

A. I. N° - 274068.0007/13-4
AUTUADO - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24.10.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0245-04/13

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. ATACADISTA. DEC. 7799/2000. USO INDEVIDO. **a)** VENDA A NÃO CONTRIBUINTES DE ICMS (inscritos como “especiais” e isentos de inscrição no CAD-ICMS). A mera inscrição no CAD-ICMS não atribui à pessoa a condição de contribuinte do imposto prevista nos arts. 4º e 87 da LC 87/96 e 5º da Lei 7.014/96, nesta não se enquadrando as pessoas inscritas na condição de “especial”. Infração caracterizada. **b)** VENDA A PESSOAS JURÍDICAS COM INSCRIÇÃO EM SITUAÇÃO DE “INAPTOS”, “SUSPENSOS” E BAIXADOS. Para gozo dos direitos relativos ao ICMS é condição *sine qua non* que o contribuinte, ademais de inscrito no CAD-ICMS seja reconhecido como “apto” para o exercício da regular atividade empresarial (art. 149 do RICMS/BA). Infração subsistente. **c)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES SE DERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração com suporte no art. 100, II, do RICMS/BA e o contribuinte não contesta o valor exigido. Infração caracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/06/2013, exige ICMS, no valor de R\$62.054,01, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Recolheu a menos o ICMS de R\$33.085,65 em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000, nas saídas para não contribuintes. Período: setembro a dezembro 2009, janeiro a novembro 2010. Multa: 60%.

Consta que o contribuinte deu saída de mercadorias tributáveis a não contribuintes (isentos e especiais) utilizando o benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00 (demonstrativo Anexo 1) que é apenas destinado a saídas a contribuintes do ICMS, conforme art. 1º, I, do citado decreto.

- 2 Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Valor: R\$4.051,13. Período: agosto a dezembro 2009, fevereiro a novembro 2010. Multa: 60%.

Consta que o contribuinte efetuou estorno de crédito inferior ao estabelecido no art. 6º do Dec. 7799/00, determinado que os créditos fiscais relativos a mercadorias, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, do Dec. 7799/00, não pode exceder a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição de mercadorias. Tudo conforme DEMONSTRATIVO TERMO DE ACORDO DECRETO 7799/00 – estorno de crédito a menor – anexo

2 e DEMONSTRATIVO TERMO DE ACORDO DECRETO 7799/00 – PORCENTAGEM DE VENDA A CONTRIBUINTE - ANEXO 3.

- 3 Recolheu a menos o ICMS de R\$24.917,23 em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000. Período: agosto a dezembro 2009, janeiro a novembro 2010;

Consta que o contribuinte deu saída de mercadorias tributáveis a contribuintes inaptos, suspensos e baixados, utilizando o benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00 (demonstrativo Anexo 4) que é apenas destinado a saídas a contribuintes do ICMS, conforme art. 1º, I, do citado decreto.

O autuado, através de representante legal, impugna o lançamento tributário às fls. 67-71 dos autos.

Transcreve as infrações e, preliminarmente, argui a nulidade da infração 03 em face de autuação em duplicidade dos valores, conforme auto de infração 274068.0008/13-0 (infração 02) que transcreve, pois há identificação do mesmo período.

No mérito, primeiramente registra que todas as infrações consignam o mesmo objeto: suposto aproveitamento indevido do benefício fiscal previsto pelo Dec. 7799/00. Diz que o ponto nodal é verificar se as vendas foram ou não para contribuintes do imposto.

Diz que a autuada é signatária de Termo de Acordo Atacadista podendo reduzir a base de cálculo do ICMS em 41,176% nas saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD – ICMS da Bahia, desde que aptos, isto é, sem qualquer espécie de restrição cadastral.

Aduz que, conforme documentação anexada sobre a situação fiscal dos que efetuaram compra das mercadorias, a autuante se equivocou, uma vez que a autuação só se sustenta em caso de venda para não contribuintes e os documentos anexos demonstram vendas para contribuintes à época das operações e, provavelmente, a autuação considerou a situação do adquirente na época da autuação e não do fato gerador, razão pela qual, as infrações seriam improcedentes.

A autuante presta informação fiscal às fls. 115-119. Resume as alegações defensivas e assim as rebate:

Da autuação em duplicidade

Diz que a alegação defensiva não prospera, pois não se trata do mesmo motivo. A infração 03 deste auto se refere a recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas operações para inaptos, suspensos e baixados. Já a infração 02 do auto de infração citado na defesa (274068.0008/13-0) se refere à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, conforme estabelece o art. 353, I, do RICMS-BA. Ou seja, uma infração trata da redução da base de cálculo indevida e a outra trata de falta de substituição. Portanto, não houve a alegada duplicidade de cobrança.

Sobre a alegada inexistência de elementos para se determinar a infração com segurança, diz que o auto contém todos elementos exigidos no art. 18 do RPAF.

Sobre as infrações 01, 02 e 03

Diz não ser correta a alegação defensiva de que as três infrações consignam o mesmo objeto, pois a infração 02 se refere à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS. Assim, entende que a peça de defesa não combate essa infração, a qual ratifica.

Contesta a alegação defensiva de que a documentação anexada demonstra que a situação fiscal dos destinatários permite o uso da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00. Fala que a infração 01 reclama a redução da base de cálculo indevida em operações para não contribuintes do grupo sem inscrição ou com inscrição especial. Com relação ao grupo dos não inscritos não

faz sentido a verificação cadastral, uma vez que não existe número de inscrição. Ademais, analisando as fls. 85 a 111 se constata que:

- a) Extratos cadastrais de fls. 85, 89 a 94, 97, 99, 100, 102 a 111: são de empresas com inscrição especial e forma de pagamento não contribuinte, todas da infração 01. Portanto, sem direito a redução da base de cálculo;
- b) Extrato cadastral de fl. 87: a IE 27.008.256, no período 05/09/2009 a 06/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 09/04/01 a 24/01/12;
- c) Extrato de fl. 95: a IE 52.509.199, no período 25/09/2009 a 21/06/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 01/08/06 a 13/07/10;
- d) Extrato de fl. 96: a IE 52.078.071, no período 03/09/2009 a 04/09/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” até 23/09/10;
- e) Extrato de fl. 98: a IE 09.207.417, no período 17/09/2009 a 16/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 05/07/01 a 17/10/11;
- f) Extrato de fl. 101: a IE 648.796, no período 22/12/2009 a 25/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 10/11/98 a 29/04/12.

Afirma que como todas as inscrições exemplificadas pela Impugnante estavam na condição de “especial” no período do fato gerador, a redução da base de cálculo é indevida, razão pela qual ratifica a infração 01.

A infração 03 reclama a redução da base de cálculo indevida para operações para contribuintes na situação de “inaptos”, “suspensos” e “baixados” no cadastro de contribuintes à época do fato gerador. Afirmo que a consulta utilizada pela fiscalização usa dados do cadastro da SEFAZ para a data do fato gerador e que os documentos apresentados pelo Impugnante não contém as inscrições estaduais constantes na infração 03.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnando, traz a exigência do ICMS, em razão das seguintes infrações: Infração 01. Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas vendas para não contribuintes (isentos de inscrição e com inscrição “especial” – demonstrativo fls. 08-23); Infração 02. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução – demonstrativo fls. 24-39; Infração 03. Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas vendas para pessoas jurídicas com cadastros na situação de “inaptos”, “suspensos” e “baixados” – demonstrativo fls. 40-56.

Da análise das peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Conforme recibo de fl. 57, o contribuinte recebeu cópia dos papéis de trabalho que respaldam a autuação e exerceu o direito de ampla defesa e do contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no presente Auto de Infração. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquiere o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Defendendo-se, o autuado, preliminarmente, arguiu a nulidade da infração 03 alegando autuação em duplicidade dos valores, conforme auto de infração 274068.0008/13-0 (infração 02), pois há identificação do mesmo período.

No mérito, alegou que a autuante se equivocou, uma vez que a autuação só se sustenta em caso de venda para não contribuintes e os extratos cadastrais que anexou demonstram vendas para contribuintes à época das operações.

Compulsando os autos, de logo observo não haver a alegada duplicidade de exigência de valores pela infração 03 deste auto e infração 02 do auto de infração 274068.0008/13-0, pois, embora contemple mesmo período, referem-se a infrações com distintos objetos, uma vez que pela infração 03 deste auto se exige ICMS por recolhimento a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas operações para pessoas jurídicas com inscrição cadastral na situação de “inaptos”, “suspensos” e “baixados” enquanto que pela infração 02 do outro auto de infração se exige ICMS ST por falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, conforme estabelece o art. 353, I, do RICMS/BA. Ou seja, uma infração trata da redução da base de cálculo indevida e a outra trata de falta de antecipação de ICMS por substituição tributária.

Superada a questão preliminar, passo a analisar o mérito da lide.

Como bem observa o Impugnante, tratando-se as três infrações de benefícios fiscais previstos pelo Dec. 7799/00, o ponto nodal para dirimir a lide, ponderando as razões de acusação e defesa, é verificar se as vendas foram ou não para contribuintes do ICMS, uma vez que o próprio Impugnante admite que a autuação só se sustenta em caso de venda para não contribuintes.

Pois bem, analisando o caso, neste aspecto, constato a razão caber à autuante, senão vejamos;

Infração 01 – Uso do benefício fiscal de redução de base de cálculo nas vendas para não contribuintes do ICMS (pessoas jurídicas isentas de inscrição no CAD-ICMS e inscritos na condição de “especial”)

Tratemos, primeiro, das pessoas jurídicas inscritas no CAD-ICMS na condição de “Especial”.

Nesse caso, necessariamente, a inscrição não atribui à pessoa a condição de contribuinte do ICMS, uma vez que, conforme conceituação legal, *“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (art. 4º da LC 87/96 e art 5º da Lei 7.014/96).*

Além dessa definição, taxativamente, a lei também atribui a condição de contribuinte do ICMS à pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: *I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; III – adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização (parágrafos únicos do art. 4º da LC 87/96 e 5º da Lei 7.014/96).*

Portanto, esses são os contribuintes do ICMS de direito, sem qualquer extensão. Assim, não há que fazer confusão com o contribuinte de fato do ICMS, o consumidor final que, em alguns casos pode até ser o próprio contribuinte de direito quando adquire para seu consumo próprio mercadoria tributada pelo ICMS, situação em que é tributado com a alíquota interna.

Para o caso presente, a pessoa jurídica inscrita na condição “especial” no CAD-ICMS da Bahia não se encaixa nas definições legais de contribuinte do ICMS, pois, ou adquire mercadoria para consumo próprio, sendo mero contribuinte de fato, ou não está habilitado/autorizado pela SEFAZ para a revenda ao consumidor final das mercadorias que adquiriu do autuado.

A própria excepcionalidade, na situação cadastral de “especial”, indica a inexistência de

condições normais que obrigue a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de tais estabelecimentos para praticar operações e/ou prestações sujeitas à incidência do ICMS.

Conforme art. 149 do RICMS/BA, a inscrição no “*Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS)* tem por finalidade a habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento e o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas”.

Portanto, como se vê da finalidade expressa no dispositivo legal, não apenas podem se inscrever no CAD-ICMS, contribuintes do ICMS. A propósito, o inciso V, do art. 150 do RICMS/BA, dita que se inscreverão, antes de iniciarem suas atividades, na condição de contribuinte especial, as pessoas jurídicas não obrigadas a se inscreverem, mas que, por opção própria, requerem inscrição: 1 - as empresas legalmente habilitadas a operar como arrendadoras nas operações de arrendamento mercantil (“leasing”); 2 - as empresas de construção civil, quando não consideradas legalmente contribuintes do ICMS (art. 36 e art. 543); 3 - os estabelecimentos gráficos quando confeccionarem, exclusivamente, impressos mediante encomenda direta dos respectivos clientes.

Tal entendimento se consolida através de diversos pareceres proferidos pela Diretoria de Tributação da SEFAZ respondendo a consulta de contribuintes atacadistas, conforme publicado no site dessa Secretaria, a exemplo dos de nºs 2068/07, 2315/07 e 16265/08, abaixo reproduzido, que, se referindo a não aplicação do benefício da redução de base de cálculo nas vendas efetuadas a Órgãos Públicos, serve para aclarar o entendimento relativo à condição de contribuinte, constante do Dec. nº 7.799/00:

“PARECER Nº 16265/2008 DATA: 28/08/2008.

ICMS. Consulta. O benefício previsto no Dec. nº 7.799/00 aplica-se exclusivamente às saídas internas efetuadas pelo estabelecimento atacadista com destino a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, ou seja, às saídas internas destinadas a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem operações e/ou prestações sujeitas à incidência do imposto estadual.

A consulente, empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à questão a seguir transcrita:

“Adquirimos recentemente o Termo de Acordo Atacadista e gostaríamos de saber se podemos nos beneficiar com a redução de base de cálculo nas vendas efetuadas a Órgãos Públicos que não são contribuintes do ICMS.”

RESPOSTA:

Em resposta à orientação solicitada, ressaltamos que o art 1º do Dec. nº 7.799/2000, que disciplina a aplicabilidade do benefício da redução de base de cálculo nas operações efetuadas por atacadistas baianos, assim estabelece expressamente:

“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 que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CADICMS 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 das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:(...)”.

Vê-se, assim, da leitura do dispositivo legal acima transcrito, que o benefício ali previsto aplica-se exclusivamente às saídas internas efetuadas pelo estabelecimento atacadista com destino a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, ou seja, às saídas internas destinadas a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem operações e/ou prestações sujeitas à incidência do imposto estadual.

Nesse contexto, e considerando que os Órgãos Públicos, em princípio, não se caracterizam como contribuintes do ICMS, visto que não praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores deste imposto, as saídas internas de mercadorias efetuadas pela Consulente com destino a tais entidades não estão alcançadas pelo benefício previsto no Dec. nº 7.799/00.

Ressalte-se, por fim, que a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na resposta à presente consulta, ajustando-se à orientação recebida e, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, dentro do prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta, nos termos do art. 63 do Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal - RPAF (Dec. nº 7.629/99).

É o parecer.

Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA

GECOT/Gerente: 28/08/2008 – ELIETE TELES DE JESUS SOUZA

DITRI/Diretor: 28/08/2008 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA”

O §3º, art. 1º do Decreto 7.799/00, não deixa dúvidas quanto a esse entendimento quando conclui o aludido parágrafo afirmando: “..... destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial”. Segue “*in verbis*”, o aludido dispositivo normativo.

“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 que integra este 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 das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

...

§ 3º Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial.” (grifo do relator).

Assim, esse §3º não foi introduzido no sentido interpretativo, mantendo o benefício fiscal nas vendas para contribuintes do ICMS e o restringindo nas saídas internas para contribuintes especiais inscritos sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13 (Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria), 14-A (Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (Comércio atacadista de material elétrico) e 14-C (Comércio atacadista de materiais de construção em geral) do Anexo Único do Dec. 7799/00, mas, como se clarifica no vocábulo inicial do texto, para **estender**, excepcionalmente, a redução da base de cálculo inicialmente concedida apenas aos contribuintes do ICMS, quando das vendas internas dos atacadistas das quatro atividades retro indicadas para não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS na condição de especial.

Dito isto, com relação aos extratos da situação cadastral das pessoas jurídicas para as quais a empresa autuada vendeu mercadorias objeto da infração 01, constato que:

- a) Extratos cadastrais de fls. 85, 89 a 94, 97, 99, 100, 102 a 111: são de empresas com inscrição especial e indicação de forma de pagamento de ICMS como “não contribuinte”, todas da infração 01. Portanto, sem direito a redução da base de cálculo;
- b) Extrato cadastral de fl. 87: a IE 27.008.256, no período 05/09/2009 a 06/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 09/04/01 a 24/01/12;
- c) Extrato de fl. 95: a IE 52.509.199, no período 25/09/2009 a 21/06/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 01/08/06 a 13/07/10;
- d) Extrato de fl. 96: a IE 52.078.071, no período 03/09/2009 a 04/09/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” até 23/09/10;

- e) Extrato de fl. 98: a IE 09.207.417, no período 17/09/2009 a 16/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 05/07/01 a 17/10/11;
- f) Extrato de fl. 101: a IE 648.796, no período 22/12/2009 a 25/11/2010 (infração 01), estava na condição de “especial” no período 10/11/98 a 29/04/12.

Com relação ao grupo dos não inscritos (sobre os quais o Impugnante nada contesta), a própria regra contida no art. 1º do Dec. 7799/00 (transcrito abaixo), os exclui do benefício fiscal, uma vez que a redução da base de cálculo, neste caso, apenas se aplica às saídas para contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS.

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 que integra este 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 das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

Portanto, subsistente é o valor exigido pela infração 01.

Infração procedente.

Infração 02

Sobre essa infração (falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor proporcional às saídas com redução), o Impugnante nada objeta concretamente, já que os extratos que juntou são de empresas inscritas na condição de “especial”, já retro apreciados.

Tendo em vista a suficiência normativa inserta nos arts. 6º do Dec. 7799/00, 100, II, do RICMS/BA e considerando a disposição dos arts. 140, 141, 142 e 143 do RPAF, todos aqui transcritos, também tenho como subsistente o valor exigido pela infração 02.

DECRETO Nº 7799/00

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, 3º-E e 3º-F, 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.

RICMS-BA:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

...

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração procedente.

Infração 03

Como já visto na apreciação da questão preliminar arguida, sobre a infração 03 o Impugnante alegou a já afastada duplicidade da autuação e, juntando os extratos de fls. 85-111, negou o cometimento da infração dizendo ter efetuado vendas apenas para contribuintes do ICMS regularmente inscritos à época do respectivo fato gerador, pois o Decreto 7799/00, do qual é beneficiário, permite-lhe reduzir a base de cálculo do ICMS em 41,176% nas saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD – ICMS da Bahia, **desde que aptos, isto é, sem qualquer espécie de restrição cadastral.**

Para gozo dos direitos relativos ao ICMS é condição *sine qua non* que o contribuinte, ademais de inscrito no CAD-ICMS, seja reconhecido como “apto” para o exercício da regular atividade empresarial, pois, como já vimos, a inscrição no “Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS)” tem por finalidade a habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento”. (art. 149 do RICMS/BA).

Ora, a acusação fiscal é que, indevidamente, o contribuinte autuado reduziu a base de cálculo do imposto nas vendas que efetuou para contribuintes na situação de inaptidão para o regular exercício de atividade empresarial, com inscrição no CAD-ICMS suspensa ou baixada do cadastro.

Ocorre que na oportunidade da defesa, todos os extratos da situação cadastral juntados são de pessoas jurídicas cadastrados na condição de “especial”, os quais já foram pertinentemente apreciados na infração 01, sem qualquer repercussão na infração 03.

Assim, considerando o disposto nos arts. 123 e 141 do RPAF e concluindo do mesmo modo que para as anteriores infrações, tenho como subsistente o valor exigido pela infração 03, que resta caracterizada.

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Infração procedente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0007/13-4**, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 62.054,01**, acrescido da multa 60% prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR