

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0001/11-0
RECORRENTE - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (CODICAL DISTRIBUIDOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0262-02/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0078-13/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES E PARA CONTRIBUINTES INAPTOS. 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 1, “a” acima. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação à Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$31.593,21, sob acusação do cometimento de seis infrações. O Recorrente impugna tão somente as infrações 2, 3 e 6:

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

Em Primeira Instância, assim restou decidido pela 2ª JFJ, quanto à infração 2.

A infração 02 faz referência a recolhimento a menos do 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.

Quanto às infrações 3 e 6, assim decidiram os ilustres julgadores de Primeira Instância:

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 com o 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 subseqüentes 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).

Como 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 (sic) 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.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Aduz que o STJ, no Recurso Repetitivo nº 1148444/MG, reconheceu o direito ao crédito de ICMS referente a notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas em razão da boa-fé do adquirente. Por conta disso, entende que não pode ser responsabilizado pela situação irregular dos adquirentes de suas mercadorias.

Quanto à infração 2, 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.

Quanto às infrações 3 e 6, 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.

Diz que é 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.

Assevera que no momento da emissão da nota fiscal eletrônica não foi informado que o destinatário da mercadoria se encontrava inapto no cadastro fazendário.

Por fim, considera confiscatória a aplicação de multa, e pede que seja substancialmente reduzida, ou mesmo declarada nula.

Em Parecer de fls. 152 a 156, a PGE/PROFIS, por intermédio da ilustre Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Aduzindo que a autorização para o benefício da redução da base cálculo, prevista no Decreto nº 7799/2000, somente se aplica aos contribuintes inscritos na condição de especial quando inscrito sob determinados códigos de atividades. E que, no caso em análise, o código do destinatário da mercadoria não se encontra contemplado no mencionado dispositivo legal. Além disso, o RICMS determina a obrigatoriedade dos contribuintes de ICMS nas operações comerciais que realizarem, de consultar a situação cadastral dos seus clientes. Por fim, ressalta que as multas aplicadas estão adequadas às infrações e previstas na Lei nº 7014/96.

VOTO

Ab initio, há de se observar que a Decisão do Superior Tribunal de Justiça a que o Recorrente faz referência trata de situação diversa da ora analisada. Veja-se que, no caso analisado pelo STJ, foi reconhecido o direito de crédito do ICMS destacado nas notas fiscais, que, após a emissão, foram declaradas inidôneas. Entenderam os Eminentes Ministros da Egrégia Corte que, como o adquirente, de boa-fé, comprou as mercadorias e se creditou do imposto destacado nas notas fiscais, não pode ser penalizado pela posterior declaração de inidoneidade dos documentos fiscais que embasaram a escrituração do seu crédito de ICMS, o qual persiste diante da constatação, posterior, da inidoneidade das notas fiscais. Por sua vez, o caso em apreço trata de situação de irregularidade de contribuintes no momento da realização da venda por parte do Recorrente, de logo, observa-se que não há surpresa que prejudique adquirente ou fornecedor de boa-fé, pois, a situação irregular precedia a realização do negócio jurídico e poderia ter sido observado pelo Recorrente. Destarte, não há que se aplicar, ao presente caso, o entendimento do STJ exarado no Resp nº 1148444/MG.

Frise-se que a infração 2 faz referência a recolhimento a menos do 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 não contribuintes. Em razão do disposto no § 3º do art. 1º do Decreto nº 7.799/00, somente está autorizada a redução da base de cálculo em questão nas vendas realizadas para não contribuintes do ICMS, quando estes estiverem inscritos na condição de ESPECIAL e caso o remetente da mercadoria esteja inscrito sob determinados códigos de atividades. No caso em análise, o Recorrente se encontra inscrito na SEFAZ sob código de atividade 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, o qual não está contemplado no citado dispositivo legal, logo não se enquadra na situação excepcional ali referida. Aplica-se a regra, portanto, de que a venda para não contribuinte não é beneficiada pela redução da base de cálculo. Infração 02 subsistente.

A infração 3 faz referência a recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro da aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, nas operações de

vendas a contribuintes inaptos no cadastro fazendário.

Já a infração 6, 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.

Ou seja, o fulcro da autuação em ambos os itens é a de redução indevida da base de cálculo, com base no Decreto nº 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.

Note-se que, no que se refere à infração 3, a obrigação de conferir a regularidade da inscrição do contribuinte adquirente, além de estar prevista na legislação, é requisito para fruição do benefício fiscal a que o Recorrente tem direito. Assim, o Recorrente deveria ter observado que os adquirentes estavam irregulares no momento da realização da venda e não ter aplicado a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, haja vista que ela está condicionada à venda realizada para contribuinte do imposto, e contribuinte em situação irregular é considerado como não contribuinte.

Por sua vez, a infração 6 trata de responsabilidade solidária, prevista no art. 34, IV, da Lei nº 7.014/96, em razão do Recorrente não ter observado a irregularidade da situação cadastral do adquirente de suas mercadorias no momento da realização do negócio jurídico.

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.

Portanto, as infrações 3 e 6 restam subsistentes.

Por fim, quanto à suposta confiscatoriedade da multa e dos juros aplicados ao caso, friso que tal aplicação seguiu as determinações legais e não cabe a esse órgão julgador administrativo a análise requerida pelo Recorrente.

Face ao exposto, alio-me ao posicionamento da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 nº **278904.0001/11-0**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (CODICAL DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.593,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “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, 26 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS