

PROCESSO - A. I. N° 269198.0090/11-6
RECORRENTE - NORDESTE - IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0289-03/12
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 17/02/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0024-11/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. O tratamento tributário previsto no Decreto nº 7.799/00 se aplica a 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 também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração comprovada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte que efetuar saída de mercadorias para outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/11/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$244.186,30, acrescido da multa de 60%, em razão de três irregularidades, todas objeto da insurgência:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menos o ICMS no valor histórico de R\$216.379,47, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O autuado possui Termo de Acordo de Atacadista – Decreto nº 7.799/00, e reduziu indevidamente a base de cálculo nas saídas destinadas a não contribuintes e a contribuintes com inscrição estadual não ativa, implicando recolhimento a menos do ICMS, sendo recomposto o conta corrente fiscal do ICMS no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

INFRAÇÃO 2: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no valor histórico de R\$24.809,01, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Saídas amparadas pelo Decreto nº 7.799/00, art. 6º, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

INFRAÇÃO 3: Deixou de proceder à retenção do ICMS no valor histórico de R\$2.997,82, e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

O autuado apresentou impugnação às fls. 2433 a 2473 do PAF (volume V), o autuante prestou informação fiscal às fls. 2544/2545 contestando as alegações defensivas e mantendo a autuação.

À fl. 2549 a 3^a JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito, designado pelo Inspetor Fazendário, adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo indicando todas as notas fiscais referentes às mercadorias recebidas com a alíquota de 10%. Se comprovado com a apresentação dos documentos fiscais originais, fizesse os necessários ajustes no levantamento fiscal relativo à infração 02.
2. Quanto à infração 03 verificasse a inclusão, no levantamento fiscal, de inscrições que se encontravam ativas, excluindo as cobranças referentes às operações com empresas em que as inscrições estaduais estivessem regulares no período fiscalizado.

Também foi solicitado que a Inspetoria Fiscal providenciasse a entrega, ao autuado, de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o autuado se manifestasse, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

A diligência foi realizada por Fiscal estranho ao feito, conforme documentos de fls. 2552/2553. Este informou que, após duas intimações, o contribuinte apresentou apenas relação de notas fiscais de entradas acompanhadas das notas fiscais originais, sem demonstrativo que indicasse onde poderia haver erro por parte do autuante em relação ao estorno de crédito. Que ainda assim ele, diligente, informava que analisou o demonstrativo elaborado pelo autuante e constatou que no demonstrativo “AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR”, na coluna “S - Limite_Credito DEC. 7799”, o Auditor Fiscal especificou o limite de crédito admissível para cada operação e na coluna “T – Estorno a fazer” o valor do estorno quando cabível. Informou ter verificado, pelo referido demonstrativo, que quando o valor do crédito era menor ou igual a 10% não foi calculado qualquer estorno pelo autuante. E, após análise das notas fiscais apresentadas pela empresa autuada, então ele, Diligente, concordava com a autuação, assegurando que em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores superiores a 10%, inexistindo ajustes a fazer.

Quanto à solicitação para verificar se foram incluídas no levantamento fiscal da infração 3 inscrições que se encontravam ativas no período da autuação, o Diligente informou que analisou todas as inscrições estaduais arroladas no levantamento “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO E ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO - CONTRIBUINTES INAPTO” e constatou a veracidade dos dados da autuação, afirmando que todas as inscrições estaduais objeto da lide estavam em situação “não ativa” nos períodos relacionados, inexistindo ajustes a fazer.

À fl. 2603 do PAF, o autuado foi intimado do resultado da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, constando à fl. 2604, e na própria intimação, a comprovação, assinada por preposto do contribuinte, quanto a que este recebera cópia do encaminhamento da diligência, da informação fiscal e dos documentos de fls. 2552/2601 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o contribuinte não se manifestou.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0289-03/12, às fls. 2218 a 2224. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta na descrição do fato que o autuado possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7.799/00, e reduziu indevidamente a base de cálculo nas saídas destinadas a não contribuintes e a contribuintes com inscrição não ativa, implicando recolhimento a menos do ICMS, sendo recomposto o conta corrente fiscal do ICMS, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

A exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17% em relação às operações em que

se constatou que os destinatários das mercadorias se encontravam na situação de inaptos e sem inscrição estadual, e não se trata de um afastamento temporário do benefício, como entendeu o defendente.

Conforme estabelece o art. 1º do Decreto 7.799/00, o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a 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 também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Portanto, se alguma operação efetuada não atende as condições estabelecidas para a concessão do benefício fiscal, não se aplica o tratamento tributário somente em relação àquela operação, o que não significa que o contribuinte foi desenquadrado daquele sistema, considerando que as demais operações no mesmo período e que atendam aos requisitos, são realizadas com a adoção do tratamento tributário previsto.

Nas razões de defesa o autuado alegou que de acordo com a característica de que as mercadorias seriam destinadas à comercialização, os destinatários (inscritos ou não inscritos) estão no mesmo patamar ou numa situação jurídica equivalente; são contribuintes do ICMS e estão no mesmo patamar frente às normas de direito tributário. Entende que, se a lei não faz distinção nas obrigações, também não pode fazê-lo na concessão de benefícios, não podendo deixar de incidir a redução da base de cálculo para situações nítidas de vendas a contribuintes que são equiparados, apesar de não terem inscrição estadual.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que de acordo com o art. 142, incisos I e II do RICMS/BA, 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, e exhibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Entendo que não assiste razão ao autuado quanto às suas alegações defensivas, haja vista que no caso do tratamento previsto no Decreto 7.799/00, não basta ser contribuinte no sentido amplo, há uma condição específica que não depende da interpretação do que seja contribuinte, considerando que o art. 1º do Decreto 7.799/00 estabelece que o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a 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 também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, sendo considerado contribuinte do ICMS, somente se aplica o benefício fiscal àqueles que estejam inscritos no CAD-ICMS. No caso em exame, a exigência fiscal se refere a saídas destinadas a não contribuintes e a contribuintes com inscrição não ativa ou inapta no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, sendo recomposto o conta corrente fiscal do ICMS referente ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme fl. 11 e demais demonstrativos acostados aos autos.

Vale repetir, que o Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. A utilização do tratamento tributário previsto neste Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, e dentre as vedações à utilização deste benefício fiscal, encontra-se a operação de saída de mercadoria a consumidor final. Portanto, não se aplica a operações realizadas a pessoas físicas e jurídicas sem inscrição estadual.

O autuado não se manifestou quanto os dados numéricos do levantamento fiscal e não contestou a situação cadastral dos destinatários das mercadorias. Alegou que não se pode exigir tributo de forma diferenciada entre contribuintes em situação equivalente, assim como, não se pode conceder benefícios a uma parte dos contribuintes em detrimento de outros, porque entende que os benefícios têm que ser estendidos a todos que estão em patamar de igualdade.

As alegações não foram acatadas e o imposto apurado é devido, haja vista que, conforme estabelece o art. 13, Inciso I, do RICMS/97, a outorga de benefício fiscal não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias. Independentemente das questões levantadas pelo defendant o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido. Assim, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

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. Saídas amparadas pelo Decreto 7.799/00, art. 6º, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

O defendente alegou que parte das mercadorias foi recebida com alíquota já de 10% e, sendo assim, não há o que estornar. Alega que outro ponto a ser analisado, é que o autuante não juntou as notas fiscais, apesar de a acusação fiscal ter a obrigação de instruir o lançamento com todo o suporte probatório.

Em atendimento à solicitação do autuado, foi determinada por esta JJF a realização de diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, o que foi efetuado, conforme "Relatório de Revisão Fiscal à fl. 2552/2553. O

Auditor Fiscal encarregado pela diligência informou que após duas intimações, o contribuinte apresentou apenas relação de notas fiscais de entradas acompanhadas das notas fiscais originais. Disse que não foi feito nenhum demonstrativo que indicasse onde poderia haver erro por parte do fiscal autuante em relação ao estorno de crédito. Mesmo sem um demonstrativo que indicasse onde porventura houvesse erro e visando dirimir quaisquer dúvidas, o diligente informou que analisou o demonstrativo elaborado pelo autuante e constatou que no demonstrativo “AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR”, na coluna “S - Limite_Credito DEC. 7799”, o auditor fiscal especificou o limite de crédito admissível para cada operação e na coluna “T – Estorno a fazer” o valor do estorno quando cabível. Diz que verificou pelo referido demonstrativo, que quando o valor do crédito era menor ou igual a 10% não foi calculado nenhum estorno pelo autuante. E, após análise das notas fiscais apresentadas pela autuada, concorda com a autuação, assegurando que em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores superiores a 10%, inexistindo ajustes a fazer.

Como foi efetuado levantamento fiscal utilizando as notas fiscais apresentadas pelo autuado, não há necessidade de acostar ao PAF as notas fiscais comprobatórias da apuração realizada, como entendeu o defendente.

Vale salientar, que à fl. 2603 do PAF, o autuado foi intimado do resultado da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, constando à fl. 2604, e na própria intimação, a comprovação assinada por preposto do contribuinte, de que recebeu cópia do encaminhamento da diligência, da informação fiscal e dos documentos de fls. 2552/2601 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

Entendo que a infração está comprovada, haja vista que o contribuinte deve estornar o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as mercadorias ou os serviços forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução, conforme estabelece o art. 100, inciso II do RICMS/97. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Deixou 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 contribuintes localizados neste Estado, não ativos, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

Conforme estabelece o art. 353, inciso I do RICMS/97, vigente à época dos fatos, 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 a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes.

O autuado não apresentou contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal e alegou que diversas inscrições estavam regulares perante o fisco, só sendo canceladas em data posterior aos anos de 2006 e 2007 ou se encontram ativas, conforme relação de inscrições que elaborou às fls. 2441/2444, alegando que devem ser excluídos de cobrança de qualquer antecipação tributária os contribuintes que estejam aptos, não devendo prevalecer a aplicação da retenção. Assim, o defendente alega que foram detectadas inscrições aptas (não canceladas ou suspensas) sendo necessário que seja efetuada diligência para checagem de todas as inscrições objeto da ação fiscal para que sejam excluídas as cobranças referentes às empresas regulares.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que em relação às inscrições estaduais citadas pela defesa, alegando que estariam ativas, tais inscrições se reportam à data da ocorrência do fato gerador, época em que as empresas estavam inaptas. Diz que o autuado, nas suas razões de defesa de fls. 2433 a 2474, tenta elidir a ação fiscal sem apresentar nada que comprove suas alegações.

Por decisão desta JJF, em atendimento à solicitação do defendente, este item também foi objeto de diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, e o preposto fiscal informou que analisou todas as inscrições estaduais arroladas no levantamento “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO E ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO - CONTRIBUINTES INAPTOS” e constatou a veracidade dos dados da autuação. Afirma que todas as inscrições em lide estão em situação “não ativa” nos períodos relacionados, inexistindo ajustes a fazer.

Vale salientar, que à fl. 2603 do PAF, o autuado foi intimado do resultado da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, constando à fl. 2604, e na própria intimação, a comprovação assinada por preposto do contribuinte, de que recebeu cópia do encaminhamento da diligência, da informação fiscal e dos documentos de fls. 2552/2601 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

Concluo pela procedência desta infração, haja vista que a legislação estabelece que o contribuinte que efetuar saída de mercadorias a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 2236 a 2264, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, em relação à imputação 1 o Recorrente volta a alegar tratar-se de venda a contribuintes "equiparados" e que o Fisco as considerou como vendas a não-contribuintes, "*somente por constar a venda a contribuintes ou contribuintes com inscrição ativa*". Repete as alegações impugnatórias iniciais no sentido de que o Fisco estabeleceria que determinadas operações destinadas a contribuintes sem inscrição fossem equiparadas às dos contribuintes inscritos para efeito de cobrança, por exemplo, da substituição tributária, dada a característica de que as mercadorias seriam destinadas à comercialização. Que se há essa conduta esses entes (inscritos ou não inscritos) estariam no mesmo nível, ou numa situação jurídica equivalente, sendo, nesse diapasão, contribuintes do ICMS, e estariam no mesmo patamar frente às normas de direito tributário. Comenta sobre o princípio da igualdade delineado no *caput* do art. 5º da Constituição da República. Aduz que se a lei não faz distinção nas obrigações, também não pode fazê-lo na concessão de benefícios, não podendo deixar de incidir a redução da base de cálculo para situações nítidas de vendas a contribuintes que são equiparados, apesar de não terem inscrição estadual. Sobre o tratamento isonômico, cita ensinamentos de Roque Antônio Carrazza, e apresenta o entendimento de que não se pode exigir tributo de forma diferenciada entre contribuintes em situação equivalente, assim como não se pode conceder benefícios a uma parte dos contribuintes em detrimento de outros. Afirma que os benefícios têm que ser estendidos a todos que estão em patamar de igualdade. Transcreve decisões da esfera judicial no sentido de ser assegurada a isonomia de tratamento tributário.

Quanto à infração 2, alega que o autuante adotou todas as notas fiscais de entrada como se fossem emitidas por contribuintes que não gozam do regime descrito no Decreto nº 7.799/00. Diz que o autuante entendeu que todas as mercadorias haviam ingressado sob alíquota de 17%, o que não corresponderia à verdade, porque a maior parte das mercadorias teria sido recebida com alíquota de 10% e, sendo assim, não haveria o que estornar. Alega que outro ponto a ser analisado é o de que o autuante não juntara as notas fiscais, apesar de o Fisco ter a obrigação de instruir o lançamento com todo o suporte probatório, conforme art. 41, inciso III, do RPAF/99. Entende que o programa utilizado pelo autuante já estava pré-definido para gerar um fictício crédito nas entradas sob alíquota de 17%, enquanto as mercadorias já vinham com incidência de uma alíquota equivalente a 10%, e a não juntada dos documentos é a via encontrada pela ação fiscal para esconder e camuflar a conferência. Afirma que a ação fiscal carece dos elementos probatórios que a própria legislação do procedimento administrativo fiscal impõe.

No que tange à infração 3, afirma que foi exigida antecipação tributária, sob alegação de que se tratava de contribuintes não ativos, mas que ele, recorrente, teria constatado que diversas inscrições estariam regulares perante o Fisco, só tendo sido canceladas em data posterior aos anos de 2006 e 2007, ou se encontravam ativas, conforme relação de números de inscrições estaduais que trouxe na impugnação originária (fls. 2053 a 2056) e reprise em grau de recurso, às fls. 2441/2444, alegando que deveriam ser excluídos da cobrança de qualquer antecipação tributária os contribuintes que estivessem aptos, não devendo prevalecer a aplicação da retenção.

Em seguida, o recorrente novamente contesta a aplicação da taxa SELIC como índice para acréscimo moratório nas infrações apontadas, e apresenta o entendimento de que, ao adotar a mencionada taxa, aumenta o valor do tributo e admitir a aplicação dessa taxa seria conceber a figura do tributo rentável. Apresenta análise e entendimento da doutrina quanto a esta matéria, concluindo que a referida taxa SELIC estaria eivada de inconstitucionalidades, pelo que entende deveria ser excluída do montante do débito.

O defendente novamente pede a realização de diligência por preposto fiscal estranho ao feito, alegando que teria ficado impossibilitado de recompor todos os demonstrativos, devido ao curto lapso de tempo para apresentação da "*defesa*". Volta a afirmar que somente a administração poderia elaborar um demonstrativo completo e válido para apuração final do *quantum* devido, a fim de que ele, autuado, demonstrasse os equívocos que teriam sido cometidos pelo autuante.

Justifica o pedido de diligência alegando:

1. Que na infração 2, há notas fiscais cujo crédito correspondeu a uma alíquota de 10%, não havendo o que estornar.
2. Relativamente à infração 3 teriam sido detectadas inscrições aptas (não canceladas ou suspensas) sendo necessário que seja efetuada diligência para checagem de todas as inscrições objeto da ação fiscal, para que sejam excluídas as cobranças referentes às empresas regulares.

O defensor novamente comenta acerca de provas obtidas por meio de diligências e perícias, e diz que, se a quantidade de documentos a consultar é de grande vulto, a autoridade fiscal tenderia a aceitar o pedido de diligência ou de perícia, concluindo que os Conselhos de Contribuintes viriam anulando as decisões em que a autoridade julgadora de 1º grau não menciona o fato e não motiva o indeferimento do pedido de perícia.

O recorrente conclui pedindo que seja provido o Recurso Voluntário e acatado o pedido de nulidade e, alternativamente, que seja deferida a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, aduzindo confiar que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 2268 e 2269 aduzindo que as razões recursais são insuficientes para provocar modificação no julgamento de primeira instância, considerando que o recorrente não trouxe prova, nem argumentos jurídicos, capazes de promoverem a modificação do julgamento com o qual ela, Procuradora, afirma concordar. Que as alegações do contribuinte são genéricas e limitam-se a negar o cometimento das infrações, sem colacionar aos autos documentos fiscais, e que as imputações encontram-se lastreadas em levantamentos e demonstrativos de débito. Cita e comenta o teor do artigo 143 do RPAF/99. Afirma que, ademais, o contribuinte pede a realização de diligência, ou perícia, no entanto verifica-se que o feito já fora convertido em diligência, realizada por fiscal estranho ao feito, sobre cujo resultado o contribuinte não se manifestou.

Que o contribuinte manifesta irresignação contra a adoção da Taxa SELIC, mas tal adoção está prevista no artigo 102 do COTEB.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que se reporta ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, 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, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

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.

No quanto pertinente à irresignação quanto à aplicação da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do 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.

Ainda quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de constitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Portanto, não podem subsistir as alegações recursais em contrário.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Também indefiro o pedido de realização de nova diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

No mérito, também não merece qualquer reparo, ou suplementação, a didática e minuciosa decisão de base, que esgotou a apreciação de todos os argumentos contrários à autuação.

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. Em realidade, mesmo o pedido para a realização de diligência já foi atendido, em fase de instrução processual, tendo sido devidamente constatado o acerto do trabalho realizado pelo agente fazendário.

Quanto à imputação 01, que trata da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, tendo o autuado Termo de Acordo de Atacadista – Decreto 7.799/000, observo que exatamente como já dito pela JJF nesta lide, prevê o artigo 1º do Decreto 7799/00:

DECRETO Nº 7.799 DE 09 DE MAIO DE 2000

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:

(...)

(destaque nosso)

Sendo esta uma situação de uso de benefício fiscal, aplica-se a interpretação restrita, expressa, da disposição normativa de regência. Descabe uso de analogia para ampliação do alcance desta norma.

Assim, quando praticada a operação com pessoa não inscrita no cadastro de contribuintes, ou inscrita em situação irregular, quadro que não a qualifica para atuar como se ativa e regular sua situação cadastral, é legalmente impossível a utilização do benefício fiscal em análise, seja por qual toada for, por parte do autuado. Atuou corretamente a JJF ao julgar procedente a imputação fiscal.

Em relação à acusação 2 do Auto de infração, falta de estorno proporcional de crédito fiscal, ressalto que consoante minuciosamente exposto no relatório que antecede este voto, o levantamento fiscal foi objeto de diligência por determinação da JJF, na busca da verdade material, e nessa diligência, realizada por Fiscal estranho ao feito, restou comprovado que a alegação do contribuinte quanto a indevida exigência de imposto foi totalmente rechaçada. O contribuinte, em sede de recurso, não traz qualquer argumento, ou prova, de equívocos seja no levantamento fiscal originário, seja no resultado apurado pelo Diligenciador, limitando-se a reproduzir o pedido de nova verificação fiscal.

Assinalo que as notas fiscais objeto do demonstrativo fiscal acostado pelo autuante às fls. 1724 a 1758 (volume IV) estão sob posse e guarda do autuado e não há prova, nos autos, que tenha existido o que o contribuinte denomina, em sua peça de insurgência, de uso de “*programa pré-definido*” para gerar qualquer “*crédito fictício*”, pelo que sem lastro fático tal acusação do contribuinte. Os cálculos apresentados nos autos pelo Fisco estão baseados nos documentos do próprio contribuinte autuado.

Comprovada nos autos o acerto do levantamento fiscal realizado, resta correta a decisão de base no sentido da procedência da imputação 2.

Em relação à imputação 3 do Auto de Infração, esta diz respeito à falta de retenção do ICMS e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Nesta situação, que não trata de uso de benefício fiscal com determinação expressa de necessidade de inscrição no cadastro de contribuintes deste Estado – situação que, como já dito neste voto, atinge a imputação 1 do Auto de Infração - então cabe a aplicação do conceito amplo do termo “contribuinte”, ou seja, enquadr-se no conceito de contribuinte não só aquele que possui a inscrição estadual, e sim todo aquele que pratica operação em que incida o tributo em foco, qual seja este o ICMS, consoante dispõe o *caput* do artigo 5º da Lei nº 7014/96..

Uma vez que o autuado, ora recorrente, não reteve o imposto, e em consequência não o recolheu aos cofres públicos, cabe a aplicação da determinação normativa que lhe atribui a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação principal na qualidade de sujeito passivo por substituição, a teor do *caput* do artigo 8º da mesma Lei nº 7014/96.

Ainda em fase de instrução processual a JJF, laboriosamente, determinou que Fiscal estranho ao feito verificasse a situação cadastral dos contribuintes cujas operações com o autuado são o objeto da imputação 3, e na verificação realizada o Diligente, acostando inclusive, às fls. 2166 a 2208, cópias dos espelhos dos cadastros de tais contribuintes aos autos deste processo, constatou o acerto da ação fiscal originária, quanto às situações cadastrais objeto das alegações do sujeito passivo, que as dizia regulares, quando de fato não o eram. Correta a decisão de base quanto à total procedência da acusação 3.

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 1ª 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 269198.0090/11-6, lavrado contra NORDESTE IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$244.186,30, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS