

PROCESSO - A. I. Nº 101647.0007/10-0
RECORRENTE - BAHIA CONTROL COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0123-04/11
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 26.11.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-13/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Restou comprovado que no período fiscalizado a legislação tributária limitava a utilização do crédito fiscal decorrente de importação em 10% para os contribuintes beneficiários da redução da base de cálculo mediante Termo de Acordo (Dec. 7.799/00). A alteração posteriormente promovida na legislação contempla operações ocorridas a partir da modificação do Decreto. Infração não elidida. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUINTES INAPTO. Caracterizada a responsabilidade do contribuinte pela verificação da situação cadastral das pessoas jurídicas com quem comercializa. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES INAPTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas vendas efetivadas para contribuintes inaptos não cabe a utilização do benefício de redução de base de cálculo/atacadistas (infração 3) e cabível a retenção do imposto devido nas operações subsequentes (infração 5). Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 101647.0007/10-0, lavrado em 30/12/2010 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$200.878,33, acrescido da multa de 60%, em razão de cinco irregularidades das quais três, relativas às imputações 01, 03 e 05, foram o objeto da impugnação originária e são o objeto de Recurso Voluntário:

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$191.551,17 nos meses de janeiro a novembro/2009, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS.

Consta, na descrição dos fatos, que foi feita a apuração do imposto escriturado no livro RAICMS, de acordo com Anexo 1 (demonstrativos fiscais às fls. 16 a 27) e Anexo 2 (cópias do livro RAICMS); que os valores a débito e a crédito lançados nos meses de janeiro a dezembro/2009 foram apurados com indicação de débitos e de estornos de débitos a mais do que o previsto no Dec. 7.799/00, porque a empresa deixou de efetuar estorno de crédito das entradas de mercadorias com alíquotas de 12% e 17%, e efetuou a menos (Anexo 3, fls. 54 a 67), e a mais (Anexo 4, fls. 68 a 81) o estorno do débito devido nas operações interestaduais, quando utilizou o crédito presumido de 16,66% previsto no artigo 2º do Decreto 7.799/00.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$312,52 nos meses de julho, e de setembro a novembro/2009, em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte utilizou indevidamente a redução da base de cálculo de 41,176% prevista no Termo de Acordo do Dec. 7.799/00 nas vendas para contribuintes inaptos, de acordo com o extrato da situação cadastral das empresas no cadastro da Secretaria da Fazenda (2009) e conforme Anexo 6 (demonstrativo fiscal às fls. 91 e 92).

Infração 05. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$336,44, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos meses de julho, e de setembro a novembro/2009, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou vendas para contribuintes inaptos sem efetuar a retenção do ICMS s, tendo sido aplicada a MVA de 20% prevista no Anexo 89 do RICMS/BA, conforme o Anexo 8 (demonstrativo fiscal às fls. 98 a 100).

O Fisco acostou, às fls. 07 a 100, documentos que consistem, dentre outros, em índice de documentos; Termos de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais e para apresentação de informações em meio magnético; demonstrativos do levantamento fiscal realizado em papel e em mídia CD, com os respectivos comprovantes de entrega ao contribuinte.

Às fls. 105 a 121 o autuado impugnou as imputações 01, 03 e 05 do lançamento de ofício; às fls. 12 e 123 acosta cópia de Termo de Acordo celebrado com este Estado na data de 09/01/2009; à fl. 124, cópia de DAE referente a ICMS-Importação com pagamento efetuado em 25/09/2009, e cópia da Nota Fiscal de entrada nº 32584, emitida em 25/09/2009 nos EUA e destinada ao próprio sujeito passivo.

Às fls. 131 a 133 o autuante prestou informação fiscal contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Anexou, à fl. 134, espelho de situação cadastral da empresa Polialden Petroquímica S/A, IE 001.090.136, na condição de “suspensa para baixa” na data de 30/06/2009.

Às fls. 137/139 a Secretaria do CONSEF acostou cópia do detalhamento do pagamento de parte do débito totalizando R\$8.678,20, referente às Infrações 02 e 04, constante do sistema informatizado SIGAT/SEFAZ.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0123-04/11, às fls. 140 a 145. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo ao recolhimento a menos entre os valores recolhidos e escriturados em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo e também das vendas para não contribuintes e contribuintes inaptos, sem retenção do imposto.

(...)

No tocante à infração 1, o autuado argumentou que os valores apurados pela fiscalização na sua quase totalidade referem-se a exigência de estorno de crédito relativo a importação de mercadorias com alíquota de 17%, e pouco relevante os estornos das operações interestaduais.

Alegou que sendo beneficiário do Acordo de Atacadista com pagamento de ICMS equivalente a 10% sobre as saídas, deveria pagar o ICMS na importação aplicando o mesmo porcentual e como tributou à razão de 17%, creditou-se integralmente o que entende ser correto, visto que tal procedimento foi legalizado com inserção do §2º no art. 6º do Dec. 7.799/00, o que foi contestado pela autuante afirmado que no período fiscalizado não havia esta previsão legal.

Como houve modificação na legislação em momento posterior ao período fiscalizado, transcrevo abaixo os artigos pertinentes do Dec. 7.799/00 para facilitar sua apreciação.

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão

exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

§ 2º A restrição à utilização de créditos fiscais de que trata este artigo não se aplica às entradas de mercadorias decorrentes de importação do exterior.

Nota 2: A redação atual do § 2º do art. 6º foi dada pelo Decreto nº 12.533, de 23/12/10, DOE de 24/12/10, efeitos a partir de 24/12/10.

Nota 1: Redação anterior dada ao § 2º tendo sido acrescentado ao art. 6º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 23/12/10:

"§ 2º A restrição à utilização de créditos fiscais de que trata este artigo não se aplica relativamente às aquisições internas e de importação dos produtos previstos no art. 3º-F."

Art. 3º-F. Nas operações de importação do exterior com vinhos da posição NCM 2204, realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, a base de cálculo do ICMS importação e a do ICMS devido por antecipação poderá ser reduzida de tal forma que a carga incidente corresponda a 12% (doze por cento).

Como pode ser visto acima, o art. 6º do mencionado Decreto restringe o crédito fiscal a 10% do valor da base de cálculo constante em documentos fiscais relativo às aquisições de mercadorias.

Por sua vez o § 2º do mesmo dispositivo legal acrescentado pelo Dec. 10.156/06, com efeitos de 01/08/06 a 23/12/10, excepcionou "as aquisições internas e de importação dos produtos previstos no art. 3º-F.", que elenca o produto vinho, produto este que não tem vinculação com as operações objeto da autuação.

Com a modificação do § 2º introduzida pelo Dec. 12.533/10 de 24/12/10, com efeitos a partir de 24/12/10, a exceção foi ampliada para "as entradas de mercadorias decorrentes de importação do exterior".

Pelo exposto, na data da ocorrência dos fatos geradores (janeiro a dezembro/09), a legislação do ICMS limitava ao porcentual de 10% a utilização de crédito fiscal decorrente de importação de mercadorias. A redação que contempla a utilização do crédito fiscal integral estabelecida pelo Dec. 12.533/10 só se aplica a fatos geradores ocorridos a partir de 24/12/10. Por isso, não acato o argumento defensivo de que utilizou os créditos fiscais em consonância com a legislação do imposto.

Ressalto que tal regramento não conflita com o princípio da não cumulatividade alegado pelo apelante, tendo em vista que ao firmar Termo de Acordo com adesão às regras estabelecidas pelo Dec. 7.799/00 o contribuinte renunciou ao direito de utilização do crédito fiscal integral em detrimento, também de tributar as saídas subsequentes em 10%, ao invés de aplicar a alíquota integral prevista na legislação do imposto. Poderia o impugnante formular consulta à administração pública quanto à utilização de crédito fiscal decorrente de importação e não o tendo feito, assumiu o risco e a responsabilidade pelos fatos que culminaram na infração apontada. Infração procedente.

Quanto às infrações 3 e 5, verifico que conforme Anexos 06 e 08 (fls. 91/92 e 98/99) referem-se a operações de vendas a empresa com Inscrição Estadual 01.090.136 (Poliaden Petroquímica S/A) no período de julho a novembro/09 que mediante processo de baixa foi incorporada por outra organização em 30/06/09 (fl. 134).

Na defesa apresentada o autuado alegou desconhecer a condição de INAPTO junto a Secretaria da Fazenda e que não lhe compete exercer atividade fiscalizatória.

Pelo exposto, entendo que a partir do momento que a empresa foi incorporada deixou de ter personalidade jurídica própria. O defensor deveria emitir documento fiscal a partir da sua baixa para a pessoa jurídica do incorporador. Na defesa apresentada o autuado não comprovou adoção de qualquer procedimento para regularizar as operações, a exemplo de nota fiscal de cancelamento e emissão de outra, ou mesmo uma carta de correção com indicação dos dados do incorporador se o mesmo deu continuidade às atividades mercantis exercida pelo incorporado.

Ao efetuar vendas contra o estabelecimento que não mais possuía personalidade jurídica própria, conforme documentos fiscais relacionados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, configurou realização de vendas para contribuintes não inscritos (ou INAPTO), não contemplados com o benefício de redução de base de cálculo (infração 3) e deixou de proceder a retenção do imposto decorrente de vendas a não contribuintes (infração 5). Infrações caracterizadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 156 a 163, reproduzindo e reiterando as suas alegações da impugnação originária. Reproduz o teor das imputações 01, 03 e 05, e novamente reconhece a procedência das imputações 02 e 04. Em apertada síntese, o Recorrente argui que foi habilitado como beneficiário do tratamento previsto

no Decreto Estadual nº 7.799/2000, e que não haveria restrições à utilização de créditos fiscais decorrentes da importação de mercadorias. Volta a dizer que com a edição do Decreto Estadual nº 12.533, de 23/12/2010, o Governo do Estado da Bahia veio apenas a declarar o direito dele, recorrente, em utilizar, sem restrições, os créditos fiscais decorrentes da importação de mercadorias desde a celebração do Termo de Acordo, e que então este Decreto seria norma meramente declaratória de direito preexistente. Discorre acerca dos limites do tratamento tributário diferenciado e favorecido a que afirma que tem direito, cita Parecer da DITRI/SEFAZ, diz que teria sido induzido a erro porque ao celebrar o Termo de Acordo a Fazenda não o teria orientado no sentido de só utilizar até 10% dos créditos decorrentes da aquisição de mercadorias. Fala sobre não-cumulatividade do ICMS; indaga qual teria sido o ganho dele, contribuinte, em se instalar na Bahia e não em outra Unidade Federativa, e se apenas em dezembro de 2010 o Executivo teria percebido que os demais beneficiários atacadistas não indicados antes da edição do Decreto nº 12.533/2010, importadores, não podiam sofrer as restrições à utilização dos créditos decorrentes da importação de mercadorias sob pena de perderem competitividade, ou migrarem para outros Estados.

Em relação às infrações 03 e 05 reafirma que ele, recorrente, não “*tinha competência legal para fazer averiguação sobre a condição do contribuinte comprador; não tem poder de polícia, de cumho fiscalizatório, de competência exclusiva do Poder Público e, além disso, à época das vendas, não se identificou, à luz dos dados apresentados para efeitos de emissão da nota fiscal, que o comprador estivesse inapto perante a Fazenda Estadual.*”. Volta a citar decisão de tribunal da esfera judicial em outro processo.

Diz que a decisão objeto do recurso trouxe a lume que a empresa compradora (Polialden), mediante processo de baixa, foi incorporada por outra organização, e que a incorporada deixou de ter personalidade jurídica própria, e que ele, recorrente, deveria emitir documento fiscal, a partir de sua baixa para a pessoa jurídica do incorporador; que, na defesa apresentada, ele, autuado, não comprovou adoção de qualquer procedimento para regularizar as operações, a exemplo de nota fiscal de cancelamento e emissão de outra, ou mesmo uma carta de correção com indicação dos dados do incorporador, e se o mesmo deu continuidade às atividades mercantis exercidas pelo incorporado.

O recorrente passa a expor que a Polialden, contribuinte que supostamente deveria ser substituído em razão de inapto, foi incorporado por outra organização e, face à incorporação, deixou de ter personalidade jurídica própria. Indaga como ele, recorrente, “*tendo em vista que, por não ter competência legal, não pode consultar o cadastro da Fazenda Estadual, poderia saber do processo de incorporação e da inaptidão da Polialden?*”.

Alega que ele, contribuinte, não poderia ser penalizado por um fato que lhe era desconhecido. Diz que a SEFAZ não teria verificado se houve irregularidade praticada pela empresa Polialden ou por sua incorporadora, demonstrando que os cofres públicos do Estado da Bahia sofreram, ou não, prejuízo.

Diz que por ocasião das vendas ele, recorrente, não teria competência legal para obter dados do comprador, e condições de confirmar a aparência de legalidade da Polialden. Alega sua boa-fé.

Conclui pedindo o provimento do recurso para que seja declarado improcedente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 172 a 174 aduzindo ser inquestionável a natureza constitutiva do Decreto Estadual nº 12.533, de 23/12/2010, levando em conta a criação de direitos e obrigações para o contribuinte. Assevera que na época dos fatos geradores da infração 01 a legislação tributária em vigor limitava a 10% a utilização dos créditos fiscais decorrentes de importação de mercadorias, nos termos do Decreto nº 10.156/2006. Que a redação posteriormente trazida pelo Decreto Estadual nº 12.533, de 23/12/2010, tem aplicabilidade a partir da data em que este Decreto entrou em vigor, para os fatos geradores materializados a partir de 24/02/2010.

Afirma que não houve agressão ao princípio da não-cumulatividade porque ao assinar o Termo de Acordo o contribuinte renunciou ao direito de utilização do crédito fiscal integral, mas também passou a poder tributar as saídas subsequentes a 10%, ao invés de aplicar a alíquota integral prevista na legislação do imposto.

Afasta a objeção do contribuinte quanto ao desconhecimento da suposta inaptidão de outro contribuinte perante esta SEFAZ, por ser de inteira responsabilidade da empresa a eleição de parceiros comerciais, e que resta comprovado documentalmente, no lançamento tributário, que houve vendas para estabelecimento sem personalidade jurídica, não inscrito no cadastro estadual, e expõe estarem ausentes provas que indiquem a adoção, pelo recorrente, de procedimento para regularizar as operações irregulares.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Em sustentação oral o patrono do contribuinte reitera as alegações recursais e pugna pela aplicação retroativa do Decreto nº 12.533/2010, expondo que o faz com base no artigo 106, II, “b”, do CTN.

O Representante da PGE/Profis presente à sessão de julgamento reitera os termos do Parecer jurídico acostado aos autos e ressalta que o artigo 106, II, “b”, do CTN, trata de situação em que não houve falta de pagamento de tributos, pelo que não se aplicaria ao caso em tela.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 01, 03 e 05.

Preliminarmente, de ofício verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas, e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

No mérito, não merece reparo a decisão recorrida.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

Comungo do entendimento expressado na decisão *a quo*, bem como no Parecer da PGE/Profis acostado aos autos, e da explicitação do digno Procurador do Estado presente à sessão, quanto à inaplicabilidade, a fato pretérito, da legislação posterior trazida a lume pelo sujeito passivo e que tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório, interpretativo, e nem explicitatório, e também não se inclui nas demais hipóteses do artigo 106 do CTN, que assim determina:

CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de definir-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assinalo, inclusive, que a pretendida retroatividade implicaria falta de recolhimento do tributo, contrariamente à norma pretendida como base da postulação recursal.

Com base neste raciocínio, voto pela manutenção da decisão objeto do recurso quanto ao julgamento pela procedência da infração 01.

No que tange às infrações 03 e 05, igualmente não assiste razão ao recorrente quando alega não ter condição, nem competência para verificar a situação cadastral das empresas com as quais comercializa, em primeiro porque a verificação da situação cadastral dos contribuintes do ICMS pode ser verificada na rede mundial de informações denominada *internet*, com a realização da consulta cadastral disponibilizada no sítio desta Secretaria da Fazenda, com endereço: “www.sefaz.ba.gov.br”. Observo que todos os contribuintes do ICMS, inclusive o sujeito passivo, têm acesso às consultas das situações cadastrais dos demais contribuintes deste imposto localizados na Bahia, em tal endereço.

Por outro lado, prevê o artigo 34, IV, da Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

(...)

IV - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do comprovante de inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, calculado na forma estabelecida em regulamento, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não recolhimento do imposto, total ou parcialmente;

Assim, o sujeito passivo tinha a condição fática e a obrigação tributária acessória de verificar a situação cadastral das empresas com quem comercializasse, pelo que comungo do entendimento manifestado na decisão objeto do recurso e no Parecer da PGE/Profis, e voto pela manutenção da decisão de primeira instância também quanto à procedência das imputações 03 e 05.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração n.º 101647.0007/10-0, lavrado contra BAHIA CONTROL COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$200.878,33, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “e” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2012

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS