

**A. I. Nº** - 278904.0001/11-0  
**AUTUADO** - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTES** - JAYME B. D. FILHO, MOYSES DE OLIVEIRA A. JR e SIMONE Mª V.GUIMARÃES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 21.10.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0262-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DE PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTE E PARA CONTRIBUINTE INAPTO. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Infrações caracterizadas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência fiscal decorrente do cometimento da infração descrita no item 4, “a” acima. Infração não elidida. 3. LIVROS FISCAIS. RAICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Fato não contestado. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$31.593,21, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.052,85, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de julho de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.11 a 24.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$18.209,58, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas operações de vendas a não contribuintes, no período de julho de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.26 a 31.
3. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$9.882,75, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas operações de vendas a contribuintes inaptos, no período de julho de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.33 a 38.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$582,05, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de julho a novembro de 2008, conforme demonstrativos às fls.40 a 42.
5. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$110,74, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de dezembro de 2008, conforme demonstrativos às fls.44 a 45.
6. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$1.755,24, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a novembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.47 a 49.

O autuado, através de seus advogados, fls. 54 a 63, após transcrever todas as infrações, reconheceu a procedência da autuação em relação às infrações 01, 04 e 05, e comprovou ter efetuado o devido recolhimento no valor de R\$1.745,64, conforme DAE à fl. 88.

Quanto às demais infrações, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

#### Infração 02

Aduz que tem direito ao benefício da redução da base de cálculo nas operações em questão, pois o adquirente no momento da emissão da nota fiscal eletrônica se apresentou com todos os requisitos cadastrais, e não houve qualquer informação em seu corpo de que a citada nota fiscal não poderia ser utilizada como componente de redução do benefício fiscal preconizado no Decreto nº 7.799/00.

Salienta que não há como negar a condição de contribuinte se a empresa se apresenta com inscrição estadual regular, ainda que o recolhimento do imposto não ocorra de forma habitual, por causa do fato gerador também não ser habitual, a exemplo do que ocorre com hospitais e hotéis que realizam o fato gerador do ICMS apenas quando adquirem materiais importados para o seu o ativo fixo.

Além disso, argumenta que o parágrafo 3º do artigo 1º do citado Decreto prevê possibilidade do aproveitamento fiscal quando de vendas a não contribuintes, desde que se obedeça ao limite preestabelecido. Diz que está juntando cópias de notas fiscais, na hipótese de ser considerado o adquirente como contribuinte do ICMS, para mostrar a possibilidade de redução da base de cálculo nos limites estabelecidos.

#### Infrações 03 e 06

Sustenta que a operação objeto da autuação foi destinada a contribuintes do ICMS. Observa que o seu sistema interno não fica conectado ao sistema da Secretaria da Fazenda para identificar as pessoas jurídicas que tiveram suas inscrições por algum motivo canceladas ou consideradas inaptas.

Considerou abuso de poder a fiscalização delegar para o contribuinte uma atividade que é de obrigação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, pois somente ela disporia de estrutura para acompanhamento das inscrições consideradas inaptas.

Diz que no momento da emissão da nota fiscal eletrônica não foi informado que o destinatário da mercadoria se encontrava inapto no cadastro fazendário. Juntou como elemento de prova dessa alegação cópias de notas fiscais eletrônicas, tendo especificado os seus clientes que se encontram nessa situação, quais sejam:

1) SANDRO MENEZES DOS SANTOS

IE: 057.979445 PP

CNPJ: 03.648.291/0001-17

#### **Nota fiscal - 59935**

2) DELICATESSEN ARGOLO LTDA – ME

IE: 075.777.092-ME

CNPJ: 09.207.060/0001-54

#### **Nota fiscal - 59933**

Prosseguindo, considerou ilegal, confiscatória e desproporcional a aplicação de multa vultosa do valor principal, arguindo que não é devido imputar valores a título de multa de mora, pois demonstrou a improcedência da autuação. Citou lição de renomado professor de direito tributário sobre esta questão e jurisprudência no âmbito judiciário. Por conta disso, pede que a multa seja substancialmente reduzida, ou mesmo declarada nula.

Ao final, requer a improcedências das infrações impugnadas.

Na informação fiscal às fls.96 a 101, os autuantes esclarecem que o autuado está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia – CADICMS-BA, tendo como atividade principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e é signatário do Termo de Acordo cujos benefícios fiscais estão previstos no Dec. 7.799/00 e suas alterações desde junho de 2008, e rebateram a defesa com base no seguinte.

#### Infração 02

Consideraram equivocada a arguição do defendente, por entenderem que contraria o disposto no caput do art. 36 combinado com o art. 182, ambos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/99 e suas alterações, que, de forma clara e inequívoca, definem que a condição de contribuinte do ICMS não se restringe ao fato de determinada pessoa física ou jurídica ser inscrita, mas sim pela realização habitual de operações de circulação de mercadorias ou em volume que caracterize o intuito comercial.

Salientam que as operações de saída de mercadorias objeto deste item envolviam a venda de gêneros alimentícios a empresas não inscritas ou inscritas na condição de ESPECIAL, em sua maioria prestadoras de serviços hospitalares ou do ramo de hospedagem, as quais, ao se inscreverem perante o fisco estadual, optaram pelo tratamento dispensado aos não contribuintes previsto no inc. V do art. 150 do RICMS-BA.

Assim, argumentam que de acordo com o disposto no §3º do art. 1º do dec. 7799/00, somente está autorizada a redução da base de cálculo em questão para contribuintes do ICMS inscritos na condição de ESPECIAL caso o remetente da mercadoria esteja inscrito sob determinados códigos de atividades. No caso, dizem que não se aplica às operações em comento o benefício pretendido de redução de base de cálculo por encontrar-se a autuada inscrita sob código de atividade 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, não contemplado pelo referido dispositivo legal.

#### Infrações 03 e 06

Quanto a alegação defensiva de que não teria obrigação de verificar a regularidade cadastral dos seus clientes, os autuantes invocam o artigo 181 do RICMS/97, o qual define expressamente a responsabilidade do contribuinte em relação à consulta junto à Secretaria da Fazenda quanto à regularidade cadastral dos contribuintes com os quais venha a transacionar.

No que diz respeito a alegação defensiva de que não seria possível obter tal informação sobre a situação cadastral, nem tampouco que a Sefaz – Ba não disporia das mesmas, explicam que a Sefaz disponibiliza na rede mundial de computadores consulta pública ao cadastro de contribuintes do estado da Bahia, com base nas informações que mantém em seus bancos de dados acerca das pessoas físicas e jurídicas inscritas no mencionado cadastro, permitindo a obtenção, em tempo real, das informações relativas à regularidade cadastral dos destinatários nas operações de vendas.

Dizem que tal entendimento está corroborado pela DITRI, em forma de parecer de número 19.821/2010 exarado em resposta à consulta efetuada por outro contribuinte versando sobre o mesmo tema, o qual conclui pela obrigação do remetente em verificar a situação de regularidade cadastral do destinatário de mercadorias quando da realização de operações de saídas de mercadorias, conforme preceitua o art. 181 do RICMS-BA.

Com relação às NF anexadas, folhas 90 a 93, observam que foram emitidas em maio de 2011, e frisam que não têm nenhuma relação com a situação de regularidade cadastral dos contribuintes em questão verificada no momento da ocorrência do fato gerador nos exercícios de 2008 e 2009, objeto da autuação.

Salientam que as multas aplicadas têm fulcro no disposto nas alíneas “a” e “e” do inc. II do art. 42 da Lei nº 7014/96, e concluem pedindo a procedência total do Auto de Infração.

Constam às fls. 103 a 106, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no valor total de R\$1.745,64.

O autuado se manifesta sobre a informação fiscal, fls. 108 a 113, reiterando que a multa aplicada é ilegal, e sua aplicação tem caráter confiscatório e desproporcional entre o valor exigido e a multa aplicada.

Traz a baila o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça decorrente da análise da matéria repetitiva consubstanciada na condição de boa fé do sujeito passivo quando na operacionalização com contribuintes de ICMS inaptos, cuja decisão foi no sentido de que a verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, para mostrar que a sua boa fé no desconhecimento da condição irregular dos contribuintes no momento da operacionalização comercial.

Repete que o seu sistema interno não permanece conectado ao sistema do SEFAZ/BAHIA para identificar as pessoas jurídicas que tiveram as suas inscrições canceladas ou consideradas inaptas.

Destaca que a repartição fiscal deveria restringir a emissão de nota fiscal eletrônica, informando quando a mesma não possuiria o condão de ser utilizada como componente de redução do benefício fiscal preconizado no Decreto nº 7.799/00, ao encontrar algum fator impeditivo de obtenção de tal benefício.

Conclui reiterando os pedidos formulados na Defesa Administrativa, para o fim de acolhê-la em todos os seus termos, inclusive em conformidade com o entendimento do STJ, julgando improcedentes as infrações 02, 03 e 06 do Auto de Infração em comento.

#### **VOTO**

O Auto de Infração acusa o cometimento de 06 (seis) infrações, sendo que, o sujeito passivo na peça defensiva se insurgiu apenas quanto ao débito lançados nas infrações 02, 03 e 06, declarando seu acatamento quanto aos demais itens, inclusive, conforme documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária constantes às fls.103 a 106, o autuado efetuou o pagamento integral do débito no valor de R\$1.745,64, inerente a tais infrações.

Portanto, o autuado ao efetuar o pagamento do débito das infrações 01, 04 e 05, reconheceu o lançamento tributário a elas inerentes indicados no presente Auto de Infração, o que tornam subsistentes tais infrações.

Desta forma, ante o reconhecimento do autuado das infrações acima citadas, considero subsistentes estes itens da autuação, ficando a lide restrita aos itens impugnados (infrações 02, 03 e 06), que passo a analisar com base na documentação juntada aos autos pelos autuantes e pelo autuado.

#### **INFRAÇÃO 02**

A infração 02 faz referência a recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro da aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas vendas para contribuintes na condição “Especial”.

O contribuinte argumenta que o fato do destinatário da mercadoria se apresentar como inscrito no CADICMS-BA no momento da venda, ainda que na condição de ESPECIAL, por si só, autorizaria a aplicação da redução de base de cálculo prevista no dec. 7799/00, inclusive que o disposto no §3º do art. 1º do citado diploma legal, autorizaria a extensão do benefício em questão nas vendas a não contribuintes mesmo em se tratando de produtos não contemplados pelas atividades cujos códigos estão ali expressamente relacionados, sob pena, segundo seu entendimento, de ferir o princípio da isonomia.

De acordo com o disposto no § 3º do art. 1º do dec. 7799/00, somente está autorizada a redução da base de cálculo em questão para contribuintes do ICMS inscritos na condição de ESPECIAL caso o remetente da mercadoria esteja inscrito sob determinados códigos de atividades.

Assim, verifico não assistir razão ao defendente, haja vista que se encontra inscrito na SEFAZ sob código de atividade 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, código esse, não contemplado no citado dispositivo legal.

Também não acolho a arguição do autuado de que as empresas inscritas na condição de “especial” são contribuintes do imposto, visto que realmente conforme evidenciaram os autuantes, esse entendimento contraria o disposto no caput do art.36 combinado com o art. 182, ambos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/99 e suas alterações.

Desta forma, restando caracteriza a infração, considero subsistente este item da autuação.

### **INFRAÇÕES 03 e 06**

Analisarei estes dois itens conjuntamente, pois o débito a eles inerente foi apurado através dos mesmos documentos fiscais.

A infração 03 faz referência a recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro da aplicação indevida da redução da base de cálculos prevista artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas operações de vendas a contribuintes inaptos no cadastro fazendário.

Já a infração 06, diz respeito à falta de retenção do ICMS devidos nas operações de vendas de mercadorias a contribuintes inaptos sobre os mesmos documentos fiscais do item anterior.

Nos demonstrativos constantes nos autos, estão discriminados em cada coluna todos os dados do documento fiscal, bem como, os valores calculados pela fiscalização. Verifico que as diferenças constatadas são decorrentes do fato de não ter sido feita a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em virtude das vendas relacionadas se destinarem a contribuintes na condição “inaptos” no cadastro fazendário, enquanto que nos demonstrativos que instruem a autuação, está demonstrado o cálculo da retenção tributária sobre os mesmos valores dos documentos fiscais, respectivamente.

Portanto, o fulcro da autuação em ambos os itens é de redução indevida da base de cálculo, com base no Dec.7.799/00, e a falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS com inscrição estadual na situação INAPTO.

Foi alegado pelo autuado que não tem meios de identificar a condição do destinatário perante a fazenda pública estadual da Bahia no momento da venda da mercadoria considerando tal exigência um abuso de poder na que medida em que a interpreta como transferência indevida de responsabilidade. Ou seja, argumenta que não lhe cabe verificar a situação cadastral dos mesmos, mas sim, à SEFAZ que tem seu sistema ao seu favor Além disso, sustenta que tal informação deveria constar no momento da emissão da nota fiscal eletrônica.

Portanto, a lide se resume exclusivamente se a conclusão fiscal, diante das inscrições estaduais “inaptas”, deveria exigir o imposto sem a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas operações de saídas internas para estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único do referido diploma legal, e por via de consequência exigir a retenção tributária.

Examinando os documentos acostados pelos autuantes (extratos da situação cadastral dos contribuintes – histórico da situação), verifico que foi feito um cruzamento dos documentos fiscais com o Banco de Dados – Sistema INC – Informações do Contribuinte, da Sefaz, na data da emissão dos referidos documentos fiscais, constatando-se que os destinatários das mercadorias se encontravam com inscrição estadual em situação irregular. Logo, a acusação fiscal está fundamentada nos citados elementos de provas, quais sejam, os dados existentes nos controles da Secretaria da Fazenda.

De acordo como artigo 142 do RICMS/97, é uma obrigação dos contribuintes do ICMS nas operações comerciais que realizarem com outros contribuintes, a exigência de confirmação da sua real condição de contribuinte do ICMS, cabendo a responsabilidade de consultar a situação cadastral dos seus clientes no site da Secretaria da Fazenda, conforme estabelecem os artigos 178, 179 e 181, do RICMS/97.

Por outro lado, consoante previsto no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, a fruição do benefício da redução da base de cálculo está condicionada que as mercadorias comercializadas se destinem a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia.

Quando o contribuinte está com sua inscrição irregular perante o fisco, para fins fiscais deve ser considerado como contribuinte sem inscrição cadastral, devendo ser aplicado o disposto nos artigos 167, 170 e 171, combinado com o artigo 914, todos do RICMS/97, e efetuar a retenção do imposto pelo estabelecimento vendedor na qualidade de substituto tributário pelas operações subsequentes do adquirente, nos termos do disposto nos artigos 167, 170 e 171, combinado com o artigo 914, todos do RICMS/97.

Desta forma não acato as alegações defensivas, tendo em vista que de acordo com os dispositivos regulamentares acima citados, 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, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Com já foi salientado anteriormente, o cancelamento da inscrição estadual de contribuinte do ICMS implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, e o tratamento tributário previsto no Decreto 7.799/00 somente se aplica a operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Restando comprovado que os contribuintes destinatários das mercadorias se encontravam irregular no tocante à sua situação cadastral, considero correto entendimento da fiscalização em exigir a correta tributação sobre as operações objeto da lide, ou seja, o imposto e a respectiva retenção, sem o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278904.0001/11-0**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31. 593,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte, conforme DAE à fl.88.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR