

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0004/04-9  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - PROVISÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0266-04/05  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 13/10/2005

**1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0348-11/05**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDA DE MERCADORIAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível e, consequentemente, sem o recolhimento do imposto devido. Após diligência fiscal houve diminuição do valor do débito originalmente apurado.

2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração elidida em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Infrações parcialmente comprovadas. 4. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 7.799/00. a) REDUÇÃO INDEVIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos ser indevida a exigência fiscal. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO. A partir de 01/01/03, o legislador restringiu as mercadorias, com base nas atividades relacionadas nos itens 1 a 16 do Anexo Único do referido Decreto. No entanto, com a edição do Decreto nº 8.969/04 de 12/2/2004, foram reconvalidadas as operações da atividade relacionada no item 17 para aqueles atacadistas que haviam assinado termos de Acordo até 26/12/2002. Infração insubstancial. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício decorrente da Decisão de Primeira Instância, relativo ao Auto de Infração de 30/6/2004, exigindo ICMS no valor de R\$153.260,35, mais as multas de 70% e 60%, e a de R\$5.779,75 pelas seguintes infrações:

1. Não recolhimento do imposto em operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas

sem a emissão de documentos fiscais, portanto sem o lançamento em sua escrita, consoante levantamento quantitativo (exercício de 2000) - R\$14.259,39;

2. Idem, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições provenientes de outras Unidades da Federação, especialmente a mercadoria com NCM 220290 incluída na substituição a partir de 17/07/2000 – Decreto nº 7.824 (demonstrativo anexo II, fls. 824/854 do PAF) – exercícios de 2000 e 2001 - R\$ 8.605,50;
3. Multa pela falta de registro de mercadoria sujeita a tributação. Penalidade de 10% do valor das entradas (demonstrativo anexo III, fls. 855/ 862 do PAF) – fevereiro e setembro de 2000 e fevereiro, junho e outubro de 2001 - R\$ 5.524,67;
4. Multa pela falta de registro de mercadoria não tributável. Penalidade de 1% do valor das entradas (demonstrativo anexo IV, fls. 863/ 8780 do PAF) - janeiro e abril de 2000, fevereiro, setembro e novembro de 2001 - R\$ 255,08;
5. Não recolhimento do ICMS na saída de produtos, com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Adotado indevidamente esse benefício em operações de vendas não contempladas pelo art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, com redação vigente até 26/12/2002, as quais não foram destinadas a pessoas jurídicas contribuintes do ICMS (demonstrativo anexo V, fls. 871/1229 do PAF) – de maio de 2000 a dezembro de 2002 - R\$ 39.543,31;
6. Idem, idem, na saída de produtos, com utilização indevida da redução da base de cálculo. No exercício de 2003, o contribuinte utilizou o benefício de redução da base de cálculo sobre produtos não incluídos nos itens 1 a 16 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/2000 (demonstrativo anexo VI, fls. 1231/1619 do PAF) - R\$ 90.852,15

Os nobres julgadores da 4ª. JJF enfrentam a infração 1 do Auto de Infração em comento, apontando que o autuado em sua impugnação, indicou vários enganos com relação a movimentação de diversas mercadorias, discriminando-as uma a uma, ocasião em que a autuante alegou a não codificação correta dos estoques e também imputou falhas no sistema SAFA, e entendeu que o imposto, cobrado por omissões de saídas e não de entradas, esses equívocos não influenciaram os resultados, e não processou revisão alguma no lançamento. Esta 4ª JJF baixou os autos em diligência à Repartição Fiscal, na expectativa de que o agente autuador considerasse os argumentos da defesa, e em decorrência foram os mesmos revistos ocasionando redução desse lançamento de R\$14.259,39 para R\$3.415,25. Nesta revisão foi refeito o levantamento das entradas e apresentadas justificativas do autuante quanto a não aceitar a ocorrência de possíveis enganos no quantitativo de estoques, e em relação às saídas, que no transcurso do trabalho da fiscalização foram acrescentadas todas as notas fiscais D-1 e serie Única. Negava-se rever essas saídas e as duplicidades apontadas, pois este fato não havia repercutido no valor do ICMS reclamado. Novamente o autuado discordou da autuante e diante deste impasse, mais uma vez os autos foram baixados em diligência para que fiscal estranho ao feito procedesse uma revisão. A fiscal estranha ao feito (Parecer ASTEC/CONSEF nº 0045/05) elaborou minuciosa revisão de todo o lançamento fiscal, apresentando débito por omissões de saídas no valor de R\$6.896,30. Autuado e autuante tomaram conhecimento da diligência realizada, e não se manifestaram.

A JJF considerou sanados os erros constatados, e observou que a auditoria fiscal, com esta nova diligência, elimina a pendência já que refeita a revisão e entregue cópia ao sujeito passivo. O levantamento fiscal realizado pela fiscal estranha ao feito foi a base da Decisão da lide em discussão.

Aduzem a observação de que algumas mercadorias incluídas no levantamento final, à época da autuação, já se achavam enquadradas no regime de substituição tributária, devendo ser excluídas da autuação pois sua fase de tributação já se encontrava encerrada. Elaboram demonstrativo dessas referidas mercadorias, cuja soma perfaz R\$1.109,55, reduzindo portanto o valor desta

infração para R\$5.786,75.

Passam a seguir ao julgamento da Infração 2, lavrada por falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição na aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, com destaque as com NCM 220290 inclusas na substituição a partir de 17/07/2000 (Decreto nº 7824/00, as folhas 824 e 825).

Dizem da impugnação da acusação, através a juntada da cópia do LRE para fazer prova de que a maioria das notas fiscais se referia ao produto ADES, não incluído na substituição tributária: que a Nota Fiscal nº 179038 de 27/11/00, referente a xarope de groselha, não faz parte do elenco do item 4, inc. II art.353 do RICMS/BA: que a Nota Fiscal nº 70829 de 22/02/00 contendo o óleo king 4x6x100, também este artigo não está enquadrado do mencionado regime de substituição tributária: que são desconhecidas as Notas Fiscais nºs 1966, 228367, 142723, 65478 e 604.

Da análise dessas quatro situações, a JJF conclui pela exclusão, pela procedência dos argumentos impugnantes, a exceção das Notas Fiscais nºs 1966, 147723, 65478 e 604, pois estas todas foram emitidas para o autuado, revestidas das formalidades legais, condizentes com o ramo de atividade do sujeito passivo. Assim estas notas fiscais, com terceiras vias retidas pelo fisco quando do trânsito em território baiano, são provas hábeis que confirmam a existência de operações comerciais do contribuinte.

E elaboram quadro demonstrativo que consigna o valor de R\$ 4.086,60 para esta infração 2.

Em seqüência, passam a análise das infrações 3 e 4, ambas tratando da cobrança das multas de 10% e de 1% sobre aquisições de mercadorias tributáveis e não tributáveis, cujos documentos de entradas não foram registrados no LRE do contribuinte. Com relação a estes lançamentos observaram que: as Notas Fiscais nºs 94594 e 94659 estão escrituradas, conforme LRE com cópias apensas às folhas 2446 a 2449 dos autos, de forma que estas e outras mais que o autuante já concordou, deverão ser excluídas: a afirmativa do autuado não poderá receber guarida, de conformidade ao que foi observado acima, quanto a desconhecer as Notas Fiscais nºs 19392, 1966, 228367, 142723, 83233, 65478 e 604. Quanto ao fato das Notas Fiscais nºs 228367, 142723, 65478 e 604, estarem incluídas na infração 2, dado que a multa ora aplicada foi coberta e absorvida pela multa anterior, de maneira que estes documentos deverão ser excluídos.

Mantém parcialmente as infrações 3 e 4, nos valores de R\$ 1.703,75 e R\$ 50,18, respectivamente, e elaboram demonstrativo a respeito.

Para a infração 5 do Auto de Infração em tela, o nobre relator desfia legislação e interpretação do Anexo Único do Decreto nº 7799 de 9/5/00, bem como as posteriores alterações nos anos 2000, 2001 e 2002, as quais são desenvolvidas em torno da utilização de benefício de redução da base de cálculo em operações internas para estabelecimentos atacadistas. A legislação predominante então, realçam, que com efeitos até 26/12/2002, garantia o benefício da redução de base de cálculo nas vendas de mercadorias, praticadas por esses estabelecimentos enquadrados no Anexo Único, quando efetuadas diretamente ou destinadas a *pessoa jurídica contribuinte do ICMS*, ou seja, é excluído desta relação tão-somente o consumidor final. Ambulantes mesmo não inscritos no CAD-ICMS deste Estado, adquirem mercadorias em volume e com certa habitualidade e, portanto são considerados contribuintes do ICMS, conforme adequadamente informou a defesa na impugnação do lançamento.

Com relação à infração 5, a julgam insubstancial frente a este contexto.

Enfrentam a infração 6, lavrada sob o tema do contribuinte ter praticado a redução da base de cálculo, nos termos do benefício assegurado pelo Anexo Único do Decreto nº 7799/00, em mercadorias não compreendidas no referido Anexo no exercício de 2003. Destacam razão assistir ao impugnante, porquanto a alteração promovida pelo Decreto nº 8969/04, art, 7, de 12/12/04,

convalidou as operações indicadas nos itens 1 a 17 do Anexo Único do Decreto nº 7799/00, ocasião em que se estabeleceu que as regras vigentes na legislação a época da assinatura dos tópicos do acordo, prevaleceriam até 31 de janeiro de 2004. A seguir transcrevem o art. 7º citado acima, e concluem seu julgamento pela não manutenção deste lançamento da infração nº. 06, dado o contribuinte ter assinado o acordo em 26/12/1999, antes da restrição da redução da base de cálculo já comentada, e considerando ainda tratar-se de fatos geradores do exercício de 2003.

Votam pela procedência em parte do Auto de Infração, para exigir o ICMS no valor de R\$9.873,34 e da multa acessória de R\$1.753,93.

## VOTO

Dadas as extensões dos alcances de algumas das infrações, e da controvérsia havida nos posicionamentos do autuado e do impugnante, conforme aconteceu no item 1 do Auto de Infração em comento, a i. 4ª. JJF baixou os autos para diligências por duas vezes, nas quais houve variação nos valores da infração lançada: preliminarmente reduzido e após segunda diligência (ASTEC/CONSEF nº 0045/05) realizada por fiscal estranho ao feito, o valor foi elevado. Ainda assim, os nobres julgadores observaram a permanência de alguma improcedência, a comentam e demonstram em quadro resumo, abatendo-a do último valor aduzido pela Diligência nº 0045/05. Julgam pela manutenção desta infração no valor de R\$5.786,75.

Com relação ao item 2, a 4ª. JJF, à luz da análise individual de cada produto, restou o quadro demonstrativo, refletindo débito para esta infração no valor de R\$4.086,60.

Da mesma forma, no caso das multas impostas nos itens 3 e 4 do Auto de Infração em comento pela não escrituração do LRE, são enfrentados analiticamente os lançamentos e as argumentações da defesa. Estes itens são subdivididos em 3 tópicos com acolhimentos e exclusões, e para o perfeito entendimento elaboraram quadro demonstrativo e mantém parcialmente estas infrações de 3 e 4, nos valores de R\$1.703,75 e de R\$50,18.

Para as infrações destacadas nos itens 5 e 6 do Auto de Infração em lide, visto tratar-se de lançamentos relativos ou compreendidos no Anexo Único do Decreto nº 7799 de 02/05/2000, concluem pela não subsistência destas duas infrações. Na infração 5 o impugnante afirmou que as vendas foram realizadas para ambulantes, o que não foi contestado pelo autuante. Transcreve redação do art. 1º do referido Decreto, e aduz o observado no art. 5º da Lei nº 7014/96, mediante leitura do qual resta claro e pacífico o entendimento de que é considerado contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica, que realiza com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, a circulação de mercadorias, e que tão-somente o consumidor final encontra-se excluído da redução da base de cálculo das vendas eventualmente a ele destinadas. Com respeito a infração identificada com o item 6, julgam que em virtude dos fatos geradores terem ocorridos em 2003, quando a impugnante e/ou seus produtos achavam-se ainda protegidos, nos termos do acordo assinado pelo contribuinte em data de 26/12/1999, e tudo de acordo aos termos da convalidação assegurada no art. 7º do Decreto nº 8969 de 12/02/2004.

Da análise do conteúdo deste PAF, observo que sem restrições, os nobres julgadores da 4ª. JJF laboraram com objetividade e à exaustão, na apuração e conferência dos dados e documentos apensos aos autos e relativos ao presente processo.

As infrações itemizadas na lavratura do Auto de Infração nº 206951.0004-049, foram tratadas individualmente, quando assim coube, a nível de detalhes, sofrendo ao final variação nos valores originalmente lançados, quando assim se fez necessário, e sempre com citação clara e adequada dos tópicos da legislação estadual, suporte para o presente julgamento.

Voto, à luz do quanto foi exposto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado,

para que seja mantida, sem alteração, a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0004/04-9, lavrado contra **PROVISÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.873,35**, sendo R\$7.118,04, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$1.331,29 e 70% sobre R\$5.786,75, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$2.755,31, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, do citado diploma legal, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$1.753,93**, previstas no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Sala as Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS