente situado em Estado signatário do Protocolo nº 76/94, a legislação estadual não pode se sobrepor à referida legislação nacional, passando ao contribuinte baiano a obrigação de proceder a redução de 28,53%, quando o Protocolo permite apenas 10%, a ser feita pelo remetente.

Acrescenta que isso não impede que o autuado atue sem negar aplicação ao artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00 e ao art. 152 da Constituição Federal, motivo pelo qual procedeu ao estorno e respectiva constituição de crédito referente à redução da base de cálculo em 18,53%, prevista no decreto multireferido, equalizando assim o tratamento tributário dispensado às mercadorias provenientes de Estados signatários do Protocolo nº 76/94.

Alega que a inevitável redução da base de cálculo em 10% por parte do substituto tributário, sem outra medida por parte do contribuinte situado no Estado da Bahia, implica em imposto a mais, sendo o procedimento adotado pelo autuado a solução que se interpreta adequadamente do artigo 3º-A, do Decreto nº. 7.799/00.

Finaliza requerendo a improcedência da infração 01, e a participação da Procuradoria Fiscal como “custus legis”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 72/73, registrando, que o impugnante apresenta as suas considerações sempre no sentido de fazer uma leitura constitucional da autuação, alegando falta de isonomia no tratamento tributário.

Salienta que exerce uma atividade vinculada a lei, portanto, descabendo discussões de natureza constitucional. Cita e reproduz o artigo 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, para fundamentar a sua argumentação.

Conclui mantendo a autuação.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre três infrações à legislação do ICMS das quais o autuado impugna apenas a infração 01, e silencia quanto às infrações 02 e 03.

No que concerne à infração 01-*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária*, constato que decorreu pelo fato de ter o impugnante adquirido mercadorias relacionadas no item 13 do inciso II do artigo 353 do RICMS, no caso, medicamentos e outras, de Estado signatário do Convênio nº 76/94, cujo imposto fora retido pelo remetente - responsável por substituição tributária - e, após a entrada das mercadorias, entendeu o autuado que seria aplicável a redução de 18,53%, prevista no Decreto nº. 7799/00, tendo recalculado o valor destacado em nota fiscal e lançando em “Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS.

Verifico, também, que o Fisco não concordando com procedimento adotado pelo autuado, lavrou o Auto de Infração em exame, por entender que a redução da base de cálculo prevista no artigo 3º-A do Dec. 7799/00, alcança apenas a distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, sendo o responsável pelo lançamento e pagamento o remetente situado em Estado signatário do Convênio nº 76/94 e não o contribuinte situado no Estado da Bahia, o que motivou a exigência fiscal.

Portanto, o cerne da questão reside no fato de se determinar se é cabível ou não a redução da base de cálculo prevista no artigo 3º.-A do Decreto nº 7.799/00, conforme procedido pelo autuado.

Assim dispõe o mencionado artigo 3º-A do Decreto nº. 7.799/00:

*“Art. 3º-A. Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento)”*

A simples leitura do dispositivo acima transcrito permite concluir que a redução da base de cálculo de 18,53%, para fins de antecipação do ICMS, alcança, exclusivamente, as aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, realizadas por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes.

Ora, no caso em exame, o autuado adquiriu mercadorias relacionadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, em Estado signatário do Convênio nº 76/94, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto, o remetente, aliás, como corretamente procedeu.

Não resta dúvida que o procedimento adotado pelo autuado se apresenta como irregular, pois, em clara inobservância das disposições do artigo 3º-A do Decreto nº. 7.799/00.

No que concerne à argüição do autuado sobre a constitucionalidade do Decreto nº 7.799/00 certamente, esta não pode ser apreciada por este órgão julgador, haja vista a vedação prevista no artigo 167 do RPAF/99.

Com relação à solicitação de participação da Procuradoria Geral do Estado, não vislumbro no caso em exame a sua necessidade, o que poderá ocorrer no julgamento de segunda instância, consoante o artigo 118, II, do RPAF/99, se for o caso.

Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

Quanto às infrações 02 e 03, observo que o autuado silencia, valendo dizer que reconhece tacitamente ambas as infrações. Registro que o lançamento destes dois itens da autuação está em conformidade com os roteiros de fiscalização específicos, restando comprovado o cometimento das irregularidades apontadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299333.0004/08-3, lavrado contra **EMPÓRIO VITÓRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.288,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR