

PROCESSO	- A. I. Nº 274068.0007/13-4
RECORRENTE	- SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (MIX IDEAL ATACADO)
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0245-04/13
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 11/03/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-12/14

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 “INAPTO”, “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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 4º Junta proferida por meio do acórdão JJF 0245-04/13 em 15/10/2013 que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2013, com o objetivo de exigir o débito no valor de R\$62.054,01 (sessenta e dois mil cinquenta e quatro reais e um centavo), acrescidos da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais, em decorrência do cometimento das seguintes infrações, assim descritas no auto de infração:

Infração 01 - 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.

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. 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.

Infração 03-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.

Concluída a instrução do feito, os autos foram submetidos à apreciação por parte da 4ª JJF, que, na assentada de julgamento datada de 15/10/2013, entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedentes os autos de infração, o que fez nos seguintes termos:

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”, “suspenso” 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 artigo 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 inquine 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”, “suspenso” 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 consultente, 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 restringindo as 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 vocabulário 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 sinequa 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.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 143/146), basicamente reiterando os termos da impugnação, aduzindo que:

- a) Visa reformar decisão proferida, julgando equivocada decisão da junta, uma vez que, segundo ele, as vendas foram efetuadas para contribuintes do imposto, em conformidade com o Decreto nº 7799/00.
- b) Alega que o entendimento do acórdão proferido limitou-se a verificar a formalidade do procedimento, afastando a condição de contribuinte para pessoas jurídicas escritas no CAD-ICMS como especial. Pois todos os contribuintes estavam na época da operação inscritos devidamente no CAD-ICMS do Estado da Bahia, cumprindo todos os requisitos da lei para redução da base de cálculo.
- c) Afirma que não houve falta de recolhimento, pois a redução da base de cálculo ocorreu nos moldes previstos pelo Decreto, por tanto a decisão precisaria ser reformada pois não ocorreu a falta de recolhimento.
- d) Sustenta como obrigatório o afastamento/anulação do auto de infração nº 3, pois todos os extratos juntados são de pessoas jurídicas cadastradas na condição especial, conforme entendimento do relator e do julgador.

A PGE/PROFIS em seu parecer as fls.166/167 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, tendo em vista que as razões apresentadas foram insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido pela primeira instância administrativa, vez que não se pode considerar inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia, aquele está suspenso ou inapto, pois esta situação exclui o cadastro, tornando-o irregular.

Argumenta em seguida que o contribuinte inscrito como especial não faz jus ao benefício fiscal, por na verdade não ser contribuinte do ICMS, sendo-lhe concedida a inscrição no cadastro estadual apenas por razões operacionais. Entendendo portanto que deve ser mantida a exigência fiscal.

VOTO

Inicialmente, recebo o Recurso Voluntário e reconheço a sua tempestividade.

Analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 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. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Da análise dos autos, verifico tratar-se o lançamento tributário de três infrações relativas à indevida fruição de benefícios fiscais previstos pelo Decreto nº 7799/00.

A primeira infração impõe ao Recorrente o recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida do benefício fiscal de redução de base de cálculo em razão da saída de mercadorias para não contribuintes (isentos e especiais).

A segunda infração impõe ao Recorrente a falta de estorno do crédito fiscal relativo à entrada de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos termos do art. 6º do Decreto nº 7.799/00 e art. 100 do RICMS/BA.

Por sua vez, a terceira infração impõe ao Recorrente o recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida do benefício fiscal de redução de base de cálculo em razão da saída de mercadorias para inaptos, suspensos ou baixados.

Tendo em vista que os benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00 são condicionados à saída de mercadorias para contribuintes do imposto, o ponto principal é verificar se as vendas foram ou não para contribuintes do ICMS.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente nada inova, e basicamente repete as alegações de defesa, onde aduz que as vendas foram feitas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS à época das operações, e para tanto, remete aos documentos juntados às folhas 85 a 111 dos autos. Os referidos documentos constituem consultas de situação cadastral de diversos compradores, emitidas aproximadamente 4 (quatro) anos após a realização das operações, as quais atestam a situação do comprador no momento da consulta, ou seja, em 17 de julho de 2013.

Outrossim, a quase totalidade das consultas formuladas demonstram que no momento da consulta, os referidos compradores estavam registrados na condição de especial e, portanto, de não contribuinte do imposto.

Ainda, analisando o objeto social dos referidos compradores, verifico que eles se apresentam como verdadeiros consumidores finais dos produtos comercializados, consistindo em empresas prestadoras de serviço de construção civil, condomínios, hotéis, entre outros.

Quanto às infrações 2 e 3, verifico que o Recorrente nada aduziu especificamente, apenas impugnando genericamente a totalidade do lançamento.

Da análise do processo entendo restar irretocável a decisão recorrida, isto porque a 4ª JJF de forma bastante clara e detalhada, enfrentou o ponto central da questão.

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.

Como bem asseverado pela decisão de piso, *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.*

Ademais, o inciso V, do art. 150 do RICMS/BA, prevê a possibilidade de não contribuintes se inscreverem no CAD-ICMS. A simples inscrição não lhe impõe, desta forma, a natureza de

contribuinte.

As próprias consultas cadastrais formuladas e juntadas pelo Recorrente em sede de impugnação são bem claras ao atestar que as pessoas jurídicas consultadas NÃO SÃO CONTRIBUINTES.

Em tempo, o Decreto nº 7799/00 quando quis, estendeu o benefício à saída de mercadorias para inscritos na condição especial, como o fez no §3º do seu art. 1º, restringindo, entretanto, para determinadas atividades, nas quais não se enquadra o Recorrente.

Diante do exposto, entendo ser subsistente a Infração 1, mantendo a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

No que se refere às infrações 02 e 03, entendo que a impugnação se deu de forma genérica, razão pela qual, na mesma esteira do entendimento da decisão de piso, aplico os artigos 140 e 143 do RPAF, *in verbis*:

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

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 274068.0007/13-4, lavrado contra SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (MIX IDEAL ATACADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 62.054,01, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS