

A. I. N° - 278904.00012/15-5
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-04/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item insubsistente. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM O PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração procedente. **c)** USO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL OU EM RAZÃO DE ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA SOBRE AS OPERAÇÕES DE ENTRADAS. Indicação de imputações totalmente distintas, em prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Item nulo. **2. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA LEGALMENTE. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração insubsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não comprovada. **b)** REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO NAS VENDAS PARA NÃO CONTRIBUÍNTES. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração procedente. Não acatada a alegação de decadência de parte do débito lançado. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/15, exige-se ICMS no valor de R\$298.050,53, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$4.786,33, e multa de 60% (no período de julho de 2010 a novembro de 2011);

Infração 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$69.709,50, e multa de 60% (no período de janeiro a dezembro de 2011);

Infração 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Utilizou indevidamente crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas (no período de fevereiro de 2010 a julho de 2011). Valor: R\$4.024,41. Multa de 60%;

Infração 4 – recolheu ICMS a menos em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$140.654,61, e multa de 60% (no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011);

Infração 5 – recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$65.539,52, e multa de 60% (no período de março de 2010 a dezembro de 2011);

Infração 6 – recolheu ICMS a menos em razão de vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no valor de R\$8.104,13, e multa de 60% (no período janeiro a dezembro de 2011);

Infração 7 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$5.232,03, e multa de 60% (no período de fevereiro de 2010 a novembro de 2011).

O autuado apresentou defesa, suscitando a nulidade do lançamento de ofício “*por excesso de infrações*”, em afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Transcreve parte do voto vencido da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0252-12/14 e informa que o mesmo entendimento já foi externado pela 1ª Instância na esfera judicial, na Ação Anulatória nº 0553332-16.2014.8.05.0001, proposta por ele em referência ao Auto de Infração nº 206881.0002/13-2.

Suscita também a nulidade do auto de infração por falta de esclarecimento quanto à forma de cálculo dos acréscimos moratórios cobrados, o que teria ferido de morte seu direito à ampla defesa. Transcreve a doutrina a respeito.

Requer a nulidade da infração 3, ao argumento de que lhe estão sendo imputadas duas infrações totalmente distintas, o que prejudicou sobremaneira seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Pede, ainda, a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração (07/04/15), com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação. Transcreve algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça para reforçar seu entendimento.

No mérito, relativamente à infração 1, alega que as mercadorias adquiridas (“*filme stretch, papel kraft e crepado, selo fita poliéster e de arquear e etc*”) são usadas na embalagem de seus produtos e, portanto, é legítimo o crédito fiscal, consoante o disposto no artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/BA.

Quanto à infração 2, aduz que também é legítimo o crédito fiscal, pois as mercadorias relacionadas na autuação passaram para o regime da substituição tributária a partir de 01/01/13, com a edição do Decreto nº 14.242/12, portanto, em data posterior aos fatos geradores listados. Apresenta uma planilha com a relação de notas fiscais e o item do referido Decreto.

No que tange à infração 4, argumenta que as vendas foram realizadas às empresas CMT Indústria e Comércio de Móveis Ltda. e Bahia Closet Indústria e Comércio de Móveis Ltda. com diferimento, porque tais contribuintes são beneficiários do PROBAHIA, benefício instituído pela Lei nº 7.025/97 e regulamentada pelo Decreto nº 6.374/97 (Resoluções nº 14/2004 e 31/2006, respectivamente), que tratam de diferimento do lançamento e pagamento do imposto nas operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos por elas fabricados.

Acrescenta que o mesmo ocorre com as operações de saídas destinadas à empresa Brisa Ind. de Tecidos Tecnológicos S/A (diferimento).

Quanto aos demais documentos fiscais, diz que foram emitidas, posteriormente, notas fiscais complementares ou se trata de mercadorias enquadradas na substituição tributária ou transferências de ativo, justificativas, em seu entendimento, para a insubsistência da autuação.

Referentemente à infração 5, esclarece que firmou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda para adoção da redução de base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799/00, e que o § 3º do artigo 1º do citado Decreto o autorizava a efetuar tal redução nas operações de saídas destinadas a pessoa jurídica não contribuinte. Apresenta uma relação de notas fiscais e os nomes e CNPJ dos destinatários para comprovar o que alega. Conclui que agiu em consonância com a legislação e, por essa razão, é improcedente o lançamento de ofício.

Argumenta, ainda, que a multa indicada é confiscatória e pede a sua redução para 20%, caso este Colegiado entenda pela procedência das infrações, o que não espera. Transcreve a doutrina e a jurisprudência a respeito.

Discorre sobre o princípio da verdade material, colacionando a jurisprudência do TIT/SP e conclui que *“não pode ser exigido o ICMS em razão da presunção de omissões de saídas por parte da Autuada”*.

Protesta pela juntada de provas em momento posterior, em razão do princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, e pela realização de todos os meios de prova, inclusive, caso necessário, prova pericial contábil.

Por fim, requer a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

Ao prestar a informação fiscal relativamente às infrações 1 e 3, o autuante rechaça as alegações de nulidade, *“haja vista a regularidade dos procedimentos adotados na auditoria em questão, com a devida ciência da autuada em relação ao início dos procedimentos de fiscalização, bem assim pelo amplo direito ao conhecimento do conteúdo da autuação e possibilidade de manifestação, exercidos inclusive durante a realização da presente auditoria, conforme se comprova pela documentação acostada entre as folhas 14 e 24 do AI, e conforme preceitua o disposto nos inc. II e III do art. 26, aprovado pelo Dec. 7.629/99, não havendo, inclusive, qualquer vedação legal à inclusão de mais de uma infração na lavratura do Auto de Infração”*.

Acrescenta que *“um simples exame das peças do presente Auto de Infração é suficiente para atestar a devida indicação dos dispositivos legais infringidos, tipificação e multa correspondentes”*, em conformidade com a legislação.

Relativamente à decadência, diz que deve ser adotado o prazo do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, recepcionado pelo Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 107.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que *“embora não tenham sido corretamente classificados pela autuada nas respectivas EFD apresentadas”*, conclui, após análise das informações trazidas na peça de defesa, que as mercadorias em questão são materiais utilizados para embalagem de produtos, *“razão pela qual faria jus ao crédito fiscal correspondente, nos termos do disposto na al. “a” do inc. I do art. 93 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 6.284/97”*.

Concernente à infração 2, entende que *“não procede a argumentação trazida pela autuada uma vez que os produtos em questão estão sujeitos ao regime de substituição tributária desde 01/01/2011, conforme disposto no Protocolo ICMS 170/10, recepcionado pelos incisos III, V e VI do art. 2º do Dec. estadual 12.470, publicado em 23/11/2010, e disposto no item 40 do inc. II do art. 353 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 6.284/97”*.

Pertinente à infração 3, argumenta que *“resta clara a inexistência de vício ou dúvida quanto à natureza da infração e sua tipificação, qual seja UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL EM RAZÃO DE ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA, de forma que são infundadas as argumentações trazidas pela autuada no sentido de pedir pela sua improcedência”*.

No que tange à infração 4, esclarece que, *“em razão da insuficiência de informações nas notas fiscais, as informações relativas à aplicação dos benefícios observados nas notas fiscais em questão foram objeto de questionamento junto à autuada, a qual à época não forneceu as informações pertinentes”*.

Prossegue dizendo que, *“esclarecida a questão, da análise da documentação acostada pela autuada, de fato, é possível verificar que os destinatários das notas fiscais objetos da autuação são, em sua maioria, beneficiários do programa PROBAHIA, conforme documentação acostada entre as folhas 196 e 197, bem como também é possível verificar terem sido emitidas notas fiscais com o ICMS complementar em relação às demais notas fiscais objeto da infração, conforme visto entre as folhas 199 a 213 do PAF”*.

Quanto à infração 5, diz que não tem razão o autuado, *“uma vez que houve aplicação indevida do benefício de redução de base de cálculo em operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, contrariando desta forma o disposto no parágrafo 3º do evocado Dec. 7799/00”*, com as redações vigentes no período de 01/08/09 a 31/10/11 e a partir desta data.

Concernente às infrações 6 e 7, registra que não houve nenhuma manifestação por parte do autuado.

Conclui pela manutenção em parte do lançamento de ofício, *“no sentido considerar improcedentes as infrações de números 01 e 04, e julgar procedentes, em sua totalidade, as infrações de números 02, 03, 05, 06 e 07 do presente, perfazendo um total do ICMS devido de R\$152.609,59 (cento e cinquenta e dois mil, seiscentos e nove reais e cinquenta e nove centavos), conforme demonstrativo de débito anexo”*.

O contribuinte foi notificado da informação fiscal e se manifestou, às fls. 397 a 400, observando, quanto à infração 3, que somente agora é que o agente fiscal informou que a infração que lhe está sendo imputada se refere à *“utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota”*, mas que também está sendo acusado de outra infração, qual seja, *“utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal”*.

Reitera a sua argumentação de que houve prejuízo à ampla defesa e ao contraditório e, caso a Fiscalização deseje retificar o equívoco, entende que somente poderá fazê-lo com a lavratura de outro auto de infração, com a aplicação correta da suposta infração.

No que se refere à infração 5, reitera que aplicou corretamente a legislação e os clientes listados *“figuram como não contribuintes e possuem cadastro junto ao CAD-ICMS deste Estado, motivo pelo qual é infundada a alegação do respeitável agente fiscal”*.

Acrescenta que *“mesmo que os referidos clientes, na qualidade de não contribuinte, não estivessem inscritos no CAD-ICMS, tendo em vista que tal exigência deixou de existir, deverá, ao caso aqui apresentado, ser aplicado o disposto no art. 106 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe sobre o princípio da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica”*.

Requer a improcedência total do auto de infração.

O preposto fiscal, em nova informação fiscal, afirma que *“diante da falta de novos elementos na contestação apresentada entre as folhas 397 e 400, vem, por meio do presente, reiterar pelo contido na informação fiscal anexada entre as fls. 387 e 393 do PAF”*.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de sete infrações.

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de “perícia contábil” formulado pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Afasto as preliminares de nulidade do auto de infração, “por excesso de infrações” e por falta de esclarecimento quanto à forma de cálculo dos acréscimos moratórios, tendo em vista que:

1. a quantidade de infrações apontadas neste processo administrativo fiscal não foi significativa a ponto de prejudicar o direito à ampla defesa; ao contrário, a peça defensiva foi apresentada com as argumentações que o contribuinte entendeu relevantes, algumas das quais foram acatadas pelo preposto fiscal;

2. embora não seja desejável a lavratura de auto de infração com um grande número de acusações fiscais, não há, na legislação, nenhuma limitação, mas apenas uma autorização para que o preposto fiscal expeça mais de um lançamento de ofício “relativo ao mesmo exercício fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão” (artigo 40 do RPAF/99);
3. a forma de cálculo dos acréscimos moratórios está prevista expressamente no artigo 102 da Lei nº 3.956/81(COTEB) e a ninguém é dado desconhecer a legislação.

Entretanto, verifico que existe um vício na descrição da infração 3, haja vista que há duas acusações distintas e divergentes: (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal; (ii) utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas.

Entendo que essa dicotomia, sem dúvida, prejudicou o direito ao contraditório do contribuinte, que ficou sem saber de que irregularidade estava sendo acusado. Observo que somente na informação fiscal é que o autuado foi cientificado de que a acusação correta seria a utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas.

No caso concreto, entendo que o lançamento de ofício padece de vício insanável, razão pela qual decreto a nulidade da infração 3, com fundamento nas disposições dos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a”, e 39, inciso III, do RPAF/99.

O sujeito passivo requereu, ainda, a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos, contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração (07/04/15), com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação.

A esse respeito adoto o posicionamento do Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes externado no Acórdão CJF nº 0107-12/15, prevalente neste CONSEF, conforme reproduzido a seguir:

“Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “*a quo*”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, *in verbis*, dispositivo cuja eficácia não pode ser negada por este órgão (art. 167, III, RPAF/1999).

"Art. 107-A. 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; 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".

Relativamente à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que o instituto em tela (decadência) é de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS praticados anteriormente à vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o Recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto

que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, publicado no DJU de 10/11/2003).

Assinale-se que a PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência”.

Em consequência, fica rejeitada a alegação de decadência.

No mérito, verifico que o autuante acatou as comprovações trazidas aos autos pelo autuado no que se refere às infrações 1 e 4, por reconhecer que: (i) as mercadorias adquiridas foram utilizadas para embalagem de produtos, sendo legítimo o crédito fiscal, nos termos do artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97; (ii) os destinatários das mercadorias vendidas foram, em sua maioria, beneficiários do programa PROBAHIA e, além disso, foram emitidas notas fiscais com o imposto complementar em relação às demais notas fiscais relacionadas na autuação, não havendo que se falar em recolhimento a menos do tributo estadual. Em consequência, devem ser consideradas insubsistentes as citadas imputações (1 e 4).

Na infração 2 o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no período de janeiro a dezembro de 2011.

O sujeito passivo alegou que as mercadorias listadas na autuação somente passaram para o regime da substituição tributária a partir de 01/01/13 com a edição do Decreto nº 14.242/12, enquanto que o preposto fiscal rebateu afirmando que os produtos “estão sujeitos ao regime de substituição tributária desde 01/01/11, conforme o disposto no Protocolo ICMS 170/10, recepcionado pelos incisos III, V e VI do art. 2º do Dec. estadual 12.470, publicado em 23/11/2010, e disposto no item 40 do inc. II do art. 353 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 6.284/97”.

Analisando o demonstrativo de fls. 36 a 48, constato que se trata de aquisições, pelo autuado, de materiais de construção (cumeeira, Plasticell PVC, diversos tipos de chapas, telhas, dobradiças, fechos, ferrolhos, fechaduras, hastes, maçanetas, parafusos, telas, conjuntos fixadores, portas sanfonadas, vidros para janelas e portas, kit para box etc).

Na verdade, diferentemente do que afirmou o autuante, os materiais de construção foram inseridos na substituição tributária a partir de 01/01/11, com o acréscimo do item 40 ao inciso II do artigo 353 do RICMS/97 pelo Decreto nº 12.534/10, uma vez que o anterior Decreto nº 12.470/10 não produziu efeitos, consoante se observa da transcrição abaixo:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

40 - os seguintes materiais de construção:

Nota: A redação atual do item 40, do inciso II do *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 141 (Decreto nº 12534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10), efeitos a partir de 01/01/11:

Redação anterior dada ao item 40 tendo sido acrescentado ao inciso II do *caput* do art. 353 pela Alteração nº 140 (Decreto nº 12470, de 22/11/10, DOE de 23/11/10) - sem efeitos:

"40 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do anexo único do Protocolo ICMS 104/09;"

40.1 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09;

40.2 - produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 (um) kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar - NCM 3506;

40.3 - blocos, placas, tijolos, ladrilhos, telhas e outros artefatos, de vidro prensado ou moldado, mesmo armado, para construção; cubos, pastilhas e outros artigos semelhantes - NCM 7016;

40.4 - vergalhões - NCM 7213;

Nota: O item 40.4 foi acrescentado ao *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 142 (Decreto nº 12537, de 30/12/10, DOE de 31/12/10), efeitos a partir de 01/01/11.

40.5 - banheira de hidromassagem - NCM 7019;

Nota: O item 40.5 foi acrescentado ao *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 142 (Decreto nº 12537, de 30/12/10, DOE de 31/12/10), efeitos a partir de 01/01/11.

41 - suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00, (Prot. ICMS 190/09)

Sendo assim, correta a autuação, devendo ser mantido, portanto, o débito lançado na segunda imputação.

Na infração 5 o ICMS foi exigido em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de março de 2010 a dezembro de 2011, por aplicação indevida da redução de base de cálculo em operações de saídas de mercadorias "*destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS*", segundo informou a autoridade lançadora em sua manifestação.

O contribuinte alegou que estava autorizado, pelo Termo de Acordo que firmou com o Estado da Bahia (com fundamento no Decreto nº 7.799/00), a reduzir a base de cálculo do imposto nas operações de saídas "*destinadas a pessoa jurídica não contribuinte*", por isso seria indevido o valor ora cobrado.

O artigo 1º do mencionado Decreto estabelecia que "*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 poderia ser reduzida em 41,176% (...)*".

Ressalto que o sujeito passivo está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia na atividade de Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas (CNAE nº 4672-9/00) e, portanto, encontra-se inserido no item 14-A do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, fazendo jus à redução de base de cálculo do imposto estadual nas operações internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. Vejamos a transcrição do Anexo Único:

ANEXO ÚNICO

ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
1	4631-1/00	Comércio atacadista de leite e laticínios
14	4649-4/04	Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria
14-A	4672-9/00	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas
14-B	4673-7/00	Comércio atacadista de material elétrico
14-C	4679-6/99	Comércio atacadista de materiais de construção em geral

Já o § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelecia, à época dos fatos geradores deste auto de infração (março de 2010 a dezembro de 2011), que o tratamento previsto no artigo 1º (redução de base de cálculo em 41,176%) se estendia 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 do Decreto (caso do autuado) nas seguintes situações:

1. de 01/08/06 a 31/10/11 – operações internas **destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial**;
2. de 01/11/11 a 19/12/11 – operações internas **destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS**, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte;
1. de 20/12/11 a 30/06/12 – operações internas **destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS**, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.

Vejamos os dispositivos acima referidos:

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:

(...)

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.537, de 19/12/11, DOE de 20/12/11, efeitos a partir de 20/12/11 a 30/06/12:

"§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 12-A, 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte".

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.339, de 07/10/11, DOE de 08 e 09/10/11, efeitos de 01/11/11 a 19/12/11:

"§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte 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 pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte."

Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11:

"§ 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."

Do exame dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 78 a 95) em confronto com os demonstrativos apresentados pelo contribuinte (fls. 153 a 157 e 399), verifico, por amostragem,

que foram listadas operações internas de saídas de mercadorias para contribuintes inscritos no CAD-ICMS na condição de especial. É o caso, por exemplo, das seguintes operações:

1. Nota Fiscal nº 76708 –
Empresa destinatária: Engkah Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Inscrição estadual nº 066.800.987 EP
2. Nota Fiscal nº 81883 –
Empresa destinatária: TAC Montagem e Manutenção de Elevadores Ltda.
Inscrição estadual nº 064.090.725 EP
3. Nota Fiscal nº 85148 –
Empresa destinatária: Civil Empreendimentos Ltda.
Inscrição estadual nº 035.756.194 NO

Ressalte-se que o autuante, em nenhum momento, rebateu especificamente as alegações e provas trazidas aos autos pelo sujeito passivo, limitando-se a dizer genericamente que *“houve aplicação indevida do benefício de redução de base de cálculo em operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, contrariando desta forma o disposto no parágrafo 3º do evocado Dec. 7799/00”*.

Por tudo quanto foi exposto, considero que não restou comprovado o uso indevido do benefício da base de cálculo nas operações de saídas internas destinadas às pessoas jurídicas listadas nesta ação fiscal, no período de março de 2010 a dezembro de 2011, porque o procedimento do autuado, verificado por amostragem, encontrava amparo no § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 acima reproduzido.

As infrações 6 e 7 não foram impugnadas no mérito pelo contribuinte, razão pela qual devem ser mantidas nesta autuação, à exceção do débito relativo ao mês de fevereiro de 2010 (infração 7) alcançado que foi pela decadência.

Também não há como ser acatada a alegação defensiva, de confiscatoriedade das multas indicadas no auto de infração, considerando que estão previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, não se incluindo na competência do CONSEF “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”, nos termos do inciso III do artigo 167 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, julgando procedentes as infrações 2, 6 e 7, improcedentes as infrações 1, 4 e 5, e nula a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0012/15-5**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.045,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA