

A. I. Nº - 206951.0004/04-9
AUTUADO - PROVISÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÉS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04.08.2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0266-04/05

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 A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A 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 re-convalidadas as operações da atividade relacionada no item 17 para aqueles atacadistas que haviam assinado termos de Acordo até 26/12/2002. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/6/2004, exige ICMS no valor de R\$153.260,35, acrescido das multas de 70% e 60%, mais a multa no valor de R\$5.779,75 pelas seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo (exercício de 2000) - R\$14.259,39;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação,

especialmente a mercadoria com NCM 220290 incluída na substituição a partir de 17/07/2000 - Dec. 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. Aplicada a 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. Aplicada a 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. Falta de recolhimento do ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte utilizou indevidamente a redução da base de cálculo 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. Falta de recolhimento do ICMS referente à 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.

O sujeito passivo impugnou o lançamento fiscal (fls. 1961/1989) argüindo as seguintes razões de defesa:

Para a infração 1 indicou diversos equívocos cometidos pelo fisco, todos relacionados com as quantidades inventariadas, ou seja: a) tanto no estoque inicial como no final, alguns itens constavam do livro Registro de Inventário e a autuante não as considerou, ou mesmo considerou quantidades vinculadas a outro item. Deu exemplo com a mercadoria “papel higiênico” (código 1410), “Cortezano tinto” e “margarina 12 X 500”. Apenas aos autos levantamento que intitulou de Anexo II, onde estavam relacionadas todas as distorções ditas existentes (fls. 1996/2006); b) no tocante às entradas de mercadorias, foram computados determinados produtos inexistentes nos documentos fiscais. Em outras situações, deixou de considerar diversas notas fiscais nas quais constavam mercadorias levantadas. Noutras, incluiu em duplicidade ou com o código diverso daquele que efetivamente deveria considerar. Consignou as quantidades dos produtos diferentes daquelas constantes dos documentos fiscais e observou que, talvez, pelo fato de o produto ser vendido em unidade e autuante não tenha feito a conversão. Citou vários exemplos e apresentou o Anexo III à sua defesa (fls. 2007/2032) bem como quadro resumo das distorções existentes; c) quanto às saídas, além de não terem sido consideradas diversas notas fiscais, em algumas situações houve duplicidade, conforme exemplificou. De igual forma, não foram consideradas diversas mercadorias vendidas através de notas fiscais modelo 1 e de venda a consumidor, anexando-as ao processo e as indicando. Por estes fatos, refez o lançamento fiscal, demonstrando (Anexo I), como disse, a real situação de cada mercadoria, sendo que algumas apresentaram omissão de entradas e outras, omissão de saídas.

Ressaltou, em seguida, que em fiscalização anteriormente realizada, diversos equívocos foram cometidos, quando foi constatado serem decorrentes do sistema automatizado da Secretaria da Fazenda denominado "SAFA". Na presente, era possível ter ocorrido o mesmo problema, vez que não havia justificativa para o cometimento de tantos equívocos. Em seguida, observou que os seus arquivos magnéticos estavam de acordo com o Convênio ICMS nº 31/99, inclusive foram validados pelo Sintegra quando enviados para o banco de dados da SEFAZ.

Em relação à cobrança do imposto por antecipação tributária (infração 2), afirmou que a maioria das notas fiscais autuadas se referia à aquisição do produto ADES. Pelo fato de o fornecedor haver indicado no corpo das notas fiscais a classificação fiscal (NCM 220290), a autuante entendeu

enquadrado no regime de substituição tributária a partir de 17/7/2000, com a edição do Decreto nº 7.824. No entanto, os itens 3.4 e 3.5, do art. 353, do RICMS/BA alcançam, respectivamente, bebidas alimentares à base de leite ou de cacau e bebidas energéticas e isotônicas, sob a NCM 2202.90.00 e 2202.90. No caso do produto ADES ele não se caracteriza como repositor hidroeletrólítico (isotônicas) e ou energético e muito menos se trata de bebida à base de leite ou cacau, conforme equiparações feitas pelo Protocolo ICMS 28/03. Informou que a mercadoria ADES é uma mistura a base de soja (base proveniente da extração dos grãos) com açúcar, água, espessantes, aroma e vitaminas, com balanço nutricional de 3,5% de carboidratos (sendo 3% açúcares), 2,5% de proteína e 1,7% de gordura e não se enquadra na Portaria 222 que fixa os critérios de identificação dos repositores hidroeletrólíticos e energéticos. Registrou que seus fornecedores do produto ADES estabelecidos na cidade de Salvador emitem a nossa fiscal de saída com tributação normal.

Prosseguindo, apontou outro equívoco em relação à Nota Fiscal nº 179.038, de 27/11/2000. Nela a mercadoria adquirida foi o xarope de groselha, que não faz parte dos produtos elencados no item 4, do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA, o qual somente prevê a antecipação tributária para os extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas, de classificação NCM 2106.90.10, e não para o "xarope de groselha, Cereser ou Hemmer", não destinados ao preparo de refrigerantes. Ressaltou que a classificação fiscal do xarope de groselha é 2106.90.12, (NCM), não podendo ser enquadrado como extrato concentrado, cuja classificação seria 2106.90.10.

No tocante à Nota Fiscal nº 70.829, de 22/2/2000, emitida pela empresa Manufatura Produtos King Ltda, o óleo King 4x6x100, não se enquadra no regime de substituição tributária.

Em relação às notas fiscais nº 1966, 228367, 142723, 65478 e 604, desconhecia as operações nelas constantes, razão de não ter antecipado o imposto correspondente.

Impugnando as infrações 3 e 4, as entendeu equivocadas, pois a maioria dos documentos identificados no levantamento fiscal estava devidamente registrada, conforme cópias das folhas do livro Registro de Entradas que anexou aos autos. Ressaltou que a Nota Fiscal nº 19.392, de 30/9/2000, no valor de R\$15.628,21, emitida pela empresa Produtos Alimentícios Pilar Ltda era desconhecida. Como não lhe havia sido entregue cópia, não poderia saber qual mercadoria se referia. Acaso constassem os seus dados cadastrais no documento, alguém os utilizou indevidamente e, como tal, não poderia ser penalizado pelo fato.

Quanto às notas fiscais nº 1.966, de 17/1/2000; 228.367, de 2/1/2000; 142.723, de 26/4/2000; 83.233, de 20/4/2000, 65.478, de 29/9/2001 e 604, de 1/11/2001, afirmou desconhecê-las. Observou, ainda, que as mesmas já haviam sido relacionadas na "Auditoria de Substituição" - Infração 2, tendo sido cobrado o ICMS por descumprimento de obrigação principal. Assim sendo, na forma do § 5º do artigo 915 do RICMS/BA, não poderia mais lhe ser imputada a cobrança por descumprimento de obrigação acessória, uma vez que absorvida por aquela.

No que concerne à infração 5, observou que embora a autuante não tenha explicitado que se trataram de vendas para ambulantes, entendeu que se constitui um contra senso e uma injustiça para todos os contribuintes que formalizaram um termo de acordo com o Estado, ferindo frontalmente o devido processo legal. Neste sentido analisou o Termo de Acordo celebrado, o Decreto nº 7.799, de 9/5/2000 e o Decreto nº 8.409, de 26/12/2002, ressaltando que o lançamento fiscal alcançava fato gerador ocorrido no período de maio/2000 a dezembro/2002, quando vigorava a redação prevista no Decreto nº 7.799/00, ou seja, as operações deveriam destinar-se a pessoas jurídicas contribuintes do ICMS.

Prosseguindo em seu arrazoado, apresentou alguns questionamentos e observou que a expressão "pessoas jurídicas contribuintes do ICMS" gerou uma grande celeuma que, após sucessivas reuniões entre representantes da Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia - ASDAB e a Gerência de Tributação da SEFAZ, foi editado o Decreto nº 8.409/2002, cuja redação passou a ser "... destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia", o que implica na mesma coisa, apenas com uma linguagem mais objetiva e esclarecedora. Discorreu sobre a importância dada pelo Estado

da Bahia aos ambulantes e afirmou que a lei, ao definir os contribuintes do ICMS e distingui-los dos não contribuintes, é indiferente quanto à personalidade jurídica ou natural, porém se atem à questão da habitualidade ou do porte caracterizador do intuito comercial da operação (art. 5º da Lei nº 7.014).

Atacou de igual maneira a infração 6. Informou que é signatário do Termo de Acordo desde a data de sua implantação, ou seja, 26/2/1999 e que o art. 7º, do Decreto nº 8.969, de 12/2/2004, publicado no Diário Oficial do Estado de 13/2/2004, convalidou todas as operações de redução da base de cálculo vinculadas ao citado termo para os contribuintes que, anteriormente à publicação do Decreto nº 8.409/2002, haviam assinado o termo de acordo com o Estado, ainda que tenham reduzido "indevidamente" a base de cálculo sobre os produtos constantes do Item 17 do Anexo Único. Ressaltou que além de ser convalidada a redução da base de cálculo sobre os produtos constantes dos Itens 1 a 17, também o fez para os produtos dos subitens 5149-7/01 e 5149-7/07 - referentes à comercialização de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, incluídos no Anexo Único pelo citado Decreto, cujos efeitos passaram a vigorar a partir de 01/02/2004. Observou, em seguida, que já havia tomado todas as providências no sentido de apenas aplicar o benefício da redução da base de cálculo sobre os produtos constantes dos itens 1 a 16 do Anexo Único, para as operações realizadas a partir de 1/2/2004.

Por derradeiro, solicitou a procedência parcial da autuação referente ao item 1 do lançamento fiscal e a improcedência dos itens 2, 3, 4, 5 e 6, pedindo, ainda, se fosse o caso, a interveniência da PGE/PROFIS.

A autuante manifestando-se (fls. 2788/2792), ressaltou que os demonstrativos do levantamento de estoque foram entregues ao representante legal do contribuinte e concedido um prazo de uma semana para conferência (fl. 11 do PAF). Naquela oportunidade, foram detectados alguns erros de lançamento no arquivo magnético, base da autuação, os quais foram corrigidos. Observou que apenas foram lançadas as notas fiscais cujos registros não foram constatados nos referidos arquivos e que se as informações não eram fidedignas, o erro era de inteira responsabilidade do impugnante. Quanto aos erros relativos ao inventário de mercadoria, elucidou que elas não estavam codificadas no Livro Registro de Inventário (fls. 1880/1955), o que dificultava as suas perfeitas identificações.

Quanto à duplicidade dos lançamentos nas saídas, que lamentavelmente havia ocorrido por falha do SAFA, esclareceu que como não foi cobrada omissão de entrada, o fato não influenciou no resultado do lançamento.

Em relação ao item 2 do Auto de infração, disse que o art. 353, II, itens 3.4 e 3.5, do RICMS/BA prevê o pagamento antecipado nas aquisições interestaduais dos produtos com classificação fiscal NCM 2160.90 e 2209.90, conforme Lei nº 7824/2000. Como nos documentos fiscais tais códigos estavam expressos (fls. 830/854) neles havia se baseado.

Quanto à argüição do deficiente de que não foram realizadas as aquisições referente às notas fiscais nº 1966, 228367, 142723, 65478 e 604, tal argumento não era pertinente, haja vista que os dados existentes nos referidos documentos (fls. 864, 865, 867, 868, 870) são do autuado e os emitentes das notas são seus fornecedores.

No tocante às infrações 3 e 4, após revisão, foi constatado que algumas notas fiscais estavam lançadas até mais de um mês após a sua emissão, o que a levou à conclusão de que não foram registradas. Porém refez os cálculos, reduzindo os valores das multas cobradas para a R\$3.366,94 e R\$206,93, respectivamente.

Contestando os argumentos de defesa para o item 5 da autuação, entendeu, diante das alterações havidas na legislação pertinente à matéria, e como o ambulante não é considerado pessoa jurídica por não possuir CNPJ nem inscrição na Junta Comercial, a autuação deveria ser mantida, pois o período autuado se referiu a maio de 2000 a dezembro de 2002, quando da vigência do Decreto nº

7.999/2000.

Em relação à infração 6 que trata da redução indevida da base de cálculo do ICMS sobre os produtos não amparados pela legislação, rebateu o argumento defensivo lembrando as determinações contidas no art. 1º do Decreto nº 7.799 de que o contribuinte ao assinar o Termo de Acordo deveria, entre outras condições, estar inscrito no cadastro do ICMS na condição de atacadista, cujo código de atividade estivesse contemplado nos itens 1 a 17 do seu anexo único. Portanto, o benefício estava vinculado à atividade da requerente e qualquer mercadoria que comercializasse estaria amparada pelo benefício. Porém com a edição do Decreto nº 8.409, de 26/12/2002, e posteriormente atualizado pelo Decreto nº 7.435 de 3/2/2003, com efeito retroativo a 1/1/2003, o benefício além de estar vinculado à atividade do contribuinte (atacadista) passou a se vincular também ao tipo de mercadoria. Assim, a partir de 01/01/2003 apenas para os produtos constantes dos itens 1 a 16 do seu anexo único poderia haver a redução de base de cálculo de 41,176%. Desta forma, manteve o procedimento fiscal.

Na fase de instrução processual, os autos foram baixados em diligência tendo em vista as alegações do impugnante em relação à infração 1, a falta de entrega de notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT, bem como, pelo fato de não ter sido intimado o contribuinte a conhecer a modificação de débito realizada pela autuante quanto às infrações 2 e 3 (fls. 2796).

A autuante (fls. 2800/2804) em atendimento ao que foi solicitado por este Colegiado, fez uma revisão detalhada do levantamento quantitativo dos estoques, por item de mercadoria. Imputou diversos erros existentes ao Sistema SAFA desta Secretaria da Fazenda. Afirmou que não procedia a alegação defensiva de que houve erros nos estoques (iniciais e finais) já que no livro Registro de Inventário não estavam consignados os códigos dos produtos, dando vários exemplos.

Discordou, em seguida, do pedido feito por esta JJF quanto à solicitação de que fossem fornecidas cópias das notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT por entender que os referidos documentos estavam apensados ao processo e para o contribuinte foram emitidos. No caso, o ônus da prova era dele.

Em nova manifestação (fls. 2833/2837), o sujeito passivo afirmou que pela revisão realizada pela autuante relativa ao primeiro item (levantamento quantitativo) não pode saber se todas as distorções apontadas na peça impugnativa foram efetivamente verificadas, pois somente lhe foram entregues cópias do novo levantamento quantitativo das entradas e o demonstrativo das omissões, o que o levava a crer que nenhuma modificação foi realizada no quantitativo das saídas.

Em seguida discorreu sobre a forma como foi realizado o procedimento fiscal. Entendeu que não se podia admitir que a autuante, mesmo contando com o avanço tecnológico utilizado, justificar os seus erros ora ao programa da Secretaria da Fazenda, ora nos arquivos magnéticos apresentados ao fisco devidamente validados pelo Sintegra, ora acusando o autuado de apresentar argumentos defensivos com o intuito de confundir o processo.

Em relação ao item 3 e 4, observou que a maioria dos documentos fiscais foi excluída do levantamento, porém não foram excluídos:

1. aqueles de nº 94.594, no valor de R\$9.683,02 e nº 94.659, no valor de R\$3.022,60 (informado erroneamente pela autuante como sendo R\$2.648,20), escriturados, respectivamente, no livro 4, folhas 16 e 73.
2. As demais notas fiscais mantidas no levantamento estão relacionadas com operações de mercadorias não realizadas pela empresa e conforme afirmado em sua primeira impugnação. Entendeu que no caso caberia ao fisco o ônus da prova, verificando, por exemplo, junto aos emitentes das notas fiscais, quem de fato liquidou as duplicatas vinculadas às operações.

Observou que apesar da solicitação deste Colegiado não ter se reportado ao item 6 do Auto de Infração, constatou que da análise da cópia da primeira informação fiscal prestada pela autuante, ela

não havia feito nenhum comentário sobre a determinação contida no art. 7º, do Decreto nº 8.969, de 12/2/2004, que, alterou o Decreto nº 7.799/00. Ratificou sem entendimento quanto ao equívoco da autuação. Observou que ao contrário do que dito pela autuante, não confessou que a partir de 1/2/2004, reconheceu seu erro e deixou de reduzir a base de cálculo sobre os produtos relacionados com o item 17 do aludido anexo único. Na verdade, havia deixado de assim proceder em cumprimento ao disposto nos Decretos nº 8.409/02 e 8.435/03. Disse que este Colegiado, através do Acórdão JJF N° 0413-04/04, de 21/10/2004, tem a mesma posição acima exposta.

Em relação ao débito relacionado com os itens 2 e 5 da autuação ratificou toda a sua posição anterior e para este último, citou o Acórdão JJF N° 0413-04/04, de 21/10/2004 para consubstanciar suas alegações.

Ainda em fase de instrução processual, mais uma vez os autos foram baixados em diligência (fl. 2840), pois embora pela leitura da última peça defensiva tenha ficado claro que o impugnante havia tomado conhecimento não somente da modificação de débito relativo às infrações 1, 2 e 3, não havia ficado claro se a Repartição Fiscal forneceu cópias das notas fiscais colhidas pela autuante junto ao Sistema CFAMT. Para que não fosse no futuro alegado cerceamento de defesa, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, mais uma vez, retornou o PAF á Inspetoria de Vitória da Conquista objetivando que fosse entregue ao autuado, contra recibo, cópia das notas fiscais acostadas ás fls. 856/870 do processo. Foi reaberto prazo de defesa de 30 dias.

A Repartição Fiscal cumpriu o que foi solicitado. O autuado recebeu as cópias dos documentos fiscais e tomou ciência do seu novo prazo de defesa (fl. 2843). Não houve manifestação.

Mais uma vez os autos foram baixados em diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF (fl. 2847), visando dirimir qualquer dúvida a respeito do item 1 (levantamento quantitativo dos estoques) do Auto de Infração

Diligente fiscal, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0047/05, informou que após analisar todos os argumentos defensivos, constatou em relação ás saídas de mercadorias que não foram consideradas, no levantamento fiscal, as notas fiscais relacionadas ás fls. 2855/2858 dos autos. Apresentou a relação das saídas das mercadorias.

Quanto aos estoques iniciais e finais, após análise das notas fiscais de entradas, saídas e do livro Registro de Inventário, entendeu pertinentes as alegações de defesa para as mercadorias: papel higiênico (produto 1410), detergente em pó Ariel 243X500 g (produto 15655), desinfetante Pbril Plus Promoc 12X500 (produto 19143), Cortezano Tinto, unidade (produto 20168), pilha Rayovac Peq 8TR 60X1 (produto 2570) e guarda Santepel 23x23 – 16 Pc (produto 22825), apresentando as devidas explicações. Em seguida, observou que deixou analisar os produtos: leite Nutrilly modificado 50X200 (produto 13988), copo descartável Copaza 50X100 (produto 8743), óleo Mazola 20X1000 (produto 46), e Margarina 12X500 (produto 6683) por não constarem no demonstrativo de cálculo das omissões anexado pela autuante ás fls. 2806/2813 dos autos. Ajustou os estoques iniciais e finais dos produtos levantados.

De igual forma, retificou as quantidades de entradas referentes aos itens Catuaba Gavião (produto 17975) e detergente em pó Brinor Cartucho 24X500 (produto 22683) para 1.835 cx e 200 cx, respectivamente, apresentando as justificativas para o procedimento.

Após tais considerações, refez o levantamento fiscal apresentando o ICMS devido pelas entradas no valor de R\$149,13 e pelas saídas no valor de R\$6.896,30.

Chamados para tomar ciência da diligência solicitada por este Colegiado (fls. 2896/2897), o autuado não se manifestou e a autuante tomou conhecimento da mesma (fl. 2898).

VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do imposto relativo ás operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais,

mediante levantamento quantitativo, para o exercício de 2000.

O autuado, ao impugnar a infração, indicou diversos erros em relação às entradas, saídas e estoques inicial e final de diversas mercadorias, apresentando-as uma a uma. A autuante alegou falta de codificação correta dos estoques e quando aos demais, imputou ao sistema SAFA. Entendeu que como o imposto foi cobrado por omissões de saídas e não de entradas, tais equívocos não havia influência no resultado. Não realizou qualquer revisão no lançamento. Esta 4ª JJF baixou os autos em diligência á Repartição Fiscal para que a autuante considerasse os argumentos de defesa. Nesta oportunidade, ela o refez, diminuindo o valor do débito de R\$14.259,39 para R\$3.415,25. Nesta revisão, refez o levantamento das entradas e justificou a sua posição quanto a não aceitar o entendimento do impugnante quanto à prováveis erros existentes no quantitativo dos estoques e, em relação às saídas, disse que durante o trabalho de fiscalização todas as notas fiscais série D-1 e única foram acrescentadas. Que não realizava revisão destas saídas e das duplicidades existentes, pois este fato não havia repercutido no valor do ICMS reclamado. Mais uma vez o autuado discordou da autuante e informou que a ele somente havia sido entregue cópias do levantamento das entradas e do demonstrativo das omissões, o levando a crer que todos os erros apontados na sua impugnação, e relativo ás quantidades de saídas, não haviam sido considerados. Diante deste impasse, mais uma vez os autos foram baixados em diligência para que fiscal estranho ao feito procedesse a uma revisão do lançamento fiscal. A fiscal estranha ao feito (Parecer ASTEC/CONSEF nº 0045/05) elaborou uma minuciosa revisão de todo o lançamento fiscal, tanto das entradas, como das saídas e dos estoques (inicial e final) das mercadorias incluídas no levantamento quantitativo, apresentando débito por omissões de saídas no valor de R\$6.896,30. Autuado e autuante tomaram conhecimento da diligência realizada. Não houve manifestação. Nesta situação considero sanados os erros constatados, inclusive observo que, caso o autuado de fato não tenha recebido todos os levantamentos realizados pela autuante na ocasião em que refez a auditoria fiscal, com esta nova diligência, a pendência deixa de existir já que ele foi refeito e entregue cópia ao sujeito passivo. O levantamento fiscal realizado pela fiscal estranha ao feito é base da decisão da lide em discussão.

No entanto, observei que das mercadorias levantadas algumas já se encontram enquadradas no regime da substituição tributária á época da autuação. Como a omissão foi de saídas e não de entradas, estas mercadorias devem ser excluídas da autuação, uma vez que nesta ocasião a fase de tributação já se encontra encerrada. São elas:

MERCADORIAS	ICMS
(-) Catuaba Gavião 12X01	48,54
(-) Conhaque Dreher und	932,10
(-) Vinho Dom Bosco 12X01	93,75
(-) Isqueiro Bic Chama 10X1	35,16
TOTAL	1.109,55
TOTAL APURADO PELAS OMISSÕES DE SAÍDAS	6.896,30
DIFERENÇA A RECOLHER	5.786,75

A autuação é mantida no valor de R\$5.786,75.

O item segundo diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, especialmente as mercadorias com NCM 220290 incluídas na substituição a partir de 17/07/2000 - Dec. 7.824/00 (demonstrativo fls. 824/825).

O autuado contestou a acusação, apensando cópia do seu livro Registro de Entradas para provar e afirmar que: a) a maioria das notas fiscais autuadas se referia à aquisição do produto ADES, não incluído no regime da substituição tributária; b) a mercadoria constante na Nota Fiscal nº 179.038, de 27/11/2000, era xarope de groselha, que não faz parte dos produtos elencados no item 4, do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA; c) na Nota Fiscal nº 70.829, de 22/2/2000, emitida pela empresa Manufatura Produtos King Ltda, a mercadoria adquirida foi o óleo King 4x6x100, não enquadrado no ACORDÃO JJF Nº 0266-04/05

regime de substituição tributária; d) desconhecia as notas fiscais nº 1966, 228367, 142723, 65478 e 604.

Como não estava provada, nos autos, que o impugnante havia recebido cópias das notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou o saneamento da situação, conforme provado ás fls. 2831-A dos autos. Este saneamento englobou as infrações 2, 3 e 4, pois os documentos que não foram entregues se referiam ás cópias de primeiras vias, ou seja, documentos em poder do autuado. Foi reaberto prazo de defesa (fl. 2830).

Apreciando os argumentos de defesa, entendo que parte deles é procedente, conforme analiso.

1. em relação ás mercadorias ADES de maçã, pêssego, abacaxi, maracujá, original, etc, razão assiste ao impugnante. Embora nos documentos fiscais esteja consignada a NCM 2202.90.00, que, a princípio estaria incluída nos itens 3.4 e 3.5 do inciso II, do art. 353, do RICMS/97 (bebidas alimentares á base de leite ou de cacau e bebidas energéticas e isotônicas) ela não é feita nem de leite (é soja) e nem pode ser considerada bebida energética ou isotônica. A acusação, conforme dito pela autuante, somente teve por base a NCM. Os documentos fiscais devem ser excluídos do levantamento;
2. xarope de groselha (Nota Fiscal nº 179.038) que não faz parte dos produtos elencados nos itens 3.5. e 4, do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA. Não é bebida energética. E, se tem a classificação NCM 2106.90.10 (afirmado pelo autuado de que a classificação NCM é 2106.90.12 e não contestada pela autuante), a norma regulamentar restringe esta classificação (item 4) aos extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas. O xarope de groselha, Cereser ou Hemmer, não é concentrado destinado ao preparo de refrigerantes. Este documento é excluído do levantamento fiscal;
3. de igual forma devem ser excluídas as notas fiscais nº 70.829, de 22/2/2000 (fl. 828) e de nº 94659, de 30/6/2001 (fl. 850), ambas emitidas pela empresa Manufatura Produtos King Ltda. A mercadoria, óleo King 4x6x100, é óleo para limpeza de móveis;
4. quanto às notas fiscais nº 1966, 228367, 142723, 65478 e 604 (fls. 826, 827, 829, 853 e 854 do PAF) razão não tem o impugnante. Tratam de aquisições de bebidas e fraldas. Analisando os documentos fiscais, todos foram emitidos para o autuado, estão revestidos de todas as formalidades legais, as mercadorias são condizentes com o ramo de atividade do contribuinte e foram compras á prazo. Além do mais, são terceiras vias colhidas pelo fisco estadual quando do trânsito das mercadorias pelo território baiano, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto Assim, as notas fiscais acostadas ao PAF são documentos legais e se constituem em prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte.

Pelo exposto, à autuação referente a este item é mantida em parte no valor de R\$4.086,60, conforme demonstrativos a seguir.

NF	MERCADORIA	VALOR BC ST	ICMS DEVIDO ST	FL. PAF
TOTAL	Jan/00 1966	Fraldas	5229,28	690,04
	228367	Bebidas	2.369,17	500,32
TOTAL	abr/00 142723	Bebidas	1.142,40	140,93
	set/01 65478	Bebidas	8.609,57	1.848,11
TOTAL	Nov/01 604	Bebidas	10.529,22	907,20
TOTAL				907,20

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 2

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA (%)
10	31/1/00	9/2/00	1.190,36	60
10	30/4/00	9/5/00	140,93	60
10	30/9/01	9/10/01	1.848,11	60
10	30/11/01	9/12/01	907,20	60
TOTAL			4.086,60	

As infrações apontadas como 3 e 4 tratam da cobrança da multa de 10% e 1% sobre aquisições de mercadorias tributáveis e não tributáveis cujos documentos não foram escriturados no livro Registro de Entradas da empresa autuada. O autuado trouxe aos autos cópia do referido livro para provar que diversos documentos fiscais estavam escriturados. Ressaltou desconhecer as notas fiscais nº 19.392, 1.966, 228.367, 142.723, 83.233, 65.478 e 604. Observou, ainda, que como elas, a exceção da de nº 19.392, fizeram parte da infração 2, tendo sido cobrado o ICMS por descumprimento de obrigação principal, na forma do § 5º do artigo 915 do RICMS/BA, não poderia mais lhe ser imputada cobrança por descumprimento de obrigação acessória, uma vez que absorvida por aquela. A autuante refez o levantamento fiscal, não aceito pelo sujeito passivo, pois as notas fiscais de nº 94.594 e nº 94.659 estavam escrituradas (livro 4, folhas 16 e 73). Manteve sua posição de não ter realizado as compras consignadas nos demais documentos impugnados.

Apreciando as razões de defesa e todos os saneamentos realizados ao longo da presente lide, tenho a externar:

1. razão assiste ao defendente quanto às notas fiscais de nº 94.594 e nº 94.659. Elas estão escrituradas, conforme cópias do livro Registro de Entradas apensado às fls. 2446 e 2449 dos autos. Elas devem ser excluídas do levantamento fiscal. As demais escrituradas, a própria autuante as excluiu.
2. quanto à afirmativa do autuado de que desconhece os documentos de nº 19.392, 1.966, 228.367, 142.723, 83.233, 65.478 e 604, é argumento que não posso aceitar, conforme já expus quando da decisão relativa á infração 2.
3. quanto às notas fiscais nº 228.367, 142.723, 65.478 e 604 estas, realmente estão incluídas na infração 2. No caso, a multa ora cobrada fica absorvida pela multa aplicada sobre a obrigação principal e estes documentos devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Pelo exposto, mantendo parcialmente as infrações 3 e 4 nos valores de R\$1.703,75 e R\$50,18, respectivamente, conforme demonstrativos a seguir.

Nº NF	FORNECEDOR	DATA	BC	MULTA
INFRAÇÃO 3				
set/00				
19.392	Produtos Alimentícios Pilar	30/9/00	15.628,21	1.562,82
fev/01				
281	Arte Grãos Alimentos Ltda	5/2/01	5.710,00	571,00
INFRAÇÃO 4				
jan/00				
1.066	Protector & Gamble do Barsil	17/1/00	3.268,30	32,68
abr/00				
83.233	Vinhos Salton S.A	20/4/00	1.750,00	17,50

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÕES 3 E 4

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	MULTA 10%	MULTA 1%
INFRAÇÃO 3				
60	30/9/00	9/10/00	1.562,82	-
60	28/2/01	9/3/01	140,93	-
TOTAL INFRAÇÃO 3			1.703,75	
INFRAÇÃO 4				
60	31/1/00	9/2/00	-	32,68
60	30/4/00	9/5/00	-	17,50
TOTAL INFRAÇÃO 4				50,18

O item 5 do Auto de Infração trata da utilização do benefício da redução da base de cálculo, em operações internas, com produtos vendidos por estabelecimento cuja atividade econômica encontra-se indicada no anexo único do Decreto nº 7.799 de 9/5/00 e posteriores alterações, nos anos de 2000, 2001 e 2002.

O sujeito passivo, diante de sua atividade econômica, assinou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda objetivando utilizar-se do benefício acima citado.

Como argumentos para desconstituir o lançamento fiscal, o impugnante, resumidamente, afirmou que as vendas foram realizadas para ambulantes, o que não foi contestado pela autuante, e que o lançamento fiscal alcançava fato gerado quando vigorava a redação prevista no Decreto nº 7.799/00.

Para o deslinde da questão, em primeiro lugar ressalto que o Estado, diante de circunstâncias e interesses da sua comunidade, pode e deve particularizar segmentos econômicos. Assim, optou por reduzir a base de cálculo nas vendas internas por estabelecimento atacadistas, através do Decreto nº 7.799 de 9/5/2000, ficando ela condicionada ao cumprimento prévio de certas condições. E, no caso, a norma deve ser interpretada literalmente, conforme art. 111 do CTN (Código Nacional Tributário).

No entanto, é necessário que se atente para a redação deste Decreto. Sua redação original, com efeitos até 26/12/02, era a seguinte:

*Art. 1º 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**, (grifo) 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:*

I - ().

II - ()

Em 26/12/02, através do Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos de 27/12/02 a 31/12/02, a redação do art. 1º foi alterada, tendo a seguinte redação:

*Art. 1º Nas operações de saídas internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, 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 inscritos no***

CAD-ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto,(grifo) aos seguintes percentuais de faturamento:

Somente com o Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, a redação do art. 1º do comentado Decreto passou a ser:

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,(grifo) 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:

Observando a definição dada pelo art. 5º, da Lei nº 7.014/96 de quem seja contribuinte, ou seja, qualquer pessoa física ou jurídica que realiza com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial a circulação de mercadorias, razão assiste ao impugnante em seu argumento até a data de 31/12/2002. Pela redação original do decreto em discussão, somente o consumidor final se encontrava excluído da redução da base de cálculo sobre as vendas efetuadas. Ambulantes, mesmo não inscritos na CAD-ICMS deste Estado, adquirirem mercadorias em volume e com certa habitualidade e são considerados contribuintes do ICMS.

Diante deste contexto, a infração não pode subsistir.

O item 6 da autuação trata da falta de recolhimento do imposto, em razão do contribuinte ter utilizado a redução da base de cálculo do imposto referente a mercadorias não relacionadas nos códigos de atividade constante do anexo único do Decreto nº 7.799/00 no exercício de 2003. Ou seja, houve a redução da base de cálculo em 41,176% nas operações de saídas internas para contribuintes inscritos neste Estado.

O impugnante argumenta que é signatário do Termo de Acordo desde a data de sua implantação, ou seja, 26/2/1999 e que o art. 7º, do Decreto nº 8.969, de 12/2/2004 convalidou todas as operações de redução da base de cálculo vinculadas ao citado termo para os contribuintes que, anteriormente à publicação do Decreto nº 8.409/2002, haviam assinado o termo de acordo com o Estado, ainda que tenham reduzido "indevidamente" a base de cálculo sobre os produtos constantes do Item 17 do Anexo Único. A autuante não aceitou tais argumentos, dando interpretação diversa á norma vigente.

No caso, entendo razão assistir ao impugnante. Embora o Decreto nº 7.799/00 tenha sofrido várias modificações posteriores, na sua redação original não havia restrição a produtos, bastando que as saídas internas de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos, sob o código de atividades econômicas constantes do anexo único que integra o referido Decreto. Esta redação (original) teve efeitos até 26/12/2002, quando da edição do Decreto nº 8.409/02, o benefício de redução de base de cálculo de 41,176%, passou a ser condicionado à lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único. Entretanto, mais uma vez este decretou sofreu nova modificação. Com a alteração dada pelo Decreto nº 8.969/04 (art. 7º), de 12/2/2004, foram convalidadas as operações dos itens 1 a 17 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, quando se estabeleceu que se aplicam as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo até 31 de janeiro de 2004. Para maior clareza, transcrevo a redação do citado art. 7º, do Decreto nº 8.969/04, não se podendo, como afirmou a autuante, se inferir da norma a sua "real interpretação".

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 á 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, ocorridos até 31 de janeiro de 2004.

Tendo em vista que o autuado assinou termo de acordo em 26/2/1999, antes da restrição da aplicação da redução da base de cálculo exclusivamente para os produtos listados no Anexo Único do já comentado decreto, e considerando que se tratam de fatos geradores do imposto ocorridos no exercício de 2003, este item da autuação não pode ser mantido.

Voto pela procedência em parte da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$9.873,35 e da multa acessória no valor total de R\$1.753,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0004/04-9, lavrado contra **PROVISÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 de 70% sobre R\$5.786,75, previstas no art. 42, incisos 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, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

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”, 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, 26 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR