

**A. I. N°** - 206766.0011/04-4  
**AUTUADO** - COMEIA DISTRIBUIDORA LTDA.  
**AUTUANTE** - URBANO FERRAZ SANTOS  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 23.12.2004

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0506-01/04**

**EMENTA:** ICMS. 1. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Pagamentos não contabilizados presume-se a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Não provada pelo sujeito passivo a improcedência da presunção. Infrações 01 e 08 subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Provado nos autos o cometimento da infração. Fato reconhecido pelo autuado. Infração mantida. 3. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** ESTABELECIMENTO ATACADISTA. VENDAS DE MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. Contribuinte com Termo de Acordo datado de 26/05/99, beneficiado com a redução da base de cálculo, como determina o Dec. n° 8.969/04. Infração insubsistente. **b)** FOGOS DE ARTIFÍCIO. Mercadoria fora do campo da incidência do benefício da redução da base de cálculo. Infração reconhecida. **c)** VENDAS À NÃO CONTRIBUENTES. O benefício da redução da base de cálculo alcança, apenas, vendas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. Infração não elidida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas, através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Apesar do autuado reconhecer devida a irregularidade, descabe a exigência do imposto, já que os itens 01 e 08 da autuação tratam de presunção de omissão de saídas, nos mesmos períodos de apuração, em valor superior ao indicado neste item da autuação. Observado o que dispõe o § 1º do art. 60 do RICMS/97. Lançamento indevido. 5.

ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FOGOS DE ARTIFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 6. BRINDES. SAÍDAS DESONERADAS DO IMPOSTO. Procedimento em desacordo com a norma legal. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime em relação ao mérito do item 03 do Auto de Infração.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado, em 21/09/2004, exige imposto no valor de R\$ 396.196,37, pelas seguintes irregularidades:

- 1) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, referentes a duplicatas pagas e não registradas, em virtude da simulação de devolução das referidas mercadorias adquiridas de fornecedores, cujos pagamentos foram confirmados pelos mesmos, provando, assim, que não houve a devolução das referidas mercadorias, conforme demonstrativo, correspondências emitidas pelos fornecedores, cópias das notas fiscais de compras, das notas fiscais de devolução, do Razão analítico, dos livros de Registro de Saídas, nos meses de janeiro, abril, maio, agosto, outubro, dezembro de 2002, janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2003, no valor total de R\$ 188.995,96;
- 2) deixou de efetuar o recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Mercadorias adquiridas de diversos fornecedores, e simulação de devolução das referidas mercadorias, vez que após circularização das mesmas ficou comprovado que não houve a devolução e sim os pagamentos das duplicatas, referente às notas fiscais de compras, conforme demonstrativo, correspondências dos fornecedores, cópias das notas fiscais de compras e de devolução, dos livros Razão Analítico, Registro de Entradas e de Saídas, nos meses de janeiro, março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2002, janeiro, março e maio a dezembro de 2003, no valor total de R\$ 142.312,82;
- 3) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicação indevida da redução de base de cálculo, no percentual de 41,176% sobre mercadorias não contempladas no art. 1º, c/c os itens 1 a 16, do Anexo Único, dos Decretos nº 7.799/00 e nº 8.409/02, atualizados pelos Decretos nº 8.435/03 (efeito retroativo à 01/01/03 e nº 8.548/03 (efeito a partir de 29/05/03), nos meses de janeiro a dezembro de 2003, no valor total de R\$ 30.077,25;
- 4) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicação indevida da redução de base de cálculo, no percentual de 41,176% sobre fogos, mercadoria não contemplada no art. 1º, c/c os itens 1 a 16, do Anexo Único, dos Decretos nº 7.799/00 e nº 8.409/02, atualizados pelos Decretos nº 8.435/03 (efeito retroativo à 01/01/03), bem como a aplicação indevida da alíquota de 17%, quando o correto seria de 27%, conforme art. 50, II, “j”, item 4 c/c art. 51-A, II (efeitos a partir de 01/01/2002) do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, no valor total de R\$ 2.529,78;
- 5) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente às vendas com a aplicação indevida da redução de base de cálculo, no percentual de 41,176% nas vendas para contribuintes não inscritos ou a consumidor final, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003, no valor total de R\$ 719,67;

6) recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente às vendas de fogos com aplicação da alíquota de 17%, quando o correto seria 27%, conforme art. 50, II, “j”, item 4 c/c art. 51-A, II (efeitos a partir de 01/01/2002) do RICMS/97, nos meses de maio, agosto, novembro e dezembro de 2002, no valor total de R\$ 120,73;

7) falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, referente aos exercícios de 2002 e 2003, no valor total de R\$ 4.779,65;

8) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, referente às notas fiscais nºs 423539 e 126, recolhidas pelo CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, nos meses de agosto de 2002 e março de 2003, no valor total de R\$ 26.456,51;

9) deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Trata-se de aquisição de mercadorias (canetas) para saídas posteriores a título de brindes. O contribuinte se creditou do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição mas não procedeu de acordo com o que determina o art. 565, II e III, do RICMS, mês de dezembro de 2002, no valor de R\$ 204,00.

Consta do Auto de Infração que será apensado aos autos o processo nº 168951/2004-2, contendo 115 folhas, referente a solicitação de diligência fiscal, Ofício CONIF nº 162/2004, emitido pela SEFAZ/BA e resposta da SEFAZ – Núcleo de Fiscalização de Sorocaba/SP, Ofício nº 372/2004, onde consta a confirmação da PEPSICO do BRASIL Ltda., das datas de pagamento das notas fiscais constantes da carta de circularização, às fls. 24-29.

O autuado, às fls. 1235 a 1250, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa reconhecendo devidos os créditos reclamados nos itens 04, 06, 07 e 09, do Auto de Infração.

Alegou que em relação ao item 02 da autuação, que se refere a não recolhimento do imposto devido por antecipação, optou pelo adimplemento parcelado, encerrando a fase de tributação das mercadorias, objeto da autuação, por imperativo contido no “caput” do art. 356 do RICMS/BA.

Asseverou não assistir razão a exigência do imposto no item 01 da acusação fiscal, sob o fundamento de que no momento em que o defendente parcelou o valor da infração 02, encerrou a fase de tributação, transcrevendo o art. 356 do RICMS/97. Que a tributação traduz-se em inequívoco “bis in idem”, uma vez que as mercadorias tributadas no item 02 foram as mesmas do item 01. Transcreveu o art. 114 e 116, I e II, do CTN, que trata do fato gerador da obrigação. Assim, ao seu ver, no caso em questão, houve ampliação modificativa do fato gerador buscando tributar duplicatas pagas e não registradas pelo autuado, mesmo sabendo o autuante que tais títulos referiam-se às mercadorias tributadas na infração 02.

Citou lições dos tributaristas Hugo de Brito Machado e Amílcar de Araújo Falcão. Protestou que o art. 2º, § 3º, V, do RICMS/BA, fala de fato gerador presumido, o que entendeu não ser o caso dessa autuação, havendo o que se denomina de excesso de exação, o que enseja a nulidade absoluta do item 01 da autuação.

Quanto a infração 03, alegou que o autuante incorreu em omissão de nulidade insanável, não identificando na descrição do fato acusador a mercadoria não contemplada que motivou a autuação, citando o art. 5º, LV, da CF.

Disse que, provavelmente, a mercadoria seja “ração para cachorro”, incluída no item 17 do Anexo Único (Dec. nº 7.799/00). E, que a referida mercadoria sofreu alterações no seu enquadramento (art. 3º, I, Dec. 8.409/02. Que o Termo de Acordo firmado pelo autuado perante a SEFAZ/BA, datado de 26/05/99 (apensado aos autos), não pode ser alcançado pelo Dec. nº 8.409/02. Neste sentido, o Governo da Bahia editou o art. 7º, do Dec. nº 8.969/04. Concluiu pela improcedência da autuação.

No tocante a infração 05 – redução da base de cálculo nas vendas para contribuintes não inscritos ou consumidor final, o autuado alegou que o Dec. nº 7799/00 buscou reduzir a carga tributária para o comércio atacadista, permitindo igualdade de competição com o mesmo setor de outras unidades da Federação, tendo como destinatário direto os pequenos e médios comerciantes. Que o pequeno comerciante se entende por aquele que pratica atos de comércio de pequeno porte, não importando se inscrito ou não. Transcreveu o art. 126, III, do CTN, que trata da capacidade tributária.

Infração 08 –argumentou que a nota fiscal nº 423539 se refere a aquisição de veículo para uso da empresa e disse desconhecer a nota fiscal nº 126, que as mercadorias nela descritas nunca entraram em seu estabelecimento. Que a capitulação apontada na autuação está em desconformidade com o fato, devendo a infração ser declarada totalmente nula. No entanto, como não escriturou em seus livros fiscais a nota fiscal nº 423539, ensejando multa formal de 1% (art. 915, XI, do RICMS/97). E, quanto a nota fiscal nº 126, além de não ter adquirido a mercadoria, o fisco não provou o contrário. Citou lição do tributarista Hugo de Brito Machado, discorrendo sobre o ônus da prova.(Mandado de Segurança em matéria tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, págs, 306 e 307).

Ao final, requereu que o Auto de Infração seja julgado improcedente protestando por todos os meios de prova em direito admitidas.

O autuante, às fls. 1265 a 1273, informou que o autuado reconhece através de parcelamento e pagamento da 1ª parcela, as infrações 02, 04, 06, 07 e 09, porém alegou estar encerrada a fase de tributação da infração 01.

Esclareceu que na infração 01 está sendo exigida a receita omitida referente à omissão de saídas anteriores que fez frente ao pagamento das duplicatas e notas fiscais que não tiveram o pagamento registrado na escrita contábil do autuado, como constatado às fls. do livro Razão Analítico em confronto com as declarações de recebimentos das duplicatas emitidas pelos próprios fornecedores. Que a não escrituração do pagamento é fato gerador distinto do lançado na infração 02, assim, não há o que se falar em nulidade absoluta como quer o autuado em sua impugnação.

Informou que a infração 03 trata de ração para cachorro e cosméticos, como se demonstra na cópia do levantamento cedido ao autuado, fls. 324 a 602, em 24/09/2004, data em que foi assinado o referido Auto de Infração. Que a DITRI, através de Parecer nº 169/2004, em resposta a consulta da ASDAB – Associação de Distribuidores e Atacadistas da Bahia, entidade que representa diversos atacadistas, inclusive a empresa autuada, informou que com o advento do Decreto nº 8.409, de 26/12/02, o benefício de redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00 passou a ser restrito apenas às mercadorias relacionadas às atividades especificadas no Anexo Único.

Que o autuado para justificar suas alegações disse ter assinado o Termo de Acordo em 26/05/99, data anterior ao Decreto nº 8.409/02. Neste sentido, esclareceu o autuante que no citado parecer da DITRI a parecerista esclarece que os Termos de Acordo firmados antes da vigência do Dec. 8.409/02 ficam convalidados as operações de vendas de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, efetuadas com redução da base de cálculo no período compreendido entre 27/12/02 a 31/01/04. Já os contribuintes que firmaram Acordo após 26/12/02 o benefício de redução de base de cálculo, para as operações acima descritas, apenas, alcançará as operações efetuadas a partir de 01/02/04, data que entrou em vigor o Dec. 8.969/04.

Que o art. 7º do Dec. 8.969/04 citado pelo autuado se refere apenas a produtos com códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07 ocorridas até 31/01/2004, e não para as mercadorias relacionadas dos demais códigos de atividade econômica.

Na infração 5 o autuante esclarece que a legislação determina o benefício da redução da base de cálculo apenas nas saídas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS deste Estado, tendo o autuado efetuado venda para contribuinte não inscrito, constando no documento fiscal apenas o CPF dos destinatários e em consulta no Sistema da SEFAZ não consta nenhuma inscrição para tais “pequenos e médios comerciantes”.

Na infração 08 o autuado não comprovou que não efetuou o pagamento do veículo adquirido, deixando de contabilizar o pagamento no valor de R\$ 15.626,53. A falta de escrituração dos pagamentos, na escrita contábil do autuado, evidencia presunção de que os recursos para os pagamentos decorreram de omissão de receitas, e não em multa formal de 1% sobre o valor do bem.

Em relação a nota fiscal nº 126 de 28/03/03, o autuante informa que no relatório de conferência de estoque, às fls. 1117, o funcionário da empresa afirma que conversou com o pessoal que recebe as mercadorias, tendo sido falado que não tinham certeza, mas havia chegado mercadorias constantes na referida nota e que a empresa não ficou com a mercadoria porque o preço era muito alto. No entanto, o autuante, entendeu que se tal fato tivesse ocorrido o autuado deveria ter emitido nota fiscal de devolução. Que o provado nos autos é que a nota fiscal foi colhida no trânsito com a abordagem pela IFMT-SUL, tendo o documento apresentado, nota fiscal nº 126, como destinatário o autuado, além de alegar tratar-se de valor significativo (R\$ 140.000,00).

Asseverou que as infrações estão fartamente fundamentadas e provadas e, com relação ao ônus da prova, que não se observa conflito de interpretação, citando o tributarista Alexandre Henrique Salema Ferreira.

Opinou pela manutenção da autuação.

## VOTO

Ultrapassadas as preliminares argüidas, vez que o autuante além de descrever as infrações de forma clara e precisa, entregou, mediante recibo, cópia de todos os levantamentos e demonstrativos elaborados, bem como entregou cópia do processo nº 168951/2004-2 e correspondências emitidas diretamente pelos fornecedores em resposta a solicitação de confirmação de pagamentos, dos demonstrativos e das notas fiscais sem registro. No tocante a infração 03, em que o autuado alega cerceamento de defesa por não constar a indicação da mercadoria na descrição da infração, observo que no demonstrativo, cuja cópia foi recebida pelo autuado quando da ciência do Auto de Infração, consta a indicação do documento fiscal, emitido pelo sujeito passivo, data da emissão, nome da mercadoria e valor da operação, descabendo, o alegado cerceamento de defesa.

No mérito, analisando as peças constitutivas do presente processo verifico que o autuado, em sua impugnação reconhece devidos os valores exigidos nos itens 02, 04, 06, 07 e 09 do Auto de Infração que dizem respeito: a) falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária; b) recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação indevida da redução de base de cálculo no percentual de 41,176%, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas (fogos); c) recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias (fogos); d) falta de recolhimento de imposto, por presunção de omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque e e) falta de recolhimento de imposto por ter praticado operações tributáveis declaradas como não tributáveis.

As irregularidades apuradas nos itens 01, 07 e 08, dizem respeito a presunção legal de omissão de receitas caracterizada pela não escrituração contábil de pagamentos realizados, sejam decorrentes de aquisições de mercadorias tributáveis ou não, sejam apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, onde se identifique aquisições de mercadorias sem documentação fiscal (diferenças de entradas), seja pela falta de contabilização de pagamento de compras de bens do ativo (veículo) ou outra mercadoria, tendo sido os documentos colhidos no trânsito, através do CFAMT.

Quanto a infração 01, o autuado alega se tratar de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e que estaria havendo tributação em duplicidade, haja vista ter reconhecido o cometimento da infração apontada no item 02 do Auto de Infração, que exige imposto devido por antecipação das mesmas mercadorias apontadas na infração 01.

Ressalto que o sujeito passivo, no caso em questão, no intuito de sonegar o imposto devido por antecipação tributária, além de não contabilizar as notas fiscais de aquisições das mercadorias, emitiu notas fiscais, a título de devolução das mercadorias, simulando desfazimento do negócio, fato provado nos autos com a juntada de documentos, em consulta realizada entre a SEFAZ/BA e a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, em Sorocaba – Estado de São Paulo, tendo o autuado, em face das provas, cuja cópia recebeu, solicitado parcelamento do imposto devido por antecipação.

No entanto, ao ser exigido imposto com base no que determina o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a lei autoriza a presunção de que os pagamentos daquelas mercadorias que não foram contabilizadas decorreram de obtenção de receitas decorrentes de vendas de mercadorias anteriormente realizadas sem as emissões de notas fiscais, sem a sua contabilização e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto, ressalvada a hipótese de que o contribuinte comprove a improcedência da presunção.

A mesma situação se aplica nos casos de realização de roteiro de Auditoria de Estoques, onde fique evidenciada diferença de quantidade de mercadorias por omissão de entradas, já que não se exige imposto em relação àquelas mercadorias, e sim, pela evidencia de que houve obtenção de receitas, através de saídas anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto, situação apontada na infração 07.

Também, independentemente de ser identificado pagamentos não contabilizados, seja decorrente de aquisição de mercadorias para revenda (tributadas ou não), de bem do ativo, de material de consumo, de despesas efetuadas, ou outro pagamento, a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, decorre da não comprovação dos recursos obtidos para fazer face àqueles pagamentos realizados que deixaram de ser contabilizados. As situações previstas nas infrações 01 e 08 se referem a falta de contabilização de pagamentos relativos a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e não

contabilização de pagamentos de mercadorias e bem do ativo, sendo as notas fiscais arrecadadas nos postos fiscais de trânsito.

Observo, ainda, que na infração 08 foram identificadas duas notas fiscais, tendo sido juntadas as vias dos documentos colhidos no trânsito, via CFAMT, evidenciando terem sido adquiridas as mercadorias pelo contribuinte autuado. No caso do documento fiscal nº 126 que o autuado alega não ter adquirido as mercadorias nele indicadas caberia provar o fato, já que o documento fiscal, (via pertencente ao fisco) faz parte das peças dos autos.

No entanto, da análise dos itens 01, 07 e 08 dos autos, constato que as presunções apontadas ocorreram nos exercícios de 2002 e 2003. As infrações 01 e 08 decorreram de omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados e a infração 07 de diferença de quantidade por omissão de entradas apurada por meio de Auditoria de Estoques. Assim, apesar do autuado ter reconhecido como devida a infração 07, deve ser observado, no caso de imposto devido por presunção, como é o caso em análise, o que determina o art. 60, § 1º do RICMS/97, que estabelece o seguinte:

*Art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestação é:*

*§ 1º. Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas não registradas ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas.*

Assim, o valor do ICMS apontado nas infrações 01 e 08 deve ser mantido, por se tratar de omissão apurada através de pagamentos não contabilizados e representar o valor de maior expressão monetária em relação a infração 07 que diz respeito a presunção apurada adotando-se o roteiro de Auditoria de Estoques. Desta forma, mantidos os valores de R\$ 188.995,96 (infração 01) e R\$ 26.456,51 (infração 08). Excluído da autuação o valor de R\$ 4.779,65 (infração 07).

Na infração 03, o autuado alega a existência de Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA, em 26/05/99, por esta razão, ao seu ver, não pode ser alcançado pelo Decreto nº 8.409/02, e que foi neste sentido publicado o art. 7º, do Dec. nº 8.969/04.

O autuante, dentre os papéis que compõem o processo, juntou cópia de parecer da DITRI nº 169/2004, em que foi respondida consulta dirigida a ASDAB – Associação de Distribuidores e Atacadistas da Bahia, esclarecendo que os Termos de Acordo firmados antes da vigência do Dec. 8.409/02 ficam convalidados as operações de vendas de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, efetuadas com redução de cálculo no período compreendido entre 27/12/02 a 31/01/04. Já os contribuintes que firmaram Acordo após 26/12/02 o benefício de redução de base de cálculo, para as operações acima descritas, apenas, alcançará as operações efetuadas a partir de 01/02/04, data que entrou em vigor o Dec. 8.969/04.

Analisando o disposto no art. 7º do Decreto nº 8.969/04, que altera o RICMS/97, verifico o seguinte:

*Art. 7º. Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 31 de janeiro de 2004.*

Assim, o tratamento quanto a redução da base de cálculo, prevista no RICMS/97, com redação dada pelo Decreto nº 7.799/00, aos atacadistas habilitados, mediante Termo de Acordo, não diz respeito apenas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/0, mas, também, às regras vigentes na legislação à data da assinatura do Termo de Acordo. O crédito reclamado diz respeito ao período de janeiro a dezembro de 2003. Descabe a exigência do imposto.

Quanto a infração 05, decorrente de recolhimento a menos ICMS pela aplicação indevida da redução de base de cálculo, no percentual de 41,176%, ao efetuar vendas para não contribuinte e consumidor final, o sujeito passivo entendeu que teria direito ao benefício da redução da base de cálculo já que se tratava de pequenos contribuintes, mesmo não inscritos no CAD-ICMS.

A redação original dada no RICMS/97, através do Decreto nº 7.799/00, efeitos até 26/12/02, estabelecia o seguinte:

*Art. 8º. Nas saídas internas de mercadorias 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 pessoa jurídica contribuinte do ICMS, a base de cálculo 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 referidas saídas corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento total:*

Com a alteração dada pelo Decreto nº 8.435/03, o dispositivo regulamentar acima citado passou a ter a seguinte redação, com vigência a partir de 01/01/03:

*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.*

Assim, em se tratando de vendas realizadas para contribuinte não inscrito e para consumidor final não há previsão legal para a utilização do benefício da redução da base de cálculo pretendida pelo impugnante, já que a redução do valor da base de cálculo de que trata a legislação tributária se aplica apenas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, disposição expressa no RICMS/97. Mantida a ação fiscal.

Mantidas integralmente as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 08 e 09 e, descabidas as infrações 03 e 07.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### **VOTO DISCORDANTE EM RELAÇÃO AO MÉRITO DA INFRAÇÃO 03**

Na infração 03, o autuado alegou possuir Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA, desde 26/05/1999, não podendo, no seu entendimento, ser alcançado pelo Decreto nº 8.409/02, e aduziu que foi publicado neste sentido o art. 7º do Decreto nº 8.969/04, transcrito abaixo:

*“Art. 7º. Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias*



*relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 31 de janeiro de 2004.”*

O autuante, dentre os papéis que compõem o processo, juntou cópia do parecer da DITRI nº 169/2004, em que foi respondida consulta formulada pela Associação de Distribuidores e Atacadistas da Bahia - ASDAB, esclarecendo que o Decreto nº 8.409/02 restringiu o benefício concedido através do Decreto nº 7.799/00 aos atacadistas habilitados, às mercadorias que estivessem relacionadas aos códigos de atividade econômica relacionados no seu Anexo Único. Esclareceu ainda que o art. 7º do Decreto nº 8.969/04 apenas convalidou as operações de vendas de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, realizadas no período compreendido entre 27/12/2002 a 31/01/2004, com redução de base de cálculo, pelos atacadistas que firmaram Termo de Acordo em data anterior a 26/12/2002, além de ter incluído os códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07 no Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, os quais estão relacionados aos referidos produtos.

No meu entendimento, a interpretação explicitada pela DITRI em seu parecer é a mais correta, não podendo o termo “inclusive” contido no referido art. 7º do Decreto nº 8.969/04 ser entendido como uma revogação dos termos do Decreto nº 8.409/02. Entendo que, se o legislador quisesse revogar a restrição trazida pelo retrocitado Decreto nº 8.409/02, o teria efetuado de forma explícita. Neste artigo, o termo “inclusive” quer dizer que as operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ou seja, os produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, e somente estes produtos, poderiam ter o benefício da redução de base de cálculo, no período compreendido entre 27/12/2002 a 31/01/2004, apesar de somente terem sido relacionados no Anexo Único do Decreto nº 7.799/00 a partir de 01/02/2004.

O autuante, em sua informação fiscal, declarou que os produtos a que se referem esta Infração 03 são “ração para cachorro” e “cosméticos”, conforme demonstrativo que anexou, tendo o autuado declarado que recebeu cópia do mesmo. Verifico que o produto “cosmético” está relacionado ao código de atividade econômica constante do item 11 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, o qual vigorou no período de 01/01 a 28/05 no exercício de 2003, o qual foi objeto da Infração 03.

Quanto às rações, verifico que são destinadas não só para cachorros, mas também a outros animais, não refletindo, entretanto, em alteração no tocante ao devido tratamento tributário, ou seja, não possuem direito à redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00.

Constato também que o demonstrativo relaciona outros produtos nesta infração, os quais também não estão relacionados aos códigos de atividade econômica constantes do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, a saber: “filtro de papel união”, “lanterna Panasonic” e “esc. para sapato”, e portanto, não possuem direito à redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00.

*Ex positis*, entendo que a Infração 03 é parcialmente subsistente, devendo ser excluídos os “cosméticos” cujas operações ocorreram entre 01/01 e 28/05/2003.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação a infração 3 do Auto de Infração, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206766.0011/04-4, lavrado contra **COMEIA DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 361.339,47**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 188.995,96 e R\$ 26.456,51 e 60% sobre R\$ 142.312,82, R\$

2.529,78, R\$ 719,67, R\$ 120,73 e R\$ 204,00, previstas no art. 42, II “a” e “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – VOTO DISCORDANTE