

A. I. Nº - 278904.0012/15-5
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.08.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-04/17

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. Superada a arguição de nulidade em relação a esta infração em função do julgamento ocorrido em instância superior que anulou o julgamento anterior de primeira instância. No mérito, acolhida a decadência parcial do lançamento. Mantida a exigência em relação aos demais períodos não alcançados pela decadência. Infração parcialmente subsistente. 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 CONTRIBUINTE. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração procedente. não acolhidas as arguições de diligência e indeferido o pedido de perícia. Mantidas as multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi julgado Procedente em Parte por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0079-04/16 de 19/05/2016. Tendo em vista a parcela do débito que foi desonerado neste julgamento, a 4ª JJF submeteu o processo para revisão do lançamento mediante Recurso de Ofício, o qual foi apreciado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que, de acordo com o Acórdão nº 0086-11/17, **em decisão por maioria**, declarou a **nulidade** da decisão recorrida, cujo voto vencedor contém o seguinte teor:

A infração 3 do presente lançamento de ofício acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito de ICMS, em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais.

Na descrição dos fatos, está dito que se trata de uso indevido de crédito, em decorrência de erro na aplicação das alíquotas relativas às operações de entrada. Ou seja, o sujeito passivo, conforme se observa nas planilhas de fls. 51 a 55, utilizou, em seu favor, percentuais maiores do que aqueles constantes das notas fiscais.

Por exemplo, observa-se, nos mencionados demonstrativos ou planilhas, que sobre a base de cálculo das operações (coluna "VLBCICMS") foi aplicada a diferença entre as alíquotas efetivamente destacadas nos documentos fiscais (coluna "ALIQUAUD"; 12% e 7%) e as utilizadas pelo autuado (coluna "ALIQUINF"; 17%, 12,6%, 7,2% e 7,1%), apurando-se dessa forma o imposto devido.

Em face do exposto, não há nulidade, tampouco existência de duas imputações em um só tópico do Auto de Infração, mas acusação, perfeitamente compreensível, de utilização indevida de crédito, tendo em vista os lançamentos de alíquotas na escrita com percentuais maiores do que aqueles consignados nas notas fiscais de entrada.

O mérito não pode ser apreciado por esta Câmara, sob pena de supressão de instância, motivo pelo qual os autos deverão retornar à Junta de Julgamento Fiscal para que o faça.

Fica prejudicado o julgamento da remessa necessária.

Julgando NULA a Decisão de origem, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado no sentido de retornar os autos à Junta para novo julgamento.

Isto posto, e considerando que a decisão da 4ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0079-04/16 foi anulada, conforme o voto vencedor acima indicado, passo ao relato deste PAF para apreciação dos fatos em novo julgamento. Em vista disto, reproduzo na íntegra o relatório elaborado pela então relatora, o qual passa a fazer parte integrante deste julgamento, em face de não haver necessidade de inserção de novos elementos ou argumentos:

“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

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal anulou a decisão anterior desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal e determinou que os autos retornassem à 1ª Instância para novo julgamento e apreciação das razões de mérito quanto à infração 3. Assim é que, em obediência a determinação da instância superior, passo a me pronunciar em relação aos fatos questionados nestes autos pelo autuado em relação a todas as sete infrações que lhe foram imputadas.

Mantenho o entendimento externado no julgamento anterior e 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.

Também 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.

Quanto ao vício declarado no julgamento anterior em relação a infração 3, tendo em vista o julgamento realizado na instância superior que o afastou, fica o mesmo ultrapassado e, adiante, efetuarei a análise do mérito desta infração.

No mérito, mantendo o mesmo entendimento já firmado pelo julgamento anterior, 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 subsequentes 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.

No tocante a infração 03, apesar de entender que foram formuladas duas acusações distintas para o mesmo lançamento, esta questão fica superada em face do julgamento realizado em segunda instância, razão pela qual, passo a analisar o seu mérito, a partir da ocorrência verificada em 31/03/2010, vez que a anterior, no valor de R\$41,59 (fevereiro/10) já se encontra afastada em face da ocorrência de decadência.

Assim é que, analisando o Anexo 05 elaborado pelo autuante, fls. 49 a 56, vejo que a apuração se refere a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota.

O autuado, quando da defesa inicial, se limitou a arguir a nulidade do lançamento em face da dubiedade das acusações, acima já referidas, entretanto, quando em novo pronunciamento, fl. 398, reconheceu que o autuante esclareceu a infração que está lhe sendo imputada se trata de utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal, porém, sustentou que não pode o autuante, através da informação fiscal, tentar corrigir uma nulidade latente do Auto de Infração e que deveria ter sido lavrado novo auto com a indicação correta da infração, e não adentrou, a impugnação do mérito do lançamento.

Neste ponto vejo os demonstrativos de fls. 49 a 56, cujas cópias foram entregues ao autuado, lhe possibilitam os meios suficientes para defesa, onde indicam que as operações interestaduais a ela relacionadas se originam de estados da região nordeste, cuja alíquota correta é de 12%, entretanto foram consideradas e destacadas nos documentos fiscais a alíquota interna de 17%. Desta maneira, como só é admitido o valor do crédito fiscal quando corretamente calculado e, neste caso, as planilhas elaboradas pelo autuante comprovam que ocorreu o crédito fiscal em valor superior ao admitido, fato este não impugnado pelo autuado, apesar de ter tido a oportunidade para tal fim, voto pela procedência parcial da infração 03 no valor de R\$3.982,82.

Na infração 5, mantendo o mesmo posicionamento adotado pelo julgamento anterior, vejo que 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.

Vejam 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:

4. Nota Fiscal nº 76708 –
Empresa destinatária: Engkah Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Inscrição estadual nº 066.800.987 EP
5. Nota Fiscal nº 81883 –
Empresa destinatária: TAC Montagem e Manutenção de Elevadores Ltda.
Inscrição estadual nº 064.090.725 EP
6. 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

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 procedente em parte 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\$87.028,48**, 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, em 03 de agosto 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR