

A. I. Nº - 206881.0004/14-3
AUTUADO - SUPERCESTA COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - EUGÉNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 14.04.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-02/15

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA. a) SAÍDAS PARA PESSOAS CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. FALTA DE ATINGIMENTO DO PERCENTUAL DE FATURAMENTO. Ausência de demonstração do alcance do percentual de 65% das saídas destinadas a contribuintes do imposto, após o lançamento realizado, condição inexorável para uso do benefício fiscal. Interpretação literal da disposição regulamentar contida no art. 1º, I, por se tratar de isenção parcial do crédito tributário. Impugnação genérica. Lançamento não elidido. Art. 111, II, do CTN c/c art. 1º, I, do Decreto nº 7.799/00; art. 36 c/c art. 182 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; arts. 140 e 141 do RPAF/99. Infração subsistente. b) SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO E PARA PESSOAS INSCRITAS COMO “CONTRIBUINTE ESPECIAL”. Código de atividade do contribuinte não contemplado no Anexo Único do mencionado Decreto para a fruição do benefício fiscal. Art. 1º, § 3º. Falta de demonstração do alcance do percentual conferido pelo art. 1º, I, após o procedimento fiscal. Impugnação genérica. Lançamento não elidido. Arts. 140 e 141 do RPAF/99. Infração subsistente. c) SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES “BAIXADAS”. Lançamento incontroverso. Art. 140 do RPAF/99. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES “BAIXADAS”. 3. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. 4. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO IMPOSTO A MENOS DO DEVIDO. Lançamentos incontroversos. Art. 140 do RPAF/99. Infrações caracterizadas. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. a) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Lançamentos incontroversos. Art. 140 do RPAF/99. Infrações caracterizadas. ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO. Indeferimento parcial. Preclusão. Semelhança da matéria apresentada no curso da impugnação. Verdade material inalterada. Art. 123, §§ 1º, 5º e 6º, do RPAF/99.

DECADÊNCIA. Prejudicial de mérito rejeitada. Arts. 107-A, I e 107-B, § 5º, do COTEB, vigentes à época dos fatos geradores imputados. Pedidos de revisão fiscal e perícia técnica indeferidos. Rejeitadas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/14, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$124.104,26, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades imputadas:

INFRAÇÃO 1 - 03.02.06 - "Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo". Menciona a autuante a existência dos Demonstrativos da Redução de Base de Cálculo Indevida, Demonstrativo dos Créditos não Utilizados pelo Uso do Decreto nº 7.799/00, Demonstrativos do Uso do Decreto nº 7799/00 sem atingir o Percentual Mínimo, Demonstrativos das Vendas para Contribuintes Habilitados, Especial, Desabilitados, Não Contribuintes anexo I, gravados em CD anexo, parte integrante deste auto de infração. Valor de R\$52.402,95. Meses de jun/09 a out/09 e dez/09 a abr/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 03.02.06 - "Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo". Consta que o uso indevido, nas operações para não contribuintes do ICMS "(ISENTOS E ESPECIAL)", encontra-se evidenciado nos Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais - Vendas para não Contribuintes anexo II, planilhas gravadas em CD anexo, parte integrante deste auto de infração. Valor de R\$22.334,35. Meses de mai/10 a dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 03.02.06 - "Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo". Consta que o uso indevido, nas operações para contribuintes com inscrições BAIXADAS, encontra-se evidenciado nos Demonstrativos Auditoria em Documentos e Lançamentos - Vendas para Contribuintes Desabilitados, anexo III, planilhas gravadas em CD anexo, parte integrante deste auto de infração. Valor de R\$211,13. Meses de mai/10; jun/10; ago/10 a out/10 e dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - 07.04.03 - "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". Consta que o ilícito, relacionado com as operações de venda de mercadorias a contribuintes com inscrições estaduais baixadas, está no Demonstrativo Auditoria da Substituição Tributária - Falta de Retenção Contribuintes Inaptos, anexo IV, planilhas gravadas no CD anexo, que integra o auto de infração. Valor de R\$3.143,98. Meses de jan/09 a dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - 01.06.01 - "Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto". Para configurar a infração, a autuante menciona a elaboração do Demonstrativo do Estorno de Débito Lançado a Maior e livro Registro de Apuração do ICMS anexo V, planilhas gravadas no CD anexo, que integra o auto de infração. Valor de R\$4.994,13. Meses de mai/10 a dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - 05.04.01 - "Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes". A autuante menciona que, nos Demonstrativos Auditoria da Conta Fornecedores e, do Percentual de Vendas Tributadas; photocópias dos Balanços, bem como os documentos inerentes à liquidação e/ou pendência de títulos de diversos fornecedores, anexo VI, está evidenciada a imputação fiscal. Valor de R\$32.731,98. Mês de dez/10. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 7 - 07.01.02 - "Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior". Consta que o Demonstrativo Auditoria da Antecipação

Tributária Recolhida a Menor, anexo VII, evidencia a infração descrita. Valor de R\$3.504,40. Meses de jan/09; abr/09; mai/09; nov/09; jan/10; fev/10 e mai/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - 16.01.01 - "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal". Consta que foram identificadas Notas Fiscais Eletrônicas obtidas do SINTEGRA WEB/CFAMT, sem registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registrada, fotocópias das notas fiscais e livros Registro de Entradas - anexo em CD (anexo VIII). Valor de R\$4.585,28. Meses de abr/09 a jun/09; set/09; out/09; dez/09 a fev/10; abr/10; mai/10; jul/10; set/10 e dez/10. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias.

INFRAÇÃO 9 - 16.01.02 - "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal". Consta que foram identificadas Notas Fiscais Eletrônicas obtidas do SINTEGRA WEB/CFAMT sem registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registrada, fotocópias das notas fiscais e livros Registro de Entradas - anexo em CD (anexo VIII). Valor de R\$196,06. Meses de mai/10; jun/10; nov/10 e dez/10. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresenta impugnação, fls. 561/568, consignando sua insurgência apenas contra as infrações 1 e 2 nos seguintes termos, visto que reconhece as demais irregularidades lançadas.

Refuta a infração 1 ao mencionar que a ação fiscal não considerou o disposto nos §§ 3º e 4º do Decreto nº 7.799/00, introduzidos pelo Decreto nº 10.156/06, acerca aplicação prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, extensiva às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), cujos códigos de atividades econômicas constam do seu Anexo Único - operações destinadas a 'pessoa jurídica não contribuinte do ICMS', no caso, contribuinte especial ou não contribuinte, podendo para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício ser considerado como saída para contribuinte.

Entende improcedente o levantamento pela autuante pelo fato ao valor das vendas deverá ser acrescido àqueles relativos ao das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total, como previsto no caput artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, o que alcança o percentual de 100%, de modo a permitir a fruição do benefício fiscal.

Ainda com relação à infração 1, com reflexo sobre a infração 2, o impugnante relata o vício de interpretação da autuante, na medida em que inova a legislação tributária, com a tese de que o 'contribuinte inscrito na condição especial 'se equipara ao 'não contribuinte', diferentemente de a legislação vigente estabelecer a existência de 'CONTRIBUINTE ESPECIAL'. Para corroborar seu entendimento transcreve o art. 150, inciso V, do RICMS vigente à época dos fatos imputados.

Menciona que a condição de CONTRIBUINTE ESPECIAL 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, cujo entendimento é aplicável ao teor do art. 1º do Decreto nº 7.799/00, diante da inexistência de distinção do tipo inscrição do contribuinte destinatário normal, contribuinte especial ou qualquer outro tipo.

Pela inexistência de condicionante para fruição do benefício fiscal em questão, quanto à condição do contribuinte destinatário e pela necessidade de 'habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento', como fixa o art. 149 do RICMS, assevera a impossibilidade de a autuante ter destituído o seu direito e realizado o lançamento de ofício, sem qualquer substrato normativo, tendo em vista seus destinatários estarem inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Assim, pede a improcedência das infrações 1 e 2.

Sustenta seus argumentos defensivos sob o aspecto da interpretação semântica da norma aplicada, ao asseverar a falta de segurança jurídica, em virtude da inexistência de restrição quanto à extensão do tratamento tributário previsto às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) destinadas a não contribuintes do ICMS, desde que inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte especial.

Pede a realização de perícia técnica, designada por este Órgão, revisão fiscal, além da procedência parcial do lançamento tributário.

A autuante presta informação fiscal, fls. 572/581, consignando que o autuado reconheceu as infrações 3 a 9 e refuta os lançamentos descritos nos itens 1 e 2 da autuação.

Preliminarmente, relata que o sujeito passivo está inscrito no CAD-ICMS/BA, tendo como atividade econômica principal o comércio atacadista de produtos alimentícios e, signatário do Termo de Acordo para o gozo do benefício fiscal constante do Decreto nº 7.799/00. Menciona a legislação aplicada às infrações impugnadas, a juntada de demonstrativos para detalhes das irregularidades - anexo I, fls. 17/133; anexo II, fls. 134/160 e mídia CD-R, fl. 538, entregues ao autuado, conforme fls. 536/537, tendo como base livros e documentos fiscais, como informam os Termos de Intimação e Arrecadação às fls. 12/16.

Quanto à infração 1, afirma a configuração da procedência do mérito pelo fato de o sujeito passivo possuir índice de saídas destinadas a contribuintes do ICMS inferior ao percentual de faturamento de 65%, o que afasta a possibilidade de utilização da redução de base de cálculo em 41,176%, definida pelo art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/00, cujos requisitos, para o gozo do benefício fiscal, destacados no seu relato, não foram alcançados pelo impugnante.

Sobre a insurgência relacionada com a infração 2, informa o dever de incidirem a interpretação restritiva e as condições para o uso de benefício fiscal constante do referido decreto, quais sejam a assinatura de Termo de Acordo e que as vendas possuam como destinatários contribuintes inscritos no cadastro do Estado da Bahia, além do alcance do índice mencionado no tópico anterior.

Informa que as exceções fixadas no art. 1º, § 3º, do Decreto nº 7.799/00 não se aplicam ao caso em tela, tendo em vista a atividade econômica - 4639-7/01 - do sujeito passivo não estar contemplada no Anexo Único da referida norma, no período no qual não houve o alcance do percentual de 65% do faturamento do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS.

Entende não prosperar o argumento defensivo acerca da incidência do benefício fiscal nas operações destinadas a empresas inscritas na condição especial, diante do disposto nos arts. 36, 150, inciso V e 182 do Regulamento do ICMS vigente à época dos fatos geradores imputados.

Mantém os termos da autuação, já que o impugnante não apresentou documento ou levantamento, para elidir a imputação administrativa, nem apontou erro nos dados consignados nos demonstrativos, que embasaram o levantamento fiscal. Para a autuante, o sujeito passivo limitou-se a questionar a exclusão das operações destinadas a contribuintes inscritos como especial.

Consigna a improcedência do entendimento do sujeito passivo, devido à carência de consistência dos argumentos defensivos e pela falta de previsão regulamentar. Entende que o objetivo da participação do impugnante possui objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário. Além disso, afirma ser desnecessária a realização de perícia técnica ou revisão fiscal.

Firma a legalidade e a correção dos procedimentos de auditoria desenvolvidos neste PAF e espera a procedência do Auto de Infração, em todos os seus aspectos.

Às fls. 585/587, Relatório Débito do PAF, há indicação do reconhecimento, através da situação "parcelado", das infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, no total do valor histórico de R\$49.366,96.

Em 29/12/14, o sujeito passivo protocola nova peça acrescentando argumentos contrários a imputação, através de advogado devidamente constituído, fls. 589/593, sob a alegação de se tratar de matéria de direito, nos seguintes termos.

Pede a observação do art. 8º, da Lei nº 13.199/14, para reconhecer a Decadência relativa aos fatos geradores ocorridos até 03/10/09, considerando que a intimação acerca do auto de infração ocorreu no dia 03/10/14.

Como entende que se trata de matéria de direito, não atingida pela preclusão, acrescenta fundamentos pertinentes ao art. 1º do Decreto nº 7.799/00, transrito, essência o instituto da redução de base de cálculo, para os casos específicos.

Aduz que a mencionada norma não exige vendas no percentual de 65% para contribuintes inscritos no CAD-ICMS, e sim que 65% das vendas sejam para contribuintes, englobando, por falta de restrição expressa, aqueles inscritos ou não, os isentos de inscrição, bem como inscritos na condição de contribuintes especiais. Afirma que tal determinação é válida para a apuração dos percentuais, que uma vez atendida, as vendas para 'contribuintes inscritos no CAD-ICMS' serão, então, contempladas.

Acrescenta que, na época dos fatos geradores imputados, existiam 'contribuintes inscritos' (normais), 'não inscritos' (assim considerados porque praticavam com habitualidade operações descritas como fato gerador do ICMS), 'isentos' (pessoas jurídicas) e 'especiais' (inscritos em cadastro especial). Entende a aplicação da interpretação literal no caso em tela, pois previa, exclusivamente, a condição de 'contribuinte inscrito' para fins de aplicação do benefício. Quanto à apuração dos percentuais, havia a determinação da consideração das vendas 'para contribuintes', incluindo, dessa forma, por ausência de vedação, tanto as vendas destinadas aos 'contribuintes de fato', 'contribuintes isentos de inscrição' e 'contribuintes inscritos no cadastro especial'.

Assim, através da análise globalizada, assevera que as vendas para contribuintes devidamente inscritos podem ser beneficiadas com a redução de base de cálculo. Para corroborar com seu entendimento traz o teor do art. 3-B, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00.

Afirma que as comprovações das condições para a obtenção do percentual de 65% não foram entregues ao sujeito passivo.

Nesse contexto, destaca as distintas normas relacionadas com a qualificação do contribuinte como atacadista, que contempla venda para qualquer pessoa jurídica e aquela direcionada com o elenco de operações submetidas ao benefício fiscal com a redução de base de cálculo, a qual restringe as operações destinadas a estabelecimentos inscritos no cadastro da SEFAZ/BA, para fazer jus à redução de base de cálculo, além da limitação do crédito fiscal em 10%.

Defende a inclusão, para o uso do benefício fiscal conferido pelo Decreto nº 7.799/00, das operações destinadas a contribuintes 'inscritos da condição de especial', já que esses estabelecimentos eram obrigados de forma semelhante aos 'contribuintes normais', a exemplo do pagamento de complementação da alíquota nas aquisições para uso, consumo e ativo.

Relata que o demonstrativo dos percentuais, referente aos lançamentos com datas de ocorrência em 2010, ofertado pela autuante, revela 'vendas para contribuintes', nos meses de maio a dezembro, superiores a 65%, em cada mês, de modo a afastar a imposição descrita na infração 02. Com referência aos lançamentos com datas de ocorrência em 2009, destaca as operações do mês de dezembro, no qual as vendas destinadas para 'contribuintes', mesmo sem considerar aquelas para os contribuintes com inscrição especial, alcançaram o valor de 64,686%, não sendo, portanto, sensato impedir a aplicação da norma.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos, a exclusão das parcelas atingidas pela Decadência e todas referentes à infração 02. Ademais, suscita a correta interpretação da norma, com a inclusão das vendas a

contribuintes com 'inscrições especiais' e, caso não seja alcançado, a exclusão do lançamento relativo ao mês de dezembro de 2009.

VOTO

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Inexiste vício capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento, tendo em vista a apuração do imposto, multa e da respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos e entregues ao impugnante, fls. 17/133; 134/160 e 536/538. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório em face da acusação empreendida.

Destarte, indefiro os pedidos voltados à realização de revisão fiscal e de perícia técnica, pois a lide está apta ao julgamento, bem como os pedidos de nulidades arguidos.

Ao teor do art. 123, §§ 1º, 5º e 6º, do RPAF/99, e em respeito aos Princípios da Economia e Celeridade Processuais, aplico o Instituto da Preclusão, na espécie Consumativa, para indeferir o aditamento dos argumentos defensivos, fls. 589/593, sobre a aplicação do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000. Tal matéria, à semelhança do que consta da impugnação de fls. 561/568, consigna insurgência de caráter genérico, o que mantém inalterada a verdade material da lide em tela.

Quanto à preliminar de mérito aventada - Decadência - questão de ordem pública, na qual não incide a preclusão, indefiro o pleito posto que o art. 8º da Lei nº 13.199, de 28/11/14, possui efeitos a partir de 29/11/14, conforme art. 9º da referida lei, além da impossibilidade de retroagir sua aplicação para fatos geradores descritos neste Auto de Infração, em virtude das razões a seguir apontadas.

O Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - vigente à época dos fatos geradores imputados, fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, ainda que este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

Art. 150. ...

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada. As disposições vigentes do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário e no art. 107-B, § 5º, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário, são aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingu-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido).

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

Nota 1: O art. 107-A foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)
[...]

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Nota 1: O art. 107-B foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

[...]

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No sentido do art. 107-A do COTEB, o Regulamento do ICMS vigente - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965.

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 30/09/14 (data da lavratura do presente Auto de Infração) não havia ainda ocorrida a decadência do direito de lançar o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos até 03/10/09. Assim, o pleito do impugnante não se coaduna com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia sobre a contagem do prazo a partir da data de intimação do auto de infração - 03/10/14, para efeitos da Decadência Tributária.

Ademais, há decisões reiteradas no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF. A exemplo, tem-se excerto do voto do ilustre Relator Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-05/13, da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz entendimento a respeito do prazo decadencial, proferido pelo Conselheiro Classista Nelson Antônio Daiha Filho.

"Convém também pontuar, quanto a esta matéria, que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, inclusive, em decisões mais recentes. Nesse sentido o Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do eminentíssimo relator, representante das classes empresariais, Nelson Antônio Daiha Filho, é reproduzido parcialmente abaixo, a título ilustrativo:"

'Incialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.'

Logo, ao caso concreto, não opera o Instituto da Decadência arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN.

Ex positis, rejeito a prejudicial de mérito suscitada.

Em virtude do reconhecimento pelo sujeito passivo, aplico o art. 140 do RPAF/99, para caracterizar as infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 diante da inexistência de controvérsia.

No que diz respeito à infração 1, constato alegações defensivas, de caráter genérico, além da falta de comprovação dos argumentos aduzidos pelo impugnante. Neste contexto, o sujeito passivo não produz de fato, ao menos, modificativo, para comprovar o atendimento do percentual de 65%, fixado pelo art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/00, condição inexorável para uso do benefício fiscal. Acertada está a autuação fiscal com a legislação tributária vigente, sem inová-la, na medida em que os procedimentos da autuante estão em consonância, notadamente, com o art. 36 e art. 182 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores imputados. Ou seja, para o cômputo dos percentuais constantes do art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/00 e usufruto do benefício fiscal de redução de base de cálculo devem ser considerados contribuintes aqueles enquadrados nos dispositivos regulamentares vigentes - arts. 36 e 182 do RICMS/97, procedimento adotado pela autuante, que não engloba saídas para pessoas físicas ou jurídicas cadastradas como "Contribuintes Especial, Desabilitados, Não Contribuintes". Na espécie, impõe-se interpretação literal pela isenção parcial do crédito tributário, o que determina a procedência do lançamento tributário. Infração subsistente com base no art. 111, inciso II, do CTN c/c art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/00; art. 36 c/c art. 182 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; arts. 140 e 141 do RPAF/99.

Quanto à infração 2, verifico que diz respeito à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas saídas de mercadorias para não contribuintes do ICMS "isentos e especial."

O autuado alega que o Decreto nº 7.799/00 não fixa no seu art. 1º qualquer espécie de restrição quanto à extensão do tratamento tributário previsto às operações realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) destinadas a não contribuintes do ICMS, desde que inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte especial.

Por seu turno, a autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que estando o autuado inscrito no cadastro sob o código de atividade econômica constante do item 8 do Anexo Único do citado Decreto, ou seja, Comércio Atacadista de Gêneros Alimentícios em Geral, as saídas para contribuintes especiais não possuem o benefício da redução da base de cálculo prevista no citado Decreto.

No caso desta infração, constato que a autuação se apresenta correta, haja vista que o art. 1º, § 3º, do Decreto nº 7.799/00, vigente à época dos fatos geradores imputados - com redação de acordo com o art. 4º do Decreto nº 10.156, de 13 de novembro de 2006, que acresceu este parágrafo ao art. 1º - estabelece o benefício fiscal para as operações internas realizadas por contribuintes do ICMS inscritos sob os códigos de atividades econômicas específicos constantes do Anexo Único itens

13 (Comércio atacadista de artigos de escritório e papelaria), 14-A (Comércio atacadista de ferragens e ferramentas), 14-B (Comércio atacadista de material elétrico) e 14-C (Comércio atacadista de material de construção em geral), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, inclusive inscritos na condição de especial.

Neste contexto, o código da atividade econômica principal do sujeito passivo - 4639701 - Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral - não está contemplado pelo referido dispositivo normativo nas saídas realizadas para empresas inscritas na condição de especial.

Há que se observar que as empresas inscritas na condição de especial não são, de fato, contribuintes do ICMS, haja vista que o contribuinte tem a sua definição precisa no art. 36 c/c art. 182 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, além de o impugnante não atingir o percentual fixado pelo art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/00, como descrito na infração anterior, do argumento defensivo genérico apresentado, além da ausência de controvérsia quanto às saídas para contribuintes "isentos".

Dessa forma, a infração 2 é subsistente com base nos art. 1º, § 3º, do Decreto nº 7.799/00 e arts. 140 e 141 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o recolhimento efetivamente realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206881.0004/14-3, lavrado contra **SUPERCESTA COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$119.322,92**, acrescido da multa de 60% sobre R\$86.590,94 e 100% sobre R\$32.731,98, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a", "d", "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.781,34**, previstas no incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o recolhimento efetivamente realizado com o parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR