

A. I. N° - 206951.0005/11-8
AUTUADO - BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 21.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0025-02/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DESTINADAS A CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS OU COM INSCRIÇÃO IRREGULAR. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Defesa não apresentou documentos capazes de elidir a imputação. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Restou comprovado que as mercadorias estão sujeitos à substituição tributária e por conta disso, inclusive por expressa vedação contida no art. 356 do RICMS-BA, não é possível a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Infração subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE OU PARA CONTRIBUINTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR NÃO INSCRITOS NO CADASTRO ESTADUAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$204.126,19, em razão de:

Infração 01 – 07.04.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 7.511,96, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados neste Estado. Conforme demonstrativo anexo I, fls. 12 a 220 do PAF.

Infração 02 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor R\$15.895,24, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativo anexo II, fls. 221 a 469 do PAF.

Infração 03 – 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor R\$ 180.718,99, em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Conforme demonstrativos NF's e consultas feitas ao Cadastro de Contribuinte (por amostragem) anexo III, fls. 470 a 880 do PAF.

O autuado apresentou defesa, fls. 1.082 a 1.092, argumentando que como se observar da descrição fática da infração 01 – 07.04.03, a infração supostamente cometida pelo autuado refere-se à retenção do ICMS e, por conseguinte, à falta de recolhimento do referido imposto na qualidade de substituto tributário. No entanto, a infração não encontra suporte fático para sua manutenção,

pois diversos produtos relacionados no Anexo I, parte integrante e inseparável do referido Auto de Infração, não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Cita que o produto denominado TNT, é vendido em embalagem de 40GR, com medida de 1,40X100m, como pode ser observado pelas Notas Fiscais onde o mesmo se encontra descrito, sendo que sua sigla (TNT), significa Tecido não Tecido, ou seja, aparentemente é um tecido, mas que não é tecido em virtude do mesmo não ter passado pelo processo de fabricação dos produtos têxteis mais comuns, que são a fiação e tecelagem. Sua fabricação se dá a partir de fibras desorientadas que são devidamente aglomeradas e fixadas. Justamente pelo motivo acima exposto relacionado à sua fabricação e composição não têxtil, é que o TNT tem como classificação na NCM o código 5603.12.90, e por certo que tal produto não está sujeito à substituição tributária. Além disso, não existe previsão legal em convênios ou protocolos, muito menos no RICMS/BA, que determina que tal produto esteja sujeito à substituição tributária. Portanto, o produto denominado TNT-40GRx100M, não está sujeito ao regime de substituição tributária.

Argumenta que, no mesmo sentido, os produtos denominados (I) Tinta para Carimbo, classificado na NCM sob o nº 3210.00.30, (II) Tinta para reabastecimento pincel, classificado na NCM sob o código nº 3215.90.00 e (III) Cola Quente Fina, classificado na NCM sob o código 3505.20.00, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, em virtude dos mesmos não serem utilizados em pinturas, tingimento ou pigmentação (I) e (II), sendo público e notório, como o próprio nome já indica, que tais produtos são utilizados como material de escritório.

Aduz que o produto denominado Roda de Pneu Câmara, classificado na NCM sob o código 8716.90.90, relaciona a sua utilização à carrinho de mão, muito embora sua classificação na NCM seja a mesma adotada à engates para reboques e semi-reboques, que está disposta no Protocolo ICMS 41/08. Contudo, devido à destinação do referido produto em comento, o mesmo não está sujeito ao regime de substituição tributária. Destaca que não existe previsão legal em convênios ou protocolos, muito menos no RICMS/BA, que determina que este produto especificamente esteja sujeito à substituição tributária.

No que se refere ao produto descrito como Câmara de Ar para Bicicletas, classificado na NCM como 4013.20.00, este produto somente tornou-se sujeito ao regime de substituição tributária após a emissão das notas fiscais onde o mesmo se encontra descrito. Por outro lado, o Protocolo 85/93, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores, é claro ao aduzir em sua Cláusula Primeira, § 1º, item 4, a exclusão de pneus e câmaras de bicicletas da incidência de substituição tributária. De outro lado, os Protocolos 110/09 e 25/10, dos quais o Estado da Bahia é signatário, prevêem a substituição tributária nas operações com bicicletas e suas partes, devendo ser entendido por lógica, que pneus e câmaras são partes das bicicletas. Contudo, tais protocolos ora citados, somente entraram em vigor a partir de 01/01/2010 e 01/03/2010, respectivamente, ou seja, em data posterior à emissão das notas fiscais onde o produto em debate se encontra descrito. Aduz que as notas fiscais relacionadas no auto de infração em debate referem-se ao ano de 2009, portanto, em data antecedente aos protocolos acima citados.

Acrescenta que, sequer foi mencionado ou individualizado no referido auto de infração, a capitulação legal da infração em debate dos produtos, tratando todos os produtos mencionados no referido auto de forma generalizada. De outro modo, o autuado detalhou o motivo pelo qual não é aplicável e, portanto, insubsistente o Auto de Infração com relação aos seguintes produtos: TNT - NCM 5603.12.90, Tinta para Carimbo - NCM nº 3210.00.30, Tinta para reabastecimento pincel - NCM nº 3215.90.00, Cola Quente Fina - NCM código 3505.20.00, Roda de Pneu Câmara - NCM código 8716.90.90, Câmara de Ar para Bicicletas - NCM Código 4013.20.00 e Removedor de Cimento - NCM código 2806.10.2.

No tocante a infração 02, entende que tal infração decorre da infração 01. Isso porque a infração 02 diz respeito ao suposto aproveitamento indevido de crédito de ICMS em substituição tributária

dos produtos listados no Anexo II, sendo certo que tais produtos são os mesmos listados no Anexo I. Assim, se os produtos listados no Anexo I e descritos acima, quais sejam, TNT - NCM 5603.12.90, Tinta para Carimbo - NCM nº 3210.00.30, Tinta para reabastecimento pincel - NCM nº 3215.90.00, Cola Quente Fina - NCM código 3505.20.00, Roda de Pneu Câmara – NCM código 8716.90.90, Câmara de Ar para Bicicletas – NCM Código 4013.20.00 e Removedor de Cimento - NCM código 2806.10.2, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária e são os mesmos listados no Anexo II, referente à infração 02, por lógica que não há que se falar em aproveitamento indevido do crédito tributário, já que esta infração decorre daquela, caso fosse pertinente.

Argumenta que a interpretação de aproveitamento de crédito indevido somente se originou por um entendimento, equivocadamente da Auditora Fiscal, que os produtos descritos no Anexo II deveriam estar sujeitos ao regime de substituição tributária, o que de fato, estaria correto, uma vez que o recolhimento do ICMS / ST encerra a cadeia tributária. Contudo, como os produtos listados no Anexo I não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme impugnado no tópico relativo à infração 01, sendo estes os mesmos listados no Anexo II, referente à infração 02, não há que se falar em aproveitamento indevido do crédito tributário. Nesse sentido, a infração 02, fica expressamente impugnada, devendo o Auto de Infração em debate, ser julgado insubsistente com relação ao suposta aproveitamento indevido de crédito de ICMS em substituição tributária dos produtos listados no Anexo II.

Com relação a infração 03, destaca que o autuado está devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob o Código de Atividade (CNAE) 4672-9/00 - Comércio Atacadista de ferragens e ferramentas, sendo detentora Termo de Acordo previsto no Decreto n.º 7799/2000, que a beneficia com a aplicação da redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas das mercadorias especificadas no Anexo Único do referido Decreto, destinadas a contribuintes do ICMS. Dessa forma, o autuado está regularmente enquadrada no item 14-A do Anexo Único do Decreto 7.799/00, e nesse sentido, vem aplicando a redução da Base de Cálculo na comercialização de mercadorias com os contribuintes do ICMS e, dentre eles se destaca o Produtor Rural.

Salienta que o Produtor Rural deverá possuir inscrição estadual no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, exceto nos casos de dispensa de inscrição, em se tratando de pessoas físicas não equiparadas à comerciante ou ao industrial, que se dedicarem à agricultura, à criação de animais ou à extração de substâncias vegetais, animais, minerais ou fósseis, sendo-lhes facultada a inscrição na condição de Produtor Rural com apuração do imposto pelo regime sumário. O Produtor Rural localizado no Estado da Bahia, que optou por não se inscrever no cadastrado de contribuintes do ICMS, ainda é considerado contribuinte para fins da legislação do imposto. Senão vejamos: *RICMS/BA, art. 151. São dispensados de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS as pessoas físicas não equiparadas a comerciantes ou a industriais, que se dedicarem à agricultura, à criação de animais ou à extração de substâncias vegetais, animais, minerais ou fósseis, sendo-lhes facultada a inscrição na condição de Produtor Rural com apuração do imposto pelo regime sumário ou pelo regime SimBahia Rural. (Sem grifos no original)*

Assim, nos termos que dispõe o Manual de Orientação do Convênio 57/95, quando o autuado realizar vendas para Produtores Rurais, ora destinatários (clientes) das notas fiscais, considerados contribuintes do ICMS, e também desobrigados de ter inscrição estadual, no campo do Sintegra, onde deveria constar a número da inscrição estadual deverá constar a expressão ISENTA.

Destaca que o fato do Sintegra, referente aos contribuintes relacionados nas Notas Fiscais do Anexo III, constar a expressão “ISENTA” ao invés do nº da inscrição estadual, levou o fiscal ao equivocadamente entendimento de que o autuado supostamente estava realizando vendas de produtos com a redução da Base de Cálculo a não contribuintes. Entretanto este entendimento não merece prosperar, isso porque, observando as notas fiscais descritas no Anexo III, os contribuintes (destinatários), são classificados como Produtores Rurais desobrigados de ter inscrição no cadastro do ICMS, sem, contudo, que isso signifique que o autuado tivesse cometido a infração

neste tópico guerreada. Ou seja, o fato é que, o autuado realizou vendas a Produtores Rurais com a devida inscrição, qual seja, inscrição de produtor rural, nos termos facultados no artigo 151, do RICMS/BA.

Diz que o mesmo tratamento tributário que se aplica aos Produtores Rurais se aplica aos Ambulantes.

Informa que a título de ilustração e fundamentação fática, como pode ser observado nas notas fiscais em anexo, o autuado, quando realizava vendas a pessoas não contribuintes (consumidor), a mesma não aplicava a redução da base de cálculo, recolhendo o ICMS em sua totalidade, como destacado nas referidas notas fiscais. Nesse sentido, verifica-se que o autuado não cometeu a infração descrita no referido Auto de Infração tipificada no Item 03 (03.02.06), haja vista a fundamentação acima, bem como a argumentação exposta no parágrafo acima, acerca das vendas realizadas à pessoas não contribuintes, argumentação esta corroborada pelas notas fiscais em anexo.

Portanto, com base nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como com fulcro no artigo 145 e seguintes do Decreto nº 7.629/99, o autuado, desde já, requer a produção de prova consubstanciada em perícia técnica contábil, não caracterizando expediente meramente protelatório, destinada a apurar os fatos ora impugnados, razão da autuação. Para tanto, apresenta os seguintes quesitos:

- 1) *Pode o Sr. Perito informar, com base na documentação em anexo, sobretudo no que se refere às infrações 01 e 02, se os produtos TNT - NCM 5603.12.90, Tinta para Carimbo - NCM n.º 3210.00.30, Tinta para reabastecimento pincel - NCM n.º 3215.90.00, Cola Quente Fina - NCM código 3505.20.00, Roda de Pneu Câmara – NCM código 8716.90.90, Câmara de Ar para Bicicletas – NCM Código 4013.20.00 e Removedor de Cimento - NCM código 2806.10.2, estavam sujeitos ao regime de substituição tributária ao tempo da emissão das notas fiscais descritas no Anexo I e II?*
- 2) *Caso positiva a resposta do quesito 01, queira o Sr. Perito informar a legislação aplicável.*
- 3) *Queira o Sr. Perito informar, com base no Manual de Orientação do Convênio 57/95, na hipótese do destinatário (cliente) da nota fiscal não estar obrigado a ter inscrição estadual, qual expressão deveria constar no Campo 03 do Registro 50 do arquivo magnético (Sintegra).*
- 4) *Queira o Sr. Perito informar se, de acordo com o art.151, do RICMS/BA, é facultado aos produtores rurais localizados no Estado da Bahia, a inscrição de produtor rural isentando de inscrição estadual?*
- 5) *Queira o Sr. Perito informar, se nas notas fiscais descritas no Anexo III, os números de inscrição estadual se referem a Produtores Rurais e/ou Ambulantes.*

Ao final, requer pela nulidade da autuação e, caso não seja este o entendimento, após realizada a perícia contábil nos documentos fiscais carreados aos autos, que seja decotada das infrações 01 (07.04.03) e 02 (01.02.06), a tributação referente aos produtos descritos nas notas fiscais que se enquadram no regime de substituição tributária.

A autuante, fls. 1.287 a 1.289, ao prestar a informação fiscal destaca que a infração 01 se refere de fato, a Antecipação Interna, quando a empresa efetua vendas a contribuinte não escrito ou com inscrição cancelada segundo o Cadastro de Contribuinte da SEFAZ. Nesse caso a mercadoria está Sujeita a Antecipação Tributária, pela condição do adquirente, e não Enquadrada na Antecipação. Foi o caso da primeira infração, inclusive o crédito ali lançado se refere apenas ao exercício de 2009. Já que a SEFAZ não disponibilizou a época da auditoria levada a efeito na empresa, as informações cadastrais do exercício de 2010 para esse fim. Obviamente todas as mercadorias lançadas no demonstrativo anexo I do PAF, são TRIBUTADAS. O que prova que, a argumentação proferida pelos patronos da autuada às fls. 1082 do PAF não procede. Por está totalmente equivocada.

Quanto a infração 02, aduz que mais uma vez o autuado se equivoca quando afirma na peça defensiva, que essa infração seria consequência da primeira. O que não é verdade. São infrações distintas, cujas mercadorias também são diferentes. Essa infração se refere ao uso indevido do Crédito Fiscal quando da aquisição de mercadorias Enquadradas no Regime de Substituição Tributária, tais como: tênis, chuteira, cola etc. conforme demonstrativo anexo II fls. 222 a 469 do

PAF. Como se vê, a defesa está confundindo os fatos, na tentativa de elidir as infrações 01 e 02, vez que todas as mercadorias catalogadas no demonstrativo anexo II do PAF estão enquadradas na substituição tributária, portanto sem direito ao crédito. Já que no cálculo da antecipação tributária, que, diga-se de passagem, encerra a fase de tributação, o crédito já foi usado.

No tocante a infração 03, ressalta que, o que ocorreu não foi venda para produtor rural e sim fraude. Já que a empresa emitiu notas fiscais com inscrição que não existia conforme consulta feita no cadastro de contribuinte da SEFAZ, cópias anexas (amostragem) fls. 487 a 880; cuja informação no SINTEGRA do contribuinte apresenta Isento de Inscrição. Certamente porque nos documentos fiscais apresentam inscrições falsas. Com o intuito de usufruir o benefício concedido pelo decreto retro mencionado a que não tem direito quando efetua vendas no varejo. O que constitui aproximadamente 10% a 15% das vendas praticadas pelo autuado.

Portanto, sobre esse percentual de saídas o contribuinte não pode utilizar o benefício da redução da base de cálculo. Principalmente quando esse procedimento é feito utilizando inscrições inidôneas nas Notas Fiscais de Saídas. Como é o caso. É condição indispensável, para que o contribuinte usufrua o benefício da redução da base de cálculo, de acordo com o art. 1º do Dec. 7799/2000 que o emitente e o destinatário sejam legalmente inscritos. Não é o caso.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Considerando que em sua defesa o sujeito passivo questionou todas as infrações inclusive formulando quesitos sobre as imputações e que na informação fiscal a autuante apresentou novos esclarecimentos em relação a infração 01, sem que tenha sido reaberto o prazo de defesa, e o fato da mesma ter sido prestada sem atender ao disposto no § 6º do artigo 127, do RPAF/99, o PAF foi convertido em diligência para visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário.

Em atendimento ao solicitado na diligência, a autuante às folhas 1.296 a 1.298, prestou os seguintes esclarecimentos.

Infração 01- A empresa vendeu para contribuintes com inscrição irregular, isto é canceladas, suspensas etc. que de acordo com o art. 353 inc. I deve fazer a retenção do imposto, assim expressa:

“Art.353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes e serem realizadas pelos adquirentes nesse Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem recolhimento antecipado do imposto;”

Assevera que as mercadorias elencadas no anexo I fls. 13 a 220 do PAF são tributadas. E como está previsto no diploma legal acima transcrito, o imposto deve ser retido na saída quando o atacadista vende, para contribuinte não inscrito ou com inscrição irregular, com MVA prevista na legislação. Não tem nada a ver com mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária como alega a defesa.

Infração 02- O crédito reclamado nessa infração está prevista no art. 97 do RICMS/BA que assim expressa:

“Art. 97 é vedado ao contribuinte, ressalvado as disposições expressas de manutenção de credito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados :

Inciso I....

Inciso II....

Inciso III....

Inciso IV..a

Inciso IV.. "b" tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (Arts..356 e 359)"

Ressalta que o ICMS reclamado nessa infração trata-se do uso indevido do crédito fiscal nas aquisições de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária como tênis, chuteira, cola etc., não tendo nenhuma analogia com a 1ª infração como argüi a peça defensiva.

Infração 03- os contribuintes, atacadista, beneficiados com o decreto Dec.7.799 quando vende para não contribuintes não pode usar a redução da base de cálculo prevista nesse decreto de 41,176% o que representa uma carga tributária de 10%. A autuada além de ter usado a redução indevidamente, ainda o fez utilizado nos documentos fiscais de venda (amostragem anexa fls. 487 a 880 do PAF), inscrições "FALSAS", como está provado nos autos. Como exemplo cita os documentos de fls. 488 e 489 a inscrição 11.470.950 usada na NF de fls. 489 não existe segundo informação cadastral fls. 488. E assim sucessivamente até as fls. 888 do PAF.

Aduz que a defesa alega ainda que são saídas destinadas a produtor rural, por isso estaria contemplada pelo benefício do retro mencionado decreto, porém diz não ser verdade. Assegura que são saídas com "INSCRIÇÃO FALSA", não suscitando qualquer dúvida quanto ao procedimento do agente do fisco, pois o Dec.7.799/2000 art. 1º é bem claro nesse sentido, assim expressa:

"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 de que integra esse 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 de saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD do ICMS....."

Sustenta que é condição necessária para usufruir desse benefício que o adquirente da mercadoria, seja contribuinte inscrito.

O contribuinte foi intimado do resultado da diligência e da reabertura do prazo de defesa, 30 dias, porém não se manifestou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo impugnou todas as imputações, inclusive alegando nulidade.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não tem amparo fático ou jurídico o argumento relativo ao pressuposto de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Ademais, as infrações foram embasadas nos Demonstrativos aos autos às folhas 12 a 880 dos autos, conforme descrito nas respectivas infrações constantes no corpo do Auto de Infração.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, "a" e "b", do RPAF/99. Cabe destacar que o PAF foi convertido em diligência, tendo o sujeito passivo

recebido cópia da informação fiscal e do relatório com as datas corrigidas, sendo intimado da reabertura do prazo de defesa, porém silenciou.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados neste Estado.

A infração foi embasa no levantamento fiscal denominado Demonstrativo Anexo I acostado fls. 12 a 220 do PAF.

Em sua defesa o autuado alegou que os produtos constantes dos levantamentos fiscais não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Entendo que a alegação defensiva não é capaz de elidir a imputação, uma vez que mesmo não estando enquadrado no regime de substituição tributária, o estabelecimento autuado ao realizar vendas para contribuintes sem inscrição cadastral ou com inscrição desabilitada, ou seja, irregular, canceladas, suspensas etc., fica obrigado a fazer a retenção e o recolhimento do ICMS conforme determinação expressa do inciso I do artigo 353 do RICMS/97, vigente na data dos fatos geradores, *in verbis*:

“Art.353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes e serem realizadas pelos adquirentes nesse Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem recolhimento antecipado do imposto;”

Logo, a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativo, Anexo II, fls. 221 a 469 do PAF.

Em sua defesa o autuado sustenta que os produtos são os mesmos da infração 01, portanto seriam mercadorias tributadas normalmente, gerando direito ao crédito fiscal.

A alegação defensiva não pode ser acolhida, uma vez que ao analisar os demonstrativos acostados às folhas 221 a 469 dos autos observa-se que as mercadorias são diferentes. No caso da infração 02 são mercadorias enquadradas no Regime de Substituição tributária, tais como tênis, chuteira, cola etc.

Tratando de mercadorias enquadrada na substituição tributária existe uma vedação expressa de utilização do crédito fiscal, conforme artigo 97, inciso IV do RICMS/BA.

Assim, a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, conforme Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00.

Observo que o Decreto Nº 7.799 de 09 de maio de 2000, em seu artigo 1º, com a redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, estabelece que 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 o citado 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%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, conforme inciso I, o artigo acima, ao percentual de faturamento de

65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Portanto, o benefício fiscal é condicionado que o contribuinte atenda, além da assinatura do Termo de Acordo, algumas exigências, entre elas que as vendas seja para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia e que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, ao percentual de faturamento de 65%.

Assim, no mês em que não se atinja o percentual de 65%, no mínimo, do faturamento do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, o benefício fiscal não poderá ser utilizado. Tal fato, não tem nenhuma relação, como pretende a defesa, com a denúncia do Termo de Acordo. No caso em tela, não houve denúncia ao Termo de Acordo, tal matéria não se encontra em lide. O sujeito passivo continuou usufruindo do benefício fiscal nos meses em que atendeu as condições nele previstas.

Por sua vez, prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 142. 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:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Saliento que às folhas 488 a 879, constam extrato do Sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ/BA, comprovando que o autuante realizou consultas ao sistema antes da lavratura do Auto de Infração, tendo comprova que nos nºs das inscrições consignadas nas notas fiscais, emitidas pelo contribuinte autuado, não encontram-se no cadastro de contribuinte, constando com resultado da pesquisa: “*NENHUM CONTRIBUINTE FOI ENCONTRADO.*”

Logo, o contribuinte autuado estava obrigado, por determinação legal expressa, a verificar a situação cadastral dos seus clientes, pois a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 é condicionada a que, dentre outras exigências, as operações de saídas sejam destinadas a “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”.

Portanto, a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA, entendo que a infração restou caracterizada.

Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Pelo acima 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 **206951.0005/11-8**, lavrado contra **BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$204.126,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA