

PROCESSO - A. I.Nº 298579.0080/11-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CASA CESAR COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - CASA CESAR COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 4ª JJF nº 0188-04/14
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0108-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ERRO NO LANÇAMENTO DE SALDO CREDOR NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Ilícito comprovado nos autos. Infração 04 caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/2000. A norma do art. 65 do RPAF/1999 diz respeito ao consulente, e não a todos os contribuintes. Infração 05 parcialmente elidida, após revisão fiscal. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Os vendedores têm à disposição, para verificar a regularidade dos seus clientes, o serviço de plantão fiscal da Secretaria da Fazenda via telefone, o sítio do referido órgão na Internet e a própria Inspetoria Fazendária. Infração 6 parcialmente elidida, após revisão fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2011, que atribuiu ao sujeito passivo o cometimento de 6 (seis) infrações e a exigência de R\$ 407.182,17.

Impende ressaltar que as infrações 1, 2 e 3 não foram contestadas em sede de defesa, sendo elas mantidas integralmente no julgamento de primeira instância. Por seu turno, o Recurso Voluntário trazido à baila somente se levanta contra as infrações 04, 05 e 06 e o Recurso de Ofício tem por objeto a redução efetuada pela JJF em relação ao valor original das infrações 05 e 06.

Neste diapasão, passo a transcrever as infrações 4, 5 e 6:

INFRAÇÃO 04 – Utilização indevida de crédito, referente à transferência incorreta de saldo credor de período anterior. Valor calculado através do restabelecimento da conta corrente do ICMS. R\$ 63.232,39. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 05 – Recolhimento a menor, em razão da utilização indevida da redução de base de cálculo. Trata-se de vendas para contribuintes inaptos, cancelados ou baixados, com a utilização do benefício do Decreto 7.799/2000 (janeiro de 2007 a dezembro de 2008). R\$ 231.535,99. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 06 – Falta de retenção e recolhimento do tributo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Operações com não contribuintes, inaptos, cancelados ou baixados, sem a retenção do imposto por substituição tributária

(ICMS-ST; janeiro de 2007 a dezembro de 2008). R\$ 110.683,99. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei 7.014/1996.

Houve apresentação de Defesa às fls. 38 a 50 e correspondente Informação Fiscal de fls. 175 a 178.

Para o saneamento do processo, foram realizadas 2 (duas) diligências fiscais, cujas solicitações estão acostadas às fls. 411 e 490, com redução da infração 6, de R\$ 109.177,12, para R\$ 12.103,22, conforme Parecer do Fiscal Autuante de fls. 493 e 494.

Na manifestação de fl. 505, o Contribuinte solicita emissão de DAE no valor de R\$ 189.281,64, referente a quitação parcial do Auto de Infração, com o benefício da Anistia da Lei nº 12.903/13, referente ao valor parcial da infração 5, no que diz respeito a cobrança sobre vendas a Pessoas Físicas, conforme Termo de Confissão de Dívida que colaciona, aduzindo que o restante da referida infração, continuará em debate, no que diz respeito a cobrança sobre vendas a contribuintes cancelados ou inaptos.

Após concluída a instrução, a 4^a JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração ora apreciado, conforme os argumentos abaixo transcritos, *in verbis*:

"VOTO"

Relativamente à validade do procedimento administrativo, constato que o auditor expôs com clareza o embasamento de fato e de direito, descreveu os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o supedâneo jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, nas manifestações e informações fiscais, assim como nas duas conversões do feito em diligência.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O processo foi convertido em diligência duas vezes. Não há necessidade de uma terceira, pois todos os elementos aptos a formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos, o que afirmo com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF/1999.

As infrações 01 a 03 não foram impugnadas. Assim, com supedâneo no art. 140 do RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito da infração 04 (utilização indevida de crédito, referente à transferência errada de saldo credor de período anterior), calculada através do restabelecimento da conta corrente do ICMS, o impugnante disse ter solicitado à inspetoria de origem a correção da escrita fiscal. Todavia, a cópia do RAICMS que trouxe à fl. 54 demonstra que utilizou o exato valor de saldo inicial, em janeiro de 2007 (final em dezembro de 2006), que foi instado a corrigir no documento de fl. 18 (intimação no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências).

Não se trata de ato discricionário, o que seria inadmissível em sede de procedimento fiscal, mas de irregularidade corretamente descrita à fl. 177, onde se encontra a justificativa do ato.

(...) o contribuinte foi intimado a refazer a escrita fiscal do Livro de Apuração pelo registro de seus créditos fiscais indevidos no valor de R\$ 15.387,75. Bem como falta de registro do ICMS destacado nas notas de saídas no valor de R\$ 114.676,48. Considerando como saldo credor para o exercício de 2006 no valor de R\$ 152.235,09 conforme registro no Livro de Termo de Ocorrência, persistiu durante o exercício de 2006 saldo credor, projetando para dezembro de 2006 o valor de R\$ 93.273,47.

Eventuais rubricas de autoridades em livros não têm o condão de chancelar ou homologar as quantias ali consignadas, mas tão somente de formalizar procedimentos administrativos.

O levantamento da imputação está à fl. 11 (auditoria da conta corrente do ICMS), no qual verifico o saldo credor inicial, em janeiro de 2007, de R\$ 93.273,47, destinado a corrigir o valor lançado à fl. 54 (RAICMS), no total de R\$ 213.468,73, consoante intimação de fl. 18.

Cabe destacar que o próprio contribuinte admitiu existirem inconsistências na apuração do tributo, pelo que teria solicitado as tais correções junto à repartição fiscal.

Infração 04 caracterizada.

A infração 05 acusa o sujeito passivo de recolhimento a menor, em razão da utilização indevida da redução de base de cálculo. Trata-se de vendas para contribuintes inaptos, cancelados ou baixados, com a utilização do benefício do Decreto 7.799/2000 (janeiro de 2007 a dezembro de 2008).

Através do Parecer 11918/2009, de 16/07/2009, a GECOT / DITRI orientou a sociedade empresária Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda., inscrição estadual 58.236.097, no sentido de que “o fato de o contribuinte destinatário estar na situação de inapto não é impeditivo de aplicação do referido benefício, mesmo porque, não tem como o fornecedor da mercadoria saber a situação cadastral em que o destinatário se encontra. Indispensável é que o destinatário seja contribuinte do ICMS e esteja situado neste Estado”.

De acordo com os elementos dos autos, tal opinativo foi alterado em 2010, através do Parecer 19821/2010, de fl. 129. Como os fatos ocorreram sob a égide da primeira manifestação da DITRI, na concepção do impugnante, a situação reclama a eficácia do art. 65, RPAF/1999.

Art. 65. A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período.

Assinale-se que a norma acima diz respeito ao consulente, e não a todos os contribuintes, mesmo porque, por consectário lógico e jurídico, com a devida licença, um mero Parecer não tem o condão, “erga omnes”, de tornar indevido o que a Lei reputou devido.

Os históricos de situações cadastrais foram devidamente apresentados no processo.

O auditor elaborou novos cálculos, dos quais retirou as mercadorias com encerramento de fase de tributação e acrescentou as colunas “SITUAÇÃO”, “PERÍODO” e “PAG PAF”, que indicam os períodos em que os inaptos, baixados e cancelados estiveram em tais situações.

Com respeito às vendas para não contribuintes, os mesmos não se encontram inscritos no Cadastro do ICMS, pelo que não acato a argumentação de que são empreendedores individuais e ambulantes regulares.

A intenção do Decreto 7.799/2000 é a de fomentar a instalação de atacadistas no Estado da Bahia, de modo que vendam para contribuintes baianos inscritos ou para pessoas de outras unidades da Federação. As negociações com pessoas físicas não inscritas fogem dos fins a que se destina o benefício, em função de que o art. 2º do Decreto 7.799/2000 não alberga as pretensões defensivas.

Aliás, no próprio Parecer 11918/2009, do qual o defendente quer se valer, muito embora não tenha sido o consulente, restou dito que “o benefício da redução da base de cálculo só se aplica às vendas internas para contribuinte do ICMS inscrito no cadastro desta SEFAZ”.

Acato a revisão de fls. 454 a 457, elaborada pelo autuante, de forma que a infração 05 tenha seu valor alterado de R\$ 231.535,99 para R\$ 224.795,70 (colunas “DIF A REC” e “DIF ICMS”).

Infração 05 parcialmente elidida.

Relativamente à sexta e última infração, as mesmas modificações foram implementadas nos demonstrativos fiscais, com a dedução das operações com mercadorias cuja fase de tributação estava encerrada e as informações dos períodos de irregularidades nos históricos.

Valem para este item do lançamento de ofício os mesmos raciocínios acima expostos, relativos às pessoas não inscritas no CAD-ICMS/BA.

Com o devido cômputo dos pagamentos efetuados no período fiscalizado, acolho a planilha de fls. 495/496, elaborada pelo auditor, devendo ser modificado o imposto da infração 06 de R\$ 110.683,99 para R\$ 12.103,22.

Os vendedores têm à disposição, para verificar a regularidade dos seus clientes, o serviço de plantão fiscal da Secretaria da Fazenda via telefone, o sítio do referido órgão na Internet e a própria Inspetoria Fazendária, raciocínio igualmente válido para o mérito da quinta infração.

Infração 06 parcialmente elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 301.861,11, recomendado a homologação dos valores já pagos.

Prolatada a Decisão, devido a redução ocorrida nas infrações 5 e 6, a 5ª JJF interpõe Recurso de Ofício, consoante previsão legal vigente à época do julgamento.

Por sua vez, inconformado com a Decisão de primeira instância, o Contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 533 a 543), com o objetivo de ver alterado o julgamento em relação as infrações 4, 5 e 6.

Inicia seu Recurso retratando as infrações lançadas.

No que tange a infração 04, alega que a Decisão da Egrégia Junta não considerou a informação de que a empresa teria efetuado a reconstituição de sua escrita fiscal, baseado em ofício encaminhado à SEFAZ, solicitando autorização e tendo sido deferido pelo Auditor Fiscal Juraci Leite, documento apresentado no momento da fiscalização, conforme expresso no Termo de Ocorrência.

Assim sendo, fala que é improcedente a alegação de que o requerente teria utilizado indevidamente crédito fiscal referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior.

Neste sentido, alega não existir elementos que justifiquem o entendimento de que o requerente teria efetuado a “transferência incorreta” do saldo credor existente no período anterior (dezembro/2006), ao processo de apuração do ICMS relativo aos exercícios de 2007 e 2008.

Assevera que “*o Livro de Registro de apuração do ICMS nº de Ordem 4, que traz, inclusive, a rubrica do ilustre Auditor Hélio R. Torres Junior, consigna à sua fls. 03, o saldo credor do período anterior no valor de R\$ 213.468,73 (...), o qual foi indevidamente desconsiderado pelo autuante, que lançou apenas o valor de R\$ 93.273,47 (...), como saldo credor do período anterior do mês de janeiro de 2007, trazendo como consequência saldos credores negativos a partir de fevereiro de 2008, com efetiva diferenças de impostos a pagar a partir do mesmo mês, fruto, unicamente, do lançamento irregular do saldo credor do período anterior a janeiro de 2007, pelo autuante*”.

Entende que tal procedimento é vedado, por não existir disposição legal e por se tratar de um saldo credor legítimo, “*devidamente reconhecido pelo órgão fazendário, e não simplesmente glosado em parte, pelo autuante*”.

Afiança que o procedimento adotado pelo autuante é eivado de lógica, eis que não se fundamenta em nenhum critério jurídico, nem mesmo um suposto “estorno de crédito fiscal”, nos moldes da legislação em vigor.

Propala que o estorno se deu unilateralmente, sem fundamento, contrariando a segurança jurídica que deve imperar nas relações entre Estado e Contribuinte.

Pontua que seus livros demonstram toda a apropriação de créditos fiscais no período de 2005 a 2008 e que a simples desconsideração do saldo credor do período anterior, referente ao mês de janeiro de 2007 ultrapassa os limites da discricionariedade.

Diz que o autuante desconsiderou o saldo credor do período anterior relativo ao mês de janeiro de 2007 sem dar qualquer explicação ao PAF, prejudicando o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa, considerando o lançamento nulo de pleno direito.

Quanto a infração 05, alega que, em que pese o recolhimento de R\$ 189,281,61, relativo às vendas à Pessoas Físicas, o Autuado requer isonomia de tratamento dispensado nos termos do Parecer nº 11918/2009-GECOT/DITRI/DAT, de 20/10/2010, no caso de ter recolhido a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas vendas para não contribuinte e contribuintes inaptos (cancelados e baixados).

Coloca que devem ser analisadas três considerações, quais sejam:

1) A primeira é que o entendimento manifestado pela GECOT/DITRI/DAT até 20/10/2010, era no sentido de que o benefício da redução da base de cálculo se aplicaria às vendas internas para contribuinte do ICMS inscrito no cadastro desta SEFAZ; dessa forma, o fato de o contribuinte destinatário estar na situação de inapto não seria impedimento para a aplicação do referido benefício, visto que o fornecedor da mercadoria não teria como conhecer a situação cadastral em que o destinatário se encontra; esse entendimento, com registro formal no Parecer nº 11918/2009.

Diz que tal entendimento foi oportunamente modificado pelo Parecer nº 198201/2010 (cuja cópia se encontra disponível no site da Secretaria da Fazenda:

http://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/Pareceres/2010/escrituracao_fiscal_198212010.pdf), contudo, explica que o entendimento dominante no período abraçado pelo Auto de Infração 298579.0080/11-4, foi aquele acobertado pelo referido Parecer, não sendo, desta feita, legítima a pretensão do autuante em inabilitar a fruição dos benefícios contidos no Decreto 7799/00, nas referidas circunstâncias.

2) O segundo aspecto é que grande parte das supostas “vendas para não contribuintes”, dizem respeito a operações realizadas junto à empreendedores individuais e ambulantes, ou seja, contribuintes, com inscrição e registro junto ao cadastro de ICMS, mas que não possuem CNPJ e sim o próprio CPF.

Alega que tal falha no levantamento do autuante se deveu ao fato de que, por utilizar apenas arquivos magnéticos, descartou da condição de contribuinte todos que não possuíssem CNPJ, ou seja, os micro-ambulantes, empreendedores individuais e todos aqueles que utilizam o CPF no campo específico, estão classificados como isentos.

Entende que este equívoco gerou um levantamento falho, penalizando as operações realizadas junto aos pequenos contribuintes de ICMS, que pela lógica do autuante não teriam direito ao benefício da redução da base de cálculo nas operações realizadas junto aos atacadistas locais.

3) O terceiro ponto é a utilização não criteriosa dos arquivos magnéticos no levantamento, eis que, pela verificação dos demonstrativos apresentados pelo autuante, a empresa diz ter verificado que diversos produtos, cuja fase de tributação já havia sido encerrada, como álcool hidratado, escovas de dente, naftalinas e tantos outros.

Neste ponto, entende ser imprescindível que o processo seja convertido em diligência para que se proceda a exclusão dos itens dessa natureza, no sentido de que haja uma depuração dos itens existentes.

Para a infração 6, mesmo com o recolhimento do valor de R\$ 98.580,77, relativo às retenções equivalentes as vendas a Pessoas Físicas, requer isonomia de tratamento dispensado nos termos do Parecer nº 11918/2009-GECOT/DITRI/DAT, de 20/10/2010, no caso da falta de retenção do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA sobre as vendas efetuadas a contribuintes Inaptos (cancelados ou baixados), uma vez que conforme consubstanciado no Parecer GECOT/DITRI/DAT, acima mencionado, os benefícios do Decreto 7799/2000 seriam aplicados nas vendas a tais contribuintes, por conseguinte, não caberia a retenção do ICMS Substituição Tributária uma vez que os mesmos eram possuidores de Inscrição Estadual perante a SEFAZ/BA, e a legislação do ICMS não previa a retenção e recolhimento do ICMS sobre tais vendas, dispensando-se aos mesmos tratamento idêntico aos demais contribuintes Ativos.

Ao final de seu arrazoado, pede pela realização de diligência para retificar os cálculos da infração 4, e para que se aplique o entendimento do Parecer GECOT/DITRI/DAT 11918/09 nas infrações 5 e 6.

Ademais, clama pela reconsideração da Decisão original proferida pela 4ª JJF para que o presente Auto de Infração seja considerado parcialmente procedente.

Em termos, os autos forma encaminhados para PGE/PROFIS, para análise.

No Parecer de fls. 548 a 550, a i. procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, após breve histórico dos fatos e das razões recursais, entende que estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Fala que resta verificado a saciedade das imputações fiscais, que estão absolutamente claras e devidamente tipificadas e alicerçadas nos demonstrativos fiscais constantes nos autos e nas revisões fiscais, às fls. 454 a 457 e 495 e 496, bem como na legislação tributária estadual, atendendo todos os requisitos descritos no art. 39 do RAPF/99. Assevera também que foram atendidos e respeitados os princípios da legalidade, da ampla defesa e da verdade material.

Coloca que não há necessidade de nova diligência, face os elementos probatórios constantes nos autos que se revelam suficientes à formação da convicção dos julgadores, em consonância com os termos do art. 147, I, alínea ‘a’ do RPAF/99.

Ressalta que não deverá ser acatada a alegação do recorrente versando sobre a desconsideração do pedido de correção da escrita fiscal, eis que falece de prova material comprovando a solicitação e o deferimento do pleito pela SEFAZ.

Frisa que a cópia do RAICM, à fl. 54, atesta a utilização do exato valor de saldo inicial, em janeiro de 2007 (final de dezembro de 2006), tendo sido o contribuinte intimado a corrigir e refazer a escrita fiscal do livro Registro de Apuração pelo registro de seus créditos fiscais indevidos.

Quanto a infração 5, aponta que o artigo 65 do RAPF não tem qualquer eficácia senão em relação ao consulente. Diz que “*a resposta dada á consulta surte efeito jurídico tão somente em relação ao consulente e não tem o condão de produzir qualquer alteração jurídica na situação dos demais contribuintes*”.

No que tange a infração 6, lembra que os demonstrativos fiscais foram devidamente ajustados, às fls. 495/496, mediante a dedução das operações com mercadorias cuja fase de tributação estava encerrada e as informações dos períodos de irregularidades nos históricos. Considera que os comerciantes têm a disposição, para verificar a regularidade dos seus clientes “*o serviço de Platão fiscal da Secretaria da Fazenda via telefone, o sítio do referido órgão na Internet e a própria Inspetoria Fazendária*”.

Ao final de seu arrazoado, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário - Infração 5)

Temos sob análise Recurso de Ofício, cujo objeto é a redução efetuada na Decisão de *primo grau* nas infrações 5 e 6, e Recurso Voluntário que tem por fulcro as infrações 4, 5 e 6, ambos interpostos contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, por unanimidade.

Inicialmente, analiso o Recurso Voluntário.

O Contribuinte alega que houve ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa por falta de demonstração e descrição da infração 4 e, no mérito, alega a improcedência da infração 4 e procedência parcial das infrações 5 e 6.

Ab initio, vejo que houve ao reconhecimento do débito de parte da infração 5, com o benefício da Anistia da Lei 12.903/13 (fls. 505),

Quanto à preliminar de nulidade por falta de clareza, não vejo presente qualquer ofensa aos princípios norteadores do Processo Administrativo Fiscal. Com o manejear dos autos, percebo que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento de direito.

Consta na descrição da infração os seguintes termos, *in verbis*:

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior.

Conforme Planilha de Auditoria da Conta Corrente do ICMS – Ajuste dos valores lançados no livro de apuração a partir do saldo credo de R\$ 93.273,47 em 31/12/2006, apurado na fiscalização do exercício d2006 pelo Auditor Juraci Leite Neves Junior, conforme intimação para regularização do Livro de Apuração do ICMS anexo

Portanto, o cerne da autuação está extremamente claro e bem determinado.

Também não identifico nenhuma violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos

abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Preliminares afastadas.

Quanto a necessidade de nova diligência, todos os elementos para o meu convencimento, motivo pelo qual indefiro tal pleito.

Passo ao mérito da autuação.

A infração 4 aponta que o sujeito passivo escriturou indevidamente o saldo credor em janeiro de 2008, valores já apurados e cobrados em Auto Infração anterior (284119.0001/10-0). Entende o Fiscal que o Contribuinte deveria refazer a escrita fiscal, conforme dito na Informação Fiscal (fl177).

Creio que agiu certo a fiscalização e o lançamento está correto, pois, conforme o demonstrativo de fl. 12, com a apuração e escrituração do correto saldo credor em dezembro de 2006, há imposto devido durante o período de 2008.

Ademais, como bem informado na Decisão de piso, houve a intimação no livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências para que a empresa corrigisse a distorção apontada.

Ademais, as rubricas lançadas pelo Auditor Fiscal nos livros do Contribuinte não é ato para ratificar os cálculos ali expostos, mas tão somente para atestar que foram estes os livros apresentados à fiscalização quando de sua intimação, tratando-se de mero procedimento formal por parte do autuante, que não se confunde com qualquer tipo de chancela em relação aos cálculos ali existentes

Assim, entendo que a infração 4 é subsistente.

Já a infração 5, tem como fulcro o recolhimento a menor de ICMS em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo consoante o Decreto nº 7.799/2000.

Pois bem.

O Parecer GECOT/DITRI de nº 11.918/2009, de 16/07/2009, requisitado por outra empresa (Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda., Inscrição Estadual nº 58.236.097), respondeu o questionamento efetuado nos seguintes termos:

“o fato de o contribuinte destinatário estar na situação de inapto não é impeditivo de aplicação do referido benefício, mesmo porque, não tem como o fornecedor da mercadoria saber a situação cadastral em que o destinatário se encontra. Indispensável é que o destinatário seja contribuinte do ICMS e esteja situado neste Estado”.

Consoante a manifestação exarada pela DITRI, vejo que duas são as condições necessárias para a fruição do benefício fiscal:

- a) Que o destinatário seja contribuinte do ICMS;
- b) Que esteja situado neste Estado.

Assim, a condição de inapto, não afasta a fruição do benefício. Portanto, a infração só é devida para as operações com não contribuintes e nas operações com contribuintes baixados.

Deve-se ressaltar, porém, que mesmo nas operações com não contribuintes, na condição de especial, há fruição do benefício, dependendo da atividade do atacadista, conforme determinava o parágrafo 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/00.

Pela sua importância, transcrevemos a referida norma:

“§ 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.”

Nesta senda, a fruição do benefício seria nas operações:

- a) para contribuintes do ICMS, inscritos no CAD/ICMS, desde que estejam situados no Estado da Bahia e;
- b) para não contribuintes do ICMS, inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial.

Ademais, mesmo sem a interpretação do Parecer GECOT/DITRI, deve-se ampliar a abrangência e alcance do benefício fiscal, consoante a inteligência do artigo 1º do Decreto 7.799/2000, ou seja, faz jus ao benefício quando se tratar de operações destinadas a Contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Para melhor compreensão da regra, reproduzo o citado art. 1º do Decreto nº 7.799/00, *in verbis*:

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:

Conforme a melhor interpretação da norma, só estão excluídos do benefício fiscal, as vendas para Contribuintes cancelados ou baixados, uma vez que, os contribuintes inaptos continuam sendo contribuintes inscritos no CAD-ICMS.

Nesta senda, a norma do Decreto nº 7.799/00 estabelece claramente que o benefício fiscal de redução de base de cálculo é destinado àqueles que vendam mercadorias para outros contribuintes do ICMS no Estado da Bahia (“*destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia*”), estabelecendo como condição, unicamente, que essas vendas (“*destinadas a contribuintes do ICMS*”) atinjam percentuais mínimos do faturamento do contribuinte beneficiado.

Cura ressaltar que a inaptidão pode ser derivada de vários motivos, geralmente transitórios, e que não implicam no fechamento da empresa e encerramento das atividades comerciais. Nesta toada, devemos nos atentar que a venda realizada para um comerciante que esteja inapto, não deixa de ser uma operação para um contribuinte do ICMS, pois, este ainda pratica ato de comércio, recolhendo ICMS.

Outrossim, o fato do adquirente da mercadoria estar em situação irregular com o Fisco não pode ensejar prejuízo para o vendedor das mercadorias, a ponto deste perder o direito ao benefício fiscal que tem direito.

Assim, julgo que a infração deve ser parcialmente elidida, excluindo-se as operações com as empresas inaptas no período da autuação.

Passo ao exame da infração 6.

Aqui cabe o mesmo raciocínio exposto na infração anterior, qual seja, de que a comercialização com contribuintes inaptos não exclui o gozo do benefício instituído no Decreto nº 7.799/2000. Nesta senda, devem ser excluídas as operações com Contribuintes inaptos, pois estes ainda são cadastrados e inscritos no CAD-ICMS e, portanto, cumprem as condições para fruição do benefício.

Pelo todo exposto, o Recurso Voluntário é Parcialmente Provido para modificar as infrações 5 e 6.

Passo ao exame do Recurso de Ofício.

As reduções ocorridas nas infrações 5 e 6 se deveram pela exclusão das mercadorias com fase de tributação encerrada dos lançamentos originais, revisados pelo próprio autuante, em resposta a solicitação de diligência pela 4^a JJF

Realmente, não há que se falar em recolhimento a menor ou falta de retenção de tributo na qualidade de sujeito passivo por substituição se as mercadorias, alvo dos lançamentos 5 e 6, já vieram com o ICMS devidamente recolhido na entrada da mercadoria do estabelecimento autuado.

Assim, entendo que a redução perpetrada no juízo *a quo* está correta, devendo ser mantida.

Recurso de Ofício Não Provido.

Pelo todo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Recuso Voluntário, para modificar a infrações 5 e 6 e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infração 5)

Este voto refere-se especificamente à Infração 5.

Embora concorde quanto ao Não Provimento do Recurso de Ofício em relação a todas as imputações, inclusive a essa quinta acusação, *data venia* divirjo do entendimento do nobre Conselheiro Relator quanto ao Provimento do Recurso Voluntário no que tange à imputação 05, e neste sentido coaduno-me com o Parecer PGE/PROFIS acostado aos autos.

Entendo não merecer guarida o apelo recursal quanto a direito a uso de benefício fiscal relativamente a operações de vendas realizadas para contribuintes na condição cadastral de “inaptos”.

A situação de inaptidão refere-se exatamente ao momento em que o contribuinte do ICMS está igualado a um contribuinte sem inscrição estadual válida para exercer suas atividades comerciais/industriais.

Ou seja, o contribuinte, por determinadas situações previstas no Regulamento do ICMS, não preenche, naquele momento, os requisitos necessários à sua regularidade cadastral, e de tal monta é a irregularidade, que o desabilita para o exercício de suas atividades comerciais/industriais.

Trata-se de uma medida do ente tributante para garantir que os sujeitos passivos da obrigação tributária mantenham-se regulares, possibilitando, inclusive, o controle efetivo sobre as suas atividades comerciais/industriais que digam respeito a operações tributáveis.

O caráter de uma inaptidão pode ser, a princípio, temporário, mas nada determina o futuro daquela situação, ou seja, se a irregularidade do presente será alvo de futura regularização, o que o tornaria apto a exercer suas atividades comerciais/industriais de forma lícita; ou se a irregularidade do presente, não corrigida, irá ter como destino até mesmo a exclusão definitiva do cadastro de contribuintes.

Não se deverá realizar autuação, e nem desconstituir a, lastreado em ilação. O que se tem é o momento em que ocorre o fato gerador.

Se o contribuinte está cadastralmente regular, e realiza compras, então outro contribuinte que com este primeiro comercializar, estará comercializando com um sujeito passivo em situação regular, e poderá fazer uso de benefício fiscal.

Se, contudo, consoante ocorre na situação em foco, há a situação de irregularidade cadastral do comprador, resta evidente que permitir que este comprador exerça atividade de comércio como se regular estivera, seria premiar o ato incorreto o que, além de ofensa à legislação, seria injusto com os demais contribuintes que primam em manter-se adstritos às regras tributárias.

Cabe a quem comercializa - portanto também cabe ao vendedor - verificar a situação cadastral do seu parceiro comercial, especificamente no que tange à operação que com o mesmo realiza. Assim determina a legislação tributária, e não pode este Contencioso eximir-se de aplicá-la.

Por outro lado, resta registrar que nos exercícios de 2007 e de 2008, que são o alvo da imputação 05, inexistia o Parecer DITRI mencionado pelo contribuinte, que foi prolatado em 2009. Por conseguinte, o contribuinte, ao praticar a irregularidade, não poderia ter sido orientado, ou induzido a erro, por Parecer superveniente a seus atos.

Em 2010, inclusive, este Parecer foi modificado (fl. 129 dos autos), conforme já dito na Decisão *a quo*.

Ainda por outra vertente, consoante teor dos artigos 55 a 66 do RPAF/99, em especial dos seus artigos 62, III; 63; 64 e 65, a consulta válida produz efeitos para o consulente. Não é a situação vista nestes autos.

Por tudo quanto dito, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298579.0080/11-4, lavrado contra CASA CESAR COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$301.861,11, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.454,15 e 60% sobre R\$300.406,96, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “e” e VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário - Infração 5) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário - Infração 5) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rosany Nunes de Mello Nascimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto ao Recurso Voluntário - Infração 5)

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR
(Quanto ao Recurso Voluntário - Infração 5)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS