

A. I. Nº **269199.0035/13-4**
AUTUADO **- DEC CONAR – DISTRIBUIDORA LTDA.**
AUTUANTE **- SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES**
ORIGEM **- IFEP COMÉRCIO**
INTERNET **- 15.04.2014**

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-04/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não impugnada. 2. BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO 7.799/2000. USO INDEVIDO. a) VENDA A NÃO CONTRIBUINTES DE ICMS. b) VENDA PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. c) VENDA PARA CONTRIBUINTES INAPTO. As provas (extratos da situação cadastral) confirmam a acusação fiscal. Infrações caracterizadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. b) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infrações caracterizadas. Rejeitados pedidos de perícia e diligência, bem como as alegações de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2013 para exigir ICMS no valor de R\$343.128,16, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Demonstrativo às fls. 19 a 25. ICMS no valor de R\$31.611,89. Período: janeiro 2008 a novembro 2009. Multa 60%;

Infração 02. Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor: R\$33.844,87. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%.

Consta que o contribuinte, signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Dec. 7.799/2000), com direito à redução de base de cálculo do ICMS em 41,176% nas saídas para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial. Neste caso, houve, conforme banco de dados da SEFAZ-BA (cópia cadastro em anexo), venda de mercadoria para não contribuinte dos ICMS.

Infração 03. Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor: R\$153.876,76. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%.

Consta que o contribuinte, signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Dec. 7799/2000), com direito à redução de base de cálculo do ICMS em 41,176% nas saídas para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial. Neste caso, houve, conforme banco de dados da SEFAZ-BA (cópia cadastro em anexo), venda de mercadoria para não contribuinte desabilitados.

Infração 04. 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. Valor: R\$ 116.408,92. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%.

Consta referir-se à falta de retenção de ICMS por substituição tributária, de mercadorias destinadas a contribuintes inaptos neste estado, quando da realização das operações de venda.

Infração 05. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo do próprio estabelecimento, Valor: R\$ 3.551,07. Período: abril a junho 2008. Multa: 60%.

Infração 06. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$3.834,65. Período: janeiro, abril a julho, setembro e dezembro 2008, janeiro, março, abril, junho a agosto 2009. Multa: 60%.

Às fls. 156 a 174 contribuinte impugna o lançamento tributário. Preliminarmente, transcrevendo o art. 150, §4º do CTN, excertos de doutrina e ementa de decisão judicial e Súmula 14 do Conselho de Contribuintes argui decadência do direito de o Sujeito Ativo efetuar lançamento acerca dos fatos geradores anteriores a 02 de outubro de 2008, no caso, as ocorrências do período 09/02 a 09/09/2008.

Reproduzindo o art. 39, V e VII, do RPAF diz que o Auto de Infração estaria viciado por não apontar os dispositivos legais relativos a cada situação, mas apenas de forma genérica indica o artigo de lei supostamente infringido, além de não constar enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte escolhesse pelo recolhimento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa o que, no seu entender, constitui infração à ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros princípios e nulificaria o auto de infração.

Nos fatos e das razões de direito fala que recebeu o auto de infração por via postal em 02/10/2013, transcreve as infrações e diz que há que se falar em cometimento de infração em se beneficiar da redução que lhe é de direito, uma vez que seu cliente destinatário da mercadoria a ele se apresenta com os requisitos cadastrais, inclusive inscrição estadual junto à SEFAZ.

Além disso, diz que o Dec. 7.799/2000 prevê possibilidade do aproveitamento fiscal quando de vendas a não contribuintes desde que se obedeça ao limite preestabelecido, conforme art. 1º e § 3º que reproduz.

No caso, permite-se juntar cópias dos documentos fiscais que anexa, para que se perceba que ainda que se entenda que o destinatário das mercadorias não seja considerado contribuinte ou assemelhado, não haveria razão para infração sob tal prerrogativa.

Ademais, como existe previsão para vender produtos a não contribuintes, pensa que fere o princípio da isonomia, caso não se estenda a hipótese para todo e qualquer produto que venda.

Assim, entende que as infrações 02, 03 e 04 não podem prosperar, pois aplicou o fator de redução em conformidade com o RICMS.

Aduz haver equívoco da autuante por não verificar a data em que houve a desabilitação dos contribuintes, que na maioria estavam aptos quando da venda que efetuou, tanto assim que as NF'-es foram emitidas.

Entende não ser possível imputar-lhe responsabilidade para aferir a situação fiscal de cada contribuinte no momento da venda, pois a referida informação deveria ser automática e inibitória da emissão da NF-e. Acrescenta que ainda que seu cliente se encontrasse inapto, estaria ela, autuada, acobertada pelo § 3º do art. 1º do Dec. 7.799/00 que novamente reproduz, razão pela qual a infração deve ser julgada improcedente.

Quanto às infrações 05 e 06, diz referir-se a mercadorias que adquiriu para integrar seu processo ou que foram utilizadas na prestação de serviços sem incidência de ICMS. Portanto, não estariam sujeitas ao pagamento da “antecipação parcial”.

Expõe que as autuações que tenham como fato gerador a ausência de recolhimento do imposto devido por diferencial de alíquotas não podem prosperar por se basear em norma inválida (regulamento), eis que desrespeita a cadeia normativa, sendo impossível se ligar o preceito que capitula a infração ao comando da CF.

Sobre a ilegalidade da cobrança referente às infrações 05 e 06, transcreve doutrina para dizer não ser suficiente a existência previa de norma geral e abstrata de incidência e a ocorrência do fato gerador nela previsto, pois necessita de lei (princípio da legalidade tributária) e a instituição regulamentar do diferencial de alíquota nas operações interestaduais não possuiria amparo na previsão constitucional. Se constituiria em caso de usurpação de competência e, portanto, o ICMS por diferencial entre alíquotas seria inexigível.

Para subsidiar seu entendimento reproduz ementa do RE 113.711-SP do STF.

Reproduz os arts. 113, 187 e 422 do Código Civil e 2º, IV e 4º, II, do RPAF para dizer que agiu de boa-fé, sem fraude, dolo ou simulação, bem como a possibilidade de redução de multas nos arts. 158 e 159 do RPAF.

Transcrevendo doutrina discorre sobre o princípio da verdade material, requer acolhimento das preliminares, que seja reconhecida a decadência arguida, declarada a nulidade do auto de infração, improcedência no julgamento de mérito e que o Auto de Infração seja convertido em diligência, a fim da busca da verdade material.

A autuante presta informação fiscal às fls. 189 a 197. Reproduzindo o art. 28, §1º do COTEB, 965, I e II do RICMS-BA, refuta a arguição de decadência.

Sobre a arguição de nulidade relativa à falta de requisitos do art. 39 do RPAF, diz que ao final de cada infração informa os dispositivos do seu enquadramento e da multa proposta, bem como o demonstrativo de débito de fls. 06-11 contém os valores sujeitos à redução (última coluna), assim como, também, na última folha do demonstrativo, bem ao lado da assinatura do autuado.

Sobre as infrações 02, 03 e 04, diz que embora o autuado tenha informado juntada de centenas de documentos de informação cadastral dos seus clientes destinatários das mercadorias objeto da autuação, nada a respeito há aportado pelo Impugnante. Aduz que as infrações se referem a indevida redução de base de cálculo de ICMS nas saídas de mercadorias para não contribuintes, contribuintes desabilitados e contribuintes inaptos, conforme banco de dados da SEFAZ (fls. 101 a 148).

Quanto à redação do §3º do art. 1º do Dec. 7.799/2000 alegada pelo Impugnante, esta não se aplica ao caso, pois vigente a partir de 01/07/2012 quando os fatos geradores da autuação são dos exercícios 2008 e 2009, cuja redação é a que reproduz.

Sobre a alegada impossibilidade de o autuado verificar a condição cadastral dos que com ele comercializa fala que o art. 181 do RICMS-BA dispõe que o contribuinte responde pela verificação cadastral, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da SEFAZ.

Aduz que o Documento de Identificação Eletrônico – DIE pode ser emitido no inteiro teor ou sob forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico da SEFAZ.

Nesse sentido, reproduz os arts. 178 e 179, 180, 181 e 182 do RICMS-BA, para firmar pela manutenção das infrações 2, 3 e 4.

Relativamente às infrações 5 e 6 escreve que a previsão constitucional do ICMS por DIFAL tem correspondência na Lei 7.014/96 (art. 17, II, “b”, 1) e que, portanto, não procede o argumento defensivo. Mantém, também, as infrações 5 e 6 e pugna pela procedência do auto de infração.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do lançamento de ofício por ilegalidade da autuação, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, em especial, os previstos no art. 39, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos créditos tributários reclamados, os dispositivos legais tidos por infringidos e os relativos às penalidades, inclusive a indicação de redução das multas (fls. 06-11).

Ademais, evidencia-se da impugnação que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas (recibo fl. 149) e exercido tempestivamente o seu direito de defesa, inclusive pronunciando-se quanto ao mérito das imputações.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

A despeito de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/97.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Tendo em vista que os mais antigos fatos geradores reportam a janeiro 2008 e que o Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2013, não há falar em ocorrência de decadência para o caso em apreço.

Rejeitadas, por conseguinte, as preliminares de nulidade, por incoerência das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, bem como afastada a prejudicial de decadência.

Ainda em apreciação preliminar, observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formulou quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que estimo desnecessária a realização de perícia ou diligência fiscal por considerar que os documentos autuados são suficientes para formar meu convencimento acerca dessa lide, razão pela qual indefiro o pedido de perícia e/ou diligência nos termos do artigo 147, incisos I, "a" e "b", II, "a" e "b", do RPAF/99.

Em face do impedimento previsto no art. 125, I e III, do COTEB, repetido no 167, I e III, do RPAF, não aprecio as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade suscitadas.

Quanto à redução da multa, os valores sujeitos a isto estão indicados na última coluna do demonstrativo de débito de fls. 06-11, bem como em campo próprio deste mesmo demonstrativo e ao lado do recibo de cópia assinado pelo autuado (fl. 11), observa-se a chamada de atualização monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com legislação vigente e em função da data de quitação do débito, providência esta que, em caso de pagamento, será corretamente computada.

Superadas as preliminares passo a apreciar o mérito da autuação.

Infração 01 (Uso indevido de crédito fiscal referente a mercadoria com pagamento de ICMS por substituição tributária)

A impugnação apresentada não trata dessa infração e, por conseguinte, sobre ela incide as disposições dos artigos 140 e 142 do RPAF abaixo reproduzidos:

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. 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.

Portanto, tenho por subsistente o valor exigido.

Infração procedente.

As infrações 02, 03 e 04, tratam de uso indevido do benefício fiscal na espécie de redução da base de cálculo instituído pelo Decreto 7.799/2000, sendo que a infração 02 se refere a saídas para não contribuintes do ICMS (fls. 27-34 e 150), a infração 03 a saídas para contribuintes desabilitados (fls. 35-42 e 150) e a infração 04 a saídas para contribuintes inaptos (fls. 43-47 e 150).

Sem apontar inconsistência nos dados dos valores exigidos demonstrados, conjuntamente o autuado as impugnou alegando equívoco por parte do autuante que: a) não verificou a data da desabilitação da maioria dos adquirentes; b) o uso da redução da base de cálculo se ampara no art. 1º, §3º do Decreto 7.799/2000 (permissão de uso do benefício nas operações para não contribuintes do ICMS); c) juntou cópias de documentos em subsídio à alegação defensiva.

Pois bem analisemos o caso.

Ainda que dispensável para exsurgência da verdade material que se apresenta nos extratos da situação cadastral dos adquirentes (fls. 101-148), observo que embora o Impugnante tenha isso informado, aos autos não aportou qualquer documento que comprove indevida inclusão de operação autuada como venda a contribuinte apto para legal uso do benefício fiscal.

De fato, a atual redação do art. 1º, §3º do Decreto 7.799/2000 permite a redução da base de cálculo nas operações destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, mas apenas a partir de 01/07/2012.

Até 30/06/2012, o citado dispositivo tinha a seguinte redação:

Art. 1º...

§ 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.

Os códigos de atividades econômicas incluídos são: 13 4647-8/01 Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria, 14-A 4672-9/00 Comércio atacadista de ferragens e ferramentas, 14-B 4673-7/00 Comércio atacadista de material elétrico e 14-C 4679-6/99 Comércio atacadista de materiais de construção em geral.

O Impugnante atesta ser sociedade voltada à exploração do comércio atacadista de cosméticos, armarinho e limpeza.

Tendo em vista que: a) as operações autuadas ocorreram no período janeiro 2008 a dezembro de 2009; b) a atividade econômica do sujeito passivo registrada na SEFAZ é o comércio atacadista de produtos de higiene (código 4646002) e, c) tratando-se de benefício fiscal (redução da base de cálculo, isenção parcial na definição do STF) a interpretação da sua legislação há que ser literal (CTN: arts. 106 e 111), não há falar em uso legal do benefício fiscal em apreço.

Quanto à alegada boa-fé, observo que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (CTN: art. 136).

Com respeito à verificação da aptidão comercial das pessoas jurídicas com que comercializa, para os efeitos deste caso, além da inscrição cadastral apta, o que caracteriza o contribuinte do ICMS é o preenchimento dos requisitos previstos no art. 36 do RICMS (art. 182).

Ademais, o art. 181 do RICMS-BA dispõe que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial.

Portanto, correta é a exigência fiscal, pois caracterizado está o cometimento das infrações 02, 03 e 04 nos exatos termos da acusação fiscal.

Infrações procedentes.

Infrações 05 e 06 (ICMS decorrente de DIFAL)

Para essas infrações, sem também observar inconsistências nos seus números, o Impugnante alegou não ser possível a exigência fiscal por se basear em norma (regulamento) inválida, por desrespeito à cadeia normativa à partir da CF.

Ocorre que sendo o ICMS tributo de competência estadual, a normativa específica para o caso está na Lei Estadual 7.014/96, art. 17, II, “b”, 1.

Portanto, considerando a disposição do art. 167, III, do RPAF, e a expressa disposição normativa citada, tenho a exigência fiscal subsistente no valor original por ver constatadas as infrações.

Infrações procedentes.

As multas propostas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Por se tratar de descumprimento de obrigação principal, deixo de apreciar o pedido de redução de multa. De todo modo, ressalto que a apreciação de pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal compete à Câmara Superior deste CONSEF (art.159 do RPAF/99), pelo que, querendo, o autuado pode redirecionar sua solicitação.

Em face 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 269199.0035/13-4, lavrado contra **DEC CONAR – DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$343.128,16**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos VII, “a”, e II “a”, “e” e “f”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR