

PROCESSO - A. I. Nº 269140.0008/04-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
RECORRIDOS - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0280-02/05
ORIGEM - COFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 09/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Parcela do lançamento foi anulada pela incerteza quanto ao seu cometimento. Mantida a Decisão recorrida. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO Nº 7.799 DE 09/05/00 NÃO ALCANÇADO PELO CONTRIBUINTE. DIFERENÇA DE IMPOSTO. RAÇÃO, ALPISTE, VELAS E COSMÉTICOS. Modificada a Decisão recorrida. O Decreto nº 8.969/04 estabeleceu que se aplicariam aos contribuintes atacadistas já habilitados o tratamento previsto pelo Decreto nº 7.799/00, cujas atividades se inseriam nos itens 1 a 17 do seu Anexo Único, as regras vigentes à época da assinatura do Termo de Acordo. Sendo assim, a redução de base de cálculo se aplica a todas as mercadorias por ele comercializadas, exceto aquelas relacionadas nos artigos 4º e 5º, do referido Decreto. Infração insubsistente. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. a) MERCADORIAS EM GERAL. Modificada a Decisão recorrida. Ao aderir às regras do Decreto nº 7.799/00, por meio de Termo de Acordo, o autuado aceitou usar o benefício fiscal ali previsto, porém acatou, também, o ônus e os encargos decorrentes da redução da base de cálculo do imposto estadual e um deles é justamente a impossibilidade de utilizar o crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, bens e serviços, vinculados às mercadorias saídas com a redução de base de cálculo, em percentual superior a 10%. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. b) LEITE. Modificada a Decisão recorrida. Embora prevaleça o mesmo

entendimento do item procedente, o benefício só se aplica aos produtos fabricados neste Estado. Infração subsistente em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime em relação às infrações 1, 2 e 6 e, em decisão não unânime quanto às infrações 3, 4 e 5.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, o primeiro em que a Junta recorre de ofício nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99. Quanto a Recurso Voluntário, este de iniciativa do sujeito passivo, tem por objetivo desconstituir o Auto de Infração lavrado em 29/09/2004, que exige ICMS no valor de R\$276.352,14 em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. ICMS de R\$171.610,03 e multa de 70%.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS de R\$15.680,80 e multa de 70%.
3. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS de R\$12.973,57 e multa de 60%.
4. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. ICMS de R\$13.433,30 e multa de 60%.
5. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. ICMS de R\$10.983,19 e multa de 60%.
6. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas, relativo às operações internas subseqüentes. ICMS de R\$51.671,25 e multa de 60%.

O autuado em sua impugnação diz, em caráter preliminar que o caso é de nulidade, pois a não observância de certas exigências, não deixa margem para qualquer tipo de revisão fiscal do Auto de Infração.

Adverte que os autuantes não explicam a existência de nexo causal entre “omissão de saídas de mercadorias tributáveis” e “saldo credor na Conta Caixa”, não lhes permitindo identificar qual seria a acusação, citando algumas ementas do CONSEF, cujas decisões conduzem a nulidade de Auto de Infração.

Em 2ª preliminar de nulidade, menciona a falta de indicação precisa dos dispositivos legais que teriam sido infringidos, na infração 6, o que causou cerceamento ao direito de defesa.

Pede que os autos sejam convertidos em diligência para acostamento das íntegras das decisões, devidamente autenticadas, visando enriquecer os elementos de convicção dos representantes deste órgão julgador.

No mérito, esclarece que, apesar de já ter feito pedido para pagamento de parte do débito, indicado neste Auto de Infração, através de certificado de crédito fiscal, não concorda com qualquer item da acusação.

Na infração 1, junta documentos na tentativa de provar a capacidade financeira dos sócios, e diz comprovar o efetivo ingresso de recursos na empresa.

Quanto à acusação de manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, em 31/12/02, no valor de R\$174.288,51, afirma que este passivo, se refere a Nota Fiscal de Compra nº 073602 oriunda de uma importação de bacalhau e que conforme está demonstrado, inclusive com declaração do Banco Central, a operação de compra ainda não foi quitada. . Desta forma fica comprovada a inexistência da infração, eis que o débito junto ao fornecedor, até hoje se encontra em aberto.

Na infração 2 que cuida de supostas notas fiscais de entradas não registradas, (CFAMT), diz serem indevidas e que os autuantes nem se deram ao trabalho de buscar informações na contabilidade dos emitentes das notas fiscais, onde certamente ficaria provado que o autuado não tem responsabilidade com as supostas remessas.

Assevera que a presunção, não autoriza ocorrência da suposta infração e, em caso de prevalência da acusação, será indispensável que se refaça o demonstrativo fiscal, para conceder ao contribuinte o direito aos créditos fiscais, por força dos dispositivos legais da não cumulatividade.

Considera também um equívoco da fiscalização a suposição de que todas as saídas efetuadas são tributadas à alíquota de 17%, o que não corresponde a realidade. Assevera que menos da metade das operações de saídas são tributadas, e muitas o são com alíquota de 7%.

Cita ementas e a Súmula nº 01 do CONSEF, para respaldar sua tese de defesa.

Quanto à infração 3, diz que a lei lhe assegura a redução da base de cálculo, por se tratar de mercadorias como, ração, velas, cosméticos e diversos produtos de perfumaria, no exercício de 2003, pois o Decreto nº 8.548/03, no art. 5º, assim autoriza. . Outrossim, o imposto não poderia ser exigido, no exercício de 2003, por expressa vedação legal neste sentido, conforme o art. 150, III, “b” da Constituição Federal combinado com o art. 97, § 1º do CTN.

Entende que ração, produto alimentício para animal, também estaria incluído no Decreto nº 7.799/00.

Diz, mesmo que comprovada a infração 3, ainda assim o Estado não sofreria prejuízo, uma vez que os destinatários destas mercadorias também são contribuintes do ICMS, teriam deixado de se creditar do imposto no mesmo montante de imposto não destacado pela empresa.

No que concerne à infração 4, adverte inexistir provas de que as mercadorias objeto da autuação tiveram suas bases de cálculo reduzidas em suas saídas subsequentes.

A infração 5 que também cuida de estorno de crédito fiscal, e na visão dos autuantes está fundamentada no Decreto nº 7.799/00, que não prevê a manutenção integral do crédito. No entendimento do autuado o referido Decreto também não prevê que não deva ocorrer a manutenção integral do crédito, nem tem envergadura para se sobrepor ao texto constitucional.

O estorno de crédito anularia o benefício da redução da base de cálculo nas saídas.

No que tange à infração 06, invoca a falta de indicação precisa dos dispositivos legais que teriam sido infringidos pelo autuado, ocasionando cerceamento do direito de defesa.

Diz que as multas aplicadas, da ordem de 60 e 70% são confiscatórias, gerando inconstitucionalidades, uma vez que de razoável e proporcional nada têm. Cita a doutrina, para referendar a sua tese.

Pede a realização de diligência/perícia fiscal, e o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, com atenção ao disposto no art. 155 parágrafo único do RPAF/99, ou a sua improcedência.

Os autuantes prestam a informação fiscal de fls. 1751 a 1761, inicialmente negando as preliminares argüidas pela parte, mantendo a infração 1 e a 6 por entenderem não ter sido infringido qualquer dispositivo do RPAF, principalmente o art. 18, bem como enquadrada nos

arts. 353, 126, I, combinado com o art. 61 do RICMS. Tendo sido elaborado demonstrativo detalhado, e levado ao conhecimento do autuado.

No mérito, não entendeu porque o autuado efetuou o pedido de pagamento de parte do Auto de Infração, através de certificado de crédito fiscal, e não concordou com os itens da autuação.

Na infração 1, apesar da apresentação das declarações de IR dos sócios, permanecem as dúvidas acerca da capacidade dos mesmos em aportar os recursos contabilizados na conta caixa, pois o contribuinte não comprovou através de documentos o efetivo ingresso dos Recursos no patrimônio da empresa.

Quanto à operação referente à DI nº 99/0169064-1, amparada através da nota fiscal nº 073602 de 04/03/99, no valor de R\$158.295,20, conforme fl. 1698 do PAF, não é pertinente, pois o passivo fictício apurado refere-se às Notas Fiscais nºs 75103 e 75104, cujo lançamento contábil foi efetuado em 02/01/2002, a débito da conta “*Adiantamento para Importação e a crédito do fornecedor West Norway Codifish Company*”, conforme fotocópias dos livros razão e Diário, às fls. 220 e 223 do PAF, sendo operações distintas.

Salientam que o balanço Patrimonial do exercício de 2000, conforme fl. 210, possuía na Conta Fornecedores o total de R\$110.541,65, inferior, portanto à nota fiscal acostada pelo autuado, enquanto no exercício de 2001, o saldo era de R\$161.688,30.

Não vêem necessidade na análise conjunta das Contas Caixa e Banco, pois a empresa para fazer face aos pagamentos efetuados através da Conta Caixa tem necessariamente que possuir saldo suficiente para suportá-los, independente dos saldos constantes das suas contas bancárias, que possuem movimentação independente.

Dizem que não há amparo legal para se considerar a proporcionalidade das mercadorias tributáveis, com alíquotas diferenciadas. Também não cabe ao fisco a comprovação de que as mercadorias foram entregues, ao autuado, para configurar a infração. As mercadorias transitaram no Estado da Bahia e tiveram os documentos fiscais coletados nos Postos Fiscais, através do Sistema CFAMT, cujo destinatário é a empresa autuada.

O Decreto nº 7.799/00 de 09.05.00, no artigo primeiro, dispõe que nas saídas internas de mercadorias de estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, sob o código de atividades econômicas, constantes no anexo único, destinadas a pessoa jurídica, contribuinte de ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em 41,176%. O art. 6º do mesmo Decreto diz que os créditos fiscais, relativos a mercadorias e bens adquiridos ou serviços tomados ou vinculados a operações subsequentes, amparadas pelo benefício da redução, não poderão exceder 10% da base de cálculo.

O art. 7º do mencionado Decreto prevê a realização de Acordo, e o autuado celebrou em 17/07/00, Termo de Acordo para adoção de redução de base de cálculo. A partir de 01/01/03, o Decreto nº 7.799/00 foi alterado pelo Decreto nº 8.511/03 e os atacadistas só foram permitidos a reduzir a base de cálculo das mercadorias constantes no anexo único do citado Decreto, sob o código de atividades 01 a 16, o que deixou de fora do benefício concedido algumas mercadorias, tais como ração, velas, alpiste, etc. A partir de 29/05/03, foi retirado também do Termo de Acordo, conforme Decreto 8.548/03, o benefício para cosméticos. Além disso, o art. 3º, b, do Decreto 8.548, acrescenta a redução de base de cálculo exclusivamente a estabelecimentos inscritos no CNAE FISCAL 5146-2/01, comércio atacadista de produtos de perfumaria. O CNAE do contribuinte autuado é 5191-8/01 (comércio atacadista em geral sem predominância de artigo). Diz que o benefício fiscal pode ser retirado a qualquer momento, o que não é o mesmo que majoração de imposto. Ressalta que o contribuinte utiliza o benefício do Termo de Acordo para todas as mercadorias vendidas para contribuinte, conforme cópias das notas de fls. 148 a 160, a título de exemplo, sempre com redução em 41,176%, com exceção do leite e óleo de soja que têm legislação específica.

Esclarecem que o contribuinte recebeu todos os demonstrativos da infração 4, resumos e analíticos, anexados ao PAF, conforme fl. 5, onde constam todas as informações necessárias ao entendimento da infração.

Quanto à infração 5, o Decreto nº 7.826, não prevê a manutenção integral do crédito, que tem, portanto, de ser estornado na proporção do benefício concedido, de acordo com os arts. 100 e 97 do RICMS/97. Ressaltam que foi paga parte desta infração.

O presente PAF foi diligenciado à ASTEC, fl. 1764, para aferição dos argumentos da defesa, com relação à infração 1, para nova elaboração do demonstrativo da Conta Caixa, e novo demonstrativo de débito, se necessário.

Em Parecer ASTEC nº 0051/2005, fls. 1767 a 1769, foi informado que após refazimento da Conta Caixa, foram adotados os seguintes procedimentos:

1. *“Foram adicionados aos pagamentos os valores das notas fiscais de compras não registradas na escrita fiscal e o valor do passivo fictício apurado em 31/12/2002, de acordo com o demonstrativo de fl. 51, no valor de R\$ 174.288,51;*
2. *Foram excluídos do recebimento os suprimentos de caixa de origem não comprovados, provenientes dos lançamentos a título de adiantamento de sócio para futuro aumento de capital.*

Após análise dos argumentos e documentos anexados pelo autuado, o diligente concluiu:

1. *Os argumentos em relação ao passivo fictício não ficaram comprovados, pois a nota fiscal apresentada de nº 73602, no valor de R\$ 158.215,20, foi registrada na conta de fornecedores em 04/03/99. O saldo desta conta no exercício de 2000, de acordo com o Balanço de 31/12/2000, vide fl. 06, é de R\$ 110.541,65, valor inferior ao da nota fiscal, caracterizando que em 31/12/2000 a nota fiscal já havia sido baixada da conta “Fornecedores”.*
2. *Os valores dos suprimentos de caixa nos exercícios de 2001 e 2002 encontram-se informados na declaração de Imposto de Renda dos sócios.*
3. *Foram apresentadas cópias dos cheques emitidos pelos sócios no exercício de 2002. Os referidos cheques não foram pagos “via compensação”, caracterizando que os Recursos ingressaram no Caixa da empresa “em espécie”.*

Os autuantes, cientificados da diligência, manifestam-se à fl. 1774, no sentido de que o autuado não comprova, mesmo após a diligência, que os recursos saíram das contas bancárias dos sócios supridores, já que os cheques não foram compensados. Não há comprovação de que os recursos ingressaram na empresa em espécie. Tendo o autuado utilizado os cheques como prova dos suprimentos, e ficando comprovado que sequer foram compensados, na ausência do comprovante de depósito do numerário na conta da empresa, fica corroborada a autuação.

O autuado manifesta-se às fls. 1778 a 1785, salientando:

1. A diligente disse que a nota fiscal de compra nº 073602 (DI nº 99/0169064-1) referente à compra de bacalhau da Noruega, no exercício de 1999, nada teria a ver com o passivo fictício no valor de R\$174.288,51, referente a 31/12/02, pois tal obrigação já não mais existia desde o balanço de 31/12/00. Que a diligente não deu a devida importância à busca da verdade material, pois tendo em vista que a operação de compra se deu em moeda estrangeira (dólar), e considerando a variação nas taxas de câmbio, a legislação a respeito determina que o valor da dívida seja colocado no balanço patrimonial de acordo com a cotação da moeda no dia 31 de dezembro de cada exercício. Daí absolutamente normal que esta mesma dívida, desde o balanço de 1999, até o de 2004, varie de valor, seja para mais, seja para menos. Assim, a manutenção deste passivo está comprovada. Além disso, foi anexado documento emitido pelo Banco Central, ratificando que, até hoje, o débito está em aberto junto ao fornecedor.
2. A representante da ASTEC, após manusear a documentação da empresa, bem como os demais documentos carreados aos autos, inclusive declarações de Imposto de Renda dos sócios,

concluiu pela veracidade e efetividade dos suprimentos de caixa, relativos aos exercícios de 2001 (R\$400.000,00) e de 2002 (R\$483.000,00), que haviam sido considerados pelos autuantes, de forma equivocada, como “de origem não comprovada”. Também atestou que “os valores ingressaram no caixa da empresa em espécie”. Fundamentando sua conclusão a preposta da ASTEC disse: Os valores dos suprimentos de caixa nos exercícios de 2001 e 2002 encontram-se informados na declaração de imposto de renda dos sócios.

3. Que os autuantes, ao descreverem a infração 1, misturaram saldo credor de caixa com passivo fictício, e que tais acusações são de natureza distintas, não se confundem e não é tecnicamente aceitável este procedimento, razão porque a infração deve ser declarada nula.
4. Que apesar de a diligente não ter feito nova apuração do saldo da Conta Caixa (infração 01), conforme solicitado, o autuado, a fim de deixar cabalmente demonstrada a verdade material, a refaz, conforme o Anexo A, onde não existe saldo credor de Caixa.
5. Diz e a diligente não apreciou nem investigou qualquer das alegações e argumentações defensivas vinculadas às infrações 2 a 6, além de ter deixado de analisar algumas alegações de defesa concernentes à infração 1, o que prejudicou a ampla defesa do autuado.
6. As infrações 4 e 5, idêntica questão já foi decidida por este CONSEF, na 4ª JJF, Auto de Infração nº 2985750112/03-1, decidindo pela nulidade da ação fiscal, com ratificação da 2ª CJF.
7. Ratifica todas as suas argumentações anteriores.

A JJF ao se manifestar sobre as preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo aduz que os elementos constantes dos autos são suficientes para firmar o entendimento conclusivo sobre o Auto de Infração em análise, rejeitando-as, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, na infração 1, está sendo exigido o ICMS em decorrência de saldo Credor na Conta Caixa, o que indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados.

Para melhor avaliar a irresignação da defesa, a 2ª JJF diligenciou à ASTEC, e foram apresentados os seguintes resultados, conforme o Parecer nº 0051/2005, de fls. 1767 a 1769:

1. *“Os argumentos em relação ao passivo fictício não ficaram comprovados, pois a nota fiscal apresentada de nº 73602, no valor de R\$ 158.215,20, foi registrada na conta de fornecedores em 04/03/99. O saldo desta conta no exercício de 2000, de acordo com o Balanço de 31/12/2000, vide fl. 06, é de R\$ 110.541,65, valor inferior ao da nota fiscal, caracterizando que em 31/12/2000 a nota fiscal já havia sido baixada da conta “Fornecedores”.*
2. *Os valores dos suprimentos de caixa nos exercícios de 2001 e 2002, encontram-se informados na declaração de Imposto de Renda dos sócios.*
3. *Foram apresentados cópias dos cheques emitidos pelo sócio no exercício de 2002. Os referidos cheques não foram pagos “via compensação”, caracterizando que os Recursos ingressaram no Caixa da empresa “em espécie”.*

Analisando os documentos anexos ao PAF, em especial os lançamentos efetuados a débito da Conta Caixa, sob o título de recebimento de sócios, para futuro aumento de capital, no total de R\$400.000,00 no exercício de 2000 e de R\$483.000,00, em 2002, a representante da ASTEC, após manusear a documentação da empresa, bem como os demais documentos carreados aos autos, concluiu que os valores constam das declarações de Imposto de Renda dos sócios, mas que “os valores ingressaram no caixa da empresa em espécie”.

Entende a JJF que a simples prova da capacidade financeira do supridor, não basta para a comprovação dos suprimentos efetuados à pessoa jurídica. Além da prova da capacidade financeira dos sócios, há que haver a prova da efetiva entrega dos recursos à empresa. Injetar em espécie o montante de R\$400.000,00 e de R\$483.000,00 não é o procedimento adequado. Até mesmo

a apresentação de cópias de cheques, supostamente emitidos pelos sócios, em nome da empresa, por si só, não comprovam que esses recursos foram depositados na conta bancária da entidade.

Contudo, esclarece o ilustre relator da JJF, não ficou claro a questão relativa à conta Fornecedores, no qual foi lançado o Passivo Fictício na Conta Caixa, no valor de R\$174.288,51. Tal insegurança quanto ao cometimento da infração, leva-me, afirma o relator, à conclusão da nulidade desta parcela lançado na Conta CAIXA. Assim, entende que este valor deve ser excluído da apuração da Conta Caixa, em dezembro de 2002, o que retira o saldo credor apurado no montante de R\$172.554,24, naquele mês, conforme o demonstrativo de fl. 42, e reduz o valor exigido nesta infração para R\$142.275,81, com a exclusão no demonstrativo de débito da ocorrência do mês de dezembro de 2002, no valor de R\$29.334,22.

Adiante a JJF diz concordar com o argumento manifestado pelos autuantes, de que *“não vêem necessidade na análise conjunta das Contas Caixa e Banco, pois a empresa para fazer face aos pagamentos efetuados através da Conta Caixa tem necessariamente que possuir saldo suficiente para suportá-los, independente dos saldos constantes das suas contas bancárias, que possuem movimentação independente”*.

Infração parcialmente elidida.

Na infração 2, a JJF mantém a acusação por entender que as Notas Fiscais capturadas pelo CFAMT circularam no Estado da Bahia e foram detectadas nos postos fiscais, tratando-se de presunção legal estabelecida no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário. O fato do contribuinte alegar que não realizou as compras aludidas, nada prova pois os documentos fiscais foram emitidos em seu nome e são hábeis e suficientes para demonstrar que as operações foram de fato realizadas.

Infração mantida.

Na infração 3 a JJF conclui que o fato do contribuinte ter assinado com a SEFAZ termo de acordo fundamentado no Decreto 7.799/00, obriga a redução da base de cálculo em 41,176% desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, corresponda aos percentuais de faturamento, previstos no art. 1º. Segundo consta, o Atacadão Recôncavo Comércio de Cereais Ltda, e a SEFAZ/BA, celebraram o Termo de Acordo, anexo, parcialmente, ao PAF às fls. 38 a 39.

Infração mantida.

As infrações 4 e 5 decorreram da falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional.

O autuado se creditou do ICMS destacado nas notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 87 a 104, em parcela superior a 10% do valor do documento fiscal de aquisição.

Neste caso a JJF argui Decisões anteriores a exemplo dos processos Auto de Infração nº 271331.0003/04-8 (ACÓRDÃO JJF nº 0024-02/05), em que as exigências foram julgadas nula por ter sido baseada em dispositivo regulamentar “sem amparo na lei tributária” conforme Parecer da PGE/PROFIS, que considerou a exigência fiscal ILEGAL, pois sem fundamento na legislação competente vigente.

Infrações nulas.

Na infração 6, proveniente da retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas, relativo às operações internas subseqüentes.

Esta infração está devidamente enquadrada e tipificada nos arts. 353, 126, I, combinado com o art. 61 do RICMS/97. Constam nos autos os demonstrativos, por nota fiscal, do imposto retido corretamente calculado, dos valores efetivamente recolhidos e das diferenças apuradas, tendo o contribuinte total condição de defender-se, pois os dados foram extraídos dos seus arquivos magnéticos.

Sendo o contribuinte atacadista de alimentos e bebidas, cada tipo de mercadoria vendida tem sua MVA, aplicada de acordo com o que determina os Anexos 88 e 89. Os autuantes, na informação fiscal salientaram que elaboraram demonstrativo detalhado, sendo entregue, ao contribuinte, cópia do mesmo, onde constam todas as MVAs, por mercadoria e por nota fiscal.

Como o autuado não trouxe elementos capazes de desconstituir os valores que lhe estão sendo cobrados, razão porque lhe é aplicado o disposto no art. 143 do RPAF/99: *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Infração mantida.

Por último, as multas aplicadas estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96, e o argumento de natureza confiscatória foge à apreciação deste órgão julgador, no termos do Art. 167, I do RPAF/99.

A JJF decide vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, homologue recomendando que se os valores recolhidos pela empresa.

Em sede de Recurso Voluntário o autuado, ora recorrente, ratifica suas afirmações anteriores no intuito de ver reformada a Decisão recorrida, acrescentando os argumentos que seguem:

Infração 1, diz que os autuantes excluíram unilateralmente valores quando da elaboração do demonstrativo fiscal, conforme foi reconhecido pelo diligente fiscal estranho ao feito que os ditos recursos tiveram seu ingresso no caixa da empresa comprovados, (PARECER ASTEC nº 0051/05), ficando também comprovada a capacidade financeira dos sócios de aportarem Recursos a companhia.

Adiante o recorrente alude que os autuantes se confundiram na tentativa de caracterização desta infração misturando temas e acusações, tais como saldo credor de caixa com passivo fictício, além de colocarem na mesma suposta infração 1, questões como notas fiscais do CFAMT, de naturezas distintas, portanto não se confundem.

Observa o recorrente que esta questão é grave, bastando que se atenha ao quanto estabelece o art. 39 do RPAF/99, quanto a necessidade de clareza na descrição da infração, e que o art. 18, II, do Regulamento acima referido, traduz tal irregularidade com a nulidade do ato praticado e de Decisão proferida com preterição do direito de defesa.

Nas infrações 2 a 6 observa o contribuinte, que a fiscal diligente designada pela ASTEC deixou de apreciar as argumentações defensivas vinculadas a estas infrações, uma vez que o pedido de diligência recomendava que a ASTEC deveria verificar *“se os argumentos de defesa devem ser acolhidos”*.

Diante destas omissões, argúi o recorrente, deve a Decisão recorrida ser anulada, a fim de que nova diligência fiscal, desta vez, completa, seja realizada. Caso não se cumpra este rito entende o recorrente que a improcedência da autuação restará confirmada.

Infração 2, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. É entendimento do recorrente que as notas fiscais coletadas via CFMAT, não comprovam a efetiva aquisição, pelo autuado das respectivas mercadorias, diz que esta comprovação é encargo do autuante. A prova continua o recorrente, como se sabe cabe a quem alega, logo sendo o fisco que está alegando a ele cabe provar.

E se por absurdo, diz o recorrente, se entenda que a acusação deve prosperar, que seja concedido ao contribuinte os créditos a que tem direito.

A infração 3 trata do recolhimento a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O recorrente afirma que os autuantes incorreram em equívoco ao se basearem no Decreto nº 8.548/03, pois ao contrário do que imaginaram, o art. 5º do decreto citado ratifica a previsão de redução da base de cálculo.

Desta forma, alude, não entender a razão que motivou a fiscalização desconsiderar a prática adotada pelo recorrente, na redução da base de cálculo das mercadorias, cosméticos e produtos de perfumaria.

Ainda que por absurdo se cogite a não aplicação do Decreto citado, impedindo a redução da base de cálculo do ICMS, não poderia os autuantes ter exigido o imposto no exercício de 2003, por expressa vedação legal neste sentido, conforme explica o art. 150, III, “b”, da Constituição Federal. Ou seja, o Decreto nº 8.548/03, só teria eficácia no primeiro dia do exercício seguinte.

Quanto à razão, também não se entende o motivo da autuação, já que o Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, no seu item 8 estabelece que “outros alimentícios”, também estariam incluídos no benefício de redução da base de cálculo. Pede finalmente a decretação da improcedência da infração em comento.

Infrações 4 e 5, conquanto a JJF tenha decidido pela nulidade da infração, o recorrente diz não ser correta a Decisão e que o correto seria sua improcedência, pois todas as acusações carecem de respaldo legal. Portanto, somente quanto a este aspecto, pede a reforma do julgamento.

Infração 06, neste caso o recorrente reitera sua peça de impugnação onde consta que a impossibilidade de conhecimento do verdadeiro teor da acusação impossibilitou a apresentação da defesa. A simples citação pela ilustre relatora da 2ª JJF dos dispositivos legais, arts. 353, 126, I combinado com o art. 61 do RICMS não foram suficientes para descaracterizar a prática adotada pela empresa.

Assim o fato dos autuantes não terem sido precisos na indicação de que dispositivos legais teriam sido descumpridos pelo autuado, cerceia o direito de defesa, principalmente por não ter como apresentar argumentos quanto ao mérito no exercício do contraditório. Destarte, alega que tal falha o impede de se pronunciar quanto ao mérito da acusação, pelo que requer a nulidade da autuação.

Concluindo pede que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, ou que seja reconhecido por este CONSEF, o quanto dispõe o art. 155, parágrafo único do RPAF/99, decidindo definitivamente pela improcedência do Auto de Infração, para que se evite futuros prejuízos para o Estado na esfera judicial. Requer por fim, o direito de provar todas sus alegações, inclusive por meio de diligência fiscal, na melhor forma da lei.

A PGE/PROFIS na afirmação do ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, ao analisar a infração 01, é de que em que pese à existência de fotocópias dos cheques emitidos pelos sócios em favor do recorrente, não se vislumbra elementos concretos de que efetivamente estes valores ingressaram na contabilidade da empresa, como reconheceu a ASTEC, nem tampouco restou provado a efetiva transferência do numerário dos patrimônios dos sócios para o do recorrente. E para negar Provimento a este item da infração indaga:

- a) as transferências se deram como doação ou como empréstimo;
- b) houve recolhimento da CPMF?

Quanto à infração 2, diz ser quase zero a possibilidade da existência de fraude para prejudicar a empresa recorrente, uma vez que as notas fiscais foram recolhidas pelo CFMAT, ademais vale apontar o art. 4º, da Lei nº 7.014/96 que determina a presunção legal da omissão de entrada cabendo ao autuado elidir a acusação. Não havendo como aceitar a tese da defesa.

Infração 3 recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aqui o recorrente declara, afirma o ilustre procurador, que todo seu comportamento obedeceu ao que estabelece o Decreto nº 8.458/03, no que se refere a redução da base de cálculo nas vendas dos produtos cosméticos e de perfumaria, além de afirmar que ao menos no exercício de 2004 a redução da base de cálculo teria que ser aplicada.

Ainda sobre a redução da base de cálculo, sobre rações para animais, não procede o enquadramento dado pelo recorrente, pois a redução pretendida é uma espécie de isenção parcial do tributo, o exame da norma há de ser literal como determina o art. 111, do CTN. De modo que não há como elastecer o conceito de produtos alimentícios como pretendeu o recorrente.

Em conclusão o representante da PGE/PROFIS, rebate a acusação de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, afirmando que não é possível encarecer qualquer guarida ao tema, pois a defesa se pautou sobre os fatos elencados na inicial e não, logicamente, da capitulação legal. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto às infrações 3, 4 e 5)

De início declaro, em resposta às preliminares alinhadas pelo recorrente, que os elementos constantes dos autos são suficientes para consolidar o entendimento da matéria julgada, tanto que o próprio sujeito passivo se valeu do quanto foi exposto em suas diversas peças para formular sua defesa. De sorte que rejeito as preliminares de nulidade argüidas, por estarem distantes do que estabelece a legislação pertinente, (art. 18, do RPAF).

A infração 2, o § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, trata da presunção decorrente de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, identificadas através de interceptação de nota fiscais, realizada pelo CFMAT. Foi o que ocorreu, e segundo ainda o diploma legal citado, cabe ao contribuinte o ônus da prova.

A simples alegação do autuado de que não efetuou as referidas aquisições são insuficientes para descaracterizar o dolo, portanto mantenho a Decisão recorrida.

A infração 3, em sua defesa o recorrente alega que o Decreto nº 8.548/03 lhe autoriza a previsão de redução da base de cálculo, quando se trata das vendas de cosméticos e perfumaria, e mais, assevera que mesmo que fosse desconsiderada a previsão da redução da base de cálculo, ainda assim tal medida não alcançaria o exercício de 2004.

Quanto à pretensão do recorrente de enquadrar ração animal no Decreto nº 7.779/00, também não encontra guarida na legislação tributária. No caso da alegação de legalidade da redução da base de cálculo para produtos de perfumaria e cosméticos, não procede, pois em que pese ser abrigado pelo Decreto nº 7.799/03, este foi revogado pelo Decreto nº 8.548/03. Neste contexto acompanho o opinativo da procuradoria que apoiou a Decisão recorrida.

As infrações 4 e 5, acompanho a Decisão da JJF que se baseou em Decisões anteriores, a exemplo dos processos Auto de Infração nº 271331.0003/04-8 (ACÓRDÃO JJF nº 0024-02/05), em que as exigências foram julgadas nulas por terem sido baseadas em dispositivo regulamentar “sem amparo na lei tributária” conforme Parecer da PGE/PROFIS, que considerou a exigência fiscal **ILEGAL**, pois sem fundamento na legislação competente vigente.

Infrações nulas.

A infração 6 acusa o contribuinte de reter e recolher a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas, relativo às operações internas subseqüentes. O Auto de Infração sinaliza para as diferenças nas reduções permitidas, em face da utilização dos MVAs concernentes a cada mercadoria tratada. A alegação do contribuinte da impossibilidade de se defender não procede, pois os elementos utilizados pela fiscalização para a constituição da acusação vieram dos arquivos magnéticos. Consta dos autos demonstrativos elaborados pelos autuantes onde é fácil identificar por nota fiscal o imposto retido calculado, os valores efetivamente recolhidos e as diferenças apuradas, dando ao defendente todas as condições de contestação que a legislação lhe permite. Desta feita considero procedente a acusação.

A infração 1, diz da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. A ASTEC designada a realizar diligência produziu Parecer que levou o nº 0051/05, nele ficou explícito: *“os valores dos suprimentos de caixa nos exercícios de 2001 e 2002 encontram-se informados na declaração de imposto de renda dos sócios; foram apresentados*

cópias de cheques emitidos pelos sócios nos exercícios de 2001 e 2002. Os referidos cheques não foram pagos via compensação, caracterizando que os recursos ingressaram no caixa em espécie". Ocorre que embora haja sinais do ingresso dos aportes em espécie no caixa da companhia, indícios não são suficientes para confirmar a operação. Seria indispensável que ao menos fosse comprovada a compensação dos cheques emitidos em nome do favorecido, o que de fato não houve.

Desta forma deve-se entender que os recursos utilizados para saldar compromissos do recorrente não tiveram origem conhecida, portanto, entendendo como procedente a autuação.

Com relação à parcela identificada a priori como passivo fictício, relativo a Conta Fornecedores, no valor de R\$174.288,51, assim como decidiu a 2ª JJF entendendo que este valor deva ser reconsiderado com sua exclusão da apuração da Conta Caixa.

De sorte que voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, com a homologação dos pagamentos efetivamente realizados.

VOTO VENCEDOR (Quanto às Infrações 3, 4 e 5)

Discordo do voto do nobre relator no que se refere às infrações 3, 4 e 5.

Na infração 3, exige-se o ICMS porque o autuado reduziu, indevidamente, a base de cálculo do imposto nas saídas de ração, velas, alpiste e cosméticos, considerando que o benefício havia sido retirado do Decreto nº 7.799/00 por alterações posteriores ocorridas (Decretos nºs 8.511/03 e 8.548/03).

O Decreto nº 7.799/00 foi editado em 10/05/00 e previa a redução na base de cálculo do ICMS em *praticamente todas* as operações de saídas de mercadorias promovidas por contribuintes inscritos no cadastro estadual sob os códigos de atividades econômicas relacionados em seu Anexo Único, desde que obedecidas certas condições, como por exemplo, percentuais de faturamento, celebração de Termo de Acordo etc. Somente estavam excluídas do benefício fiscal as saídas internas promovidas pelo estabelecimento:

1. de mercadorias enquadradas na substituição tributária;
2. de mercadorias já contempladas com redução de base de cálculo do ICMS ou com concessão de crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo ou incentivo, tivessem sua carga tributária reduzida;
3. de mercadorias cuja alíquota incidente na operação fosse inferior ou superior a 17%.

O Decreto nº 8.409/02, publicado em 27/12/02, alterou fundamentalmente a redação do artigo 1º, do Decreto nº 7.799/00 passando a prever que a redução da base de cálculo de 41,176% poderia ser aplicada nas operações de saídas internas realizadas pelos estabelecimentos inscritos no cadastro estadual sob os códigos de atividades econômicas constantes no Anexo Único, mas não mais para todas as mercadorias vendidas pelos estabelecimentos. A partir daí, o benefício fiscal passou a contemplar apenas as saídas internas das mercadorias “relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo”.

Em 29/05/03, o Decreto nº 8.548/03 retirou o item 11 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00 (o qual foi alterado pelo Decreto nº 8.409/02), correspondente a “comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria”, o que significa dizer que, a partir daquela data, as saídas internas relacionadas a cosméticos e produtos de perfumaria não mais poderiam ser beneficiadas com a redução da base de cálculo. Importante ressaltar que o Decreto nº 9.152, de 28/07/04, revigorou o item 11 do Anexo Único, permitindo o retorno da redução de base de cálculo para essas mercadorias a partir de 01/08/04.

Ocorre que, em 13/02/04, foi publicado o Decreto nº 8.969/04 prevendo, em seu artigo 7º, 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.

Dessa forma, pode-se concluir que, como o recorrente já possuía Termo de Acordo celebrado com o Estado da Bahia, em 17/07/00, sob a égide do Decreto nº 7.799/00, devem ser aplicadas as regras legais vigentes na data de assinatura do referido Termo de Acordo, isto é, o autuado tem o direito de aplicar a redução da base de cálculo de 41,176% em todas as operações de saídas internas que promover, aí incluídas rações, velas, alpiste, cosméticos etc (exceto aquelas indicadas nos artigos 4º e 5º, do Decreto nº 7.799/00), não importando se o tipo de mercadoria vendida está, ou não, vinculado aos códigos de atividades econômicas relacionadas no Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, com a redação do Decreto nº 8.409/02. Aliás, esse entendimento já foi por mim manifestado e ratificado em Decisão unânime por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0321-11/05.

Em suma, considero indevido o valor exigido na infração 3, merecendo, portanto, reforma a Decisão recorrida que julgou procedente a autuação.

Na infração 4 cobra-se o imposto porque o contribuinte utilizou crédito fiscal em percentual superior a 10% do valor das mercadorias adquiridas e posteriormente revendidas com a redução de base de cálculo, desobedecendo à determinação do artigo 6º, do Decreto nº 7.799/00.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da autuação, tomando como base o Parecer PGE/PROFIS exarado pela ilustre Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, o qual se encontra acostado às fls. 1789 a 1797 dos autos.

Em que pese a reconhecida competência da Parecerista e a impecável lógica jurídica manifestada no mencionado Parecer, entendo que o posicionamento ali expresso não pode ser aplicado à situação em análise, como explanado a seguir.

O Decreto nº 7.799/00 foi editado com o objetivo de estimular a atividade comercial dos estabelecimentos atacadistas situados no território baiano e estabelecia, em sua redação original, que a base de cálculo do ICMS poderia ser reduzida, em 41,176%, nas saídas internas dos estabelecimentos elencados em seu Anexo Único para outros contribuintes do ICMS, desde que obedecidas certas condições, dentre as quais:

1. que as saídas para outros contribuintes correspondessem a determinados percentuais do faturamento, também previstos no Decreto;
2. que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subseqüentes amparadas pela redução de base de cálculo, não poderiam exceder a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias;
3. que o benefício fiscal somente seria concedido após a celebração de Termo de Acordo específico entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, e o interessado, no qual seriam determinadas as condições e procedimentos aplicáveis.

Pelos documentos juntados aos autos, verifico que o recorrente, por estar inscrito num dos códigos de atividade econômica relacionados na redação original do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, firmou um Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 38 e 39) para usufruir o benefício da redução da base de cálculo do ICMS, tudo como previsto nos artigos 1º e 7º, do multicitado Decreto nº 7.799/00.

Sendo assim, entendo que, ao aderir aos termos do mencionado Decreto, por meio de Termo de Acordo, o autuado aceitou usar o benefício fiscal ali previsto, porém acatou, também, o ônus e os encargos decorrentes da redução da base de cálculo do imposto estadual e um deles é justamente a impossibilidade de utilizar o crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, bens e serviços, vinculados às mercadorias saídas com a redução de base de cálculo, em percentual superior a 10%. Não se trata mais, a meu ver, de condições gerais postas na legislação, mas da aceitação de condições específicas acordadas entre o Estado da Bahia e o contribuinte, as quais fazem lei entre as partes. O Decreto nº 7.799/00 autorizou a concessão do benefício de redução de base de cálculo, entretanto, tal benefício jamais seria concedido a não ser que houvesse um contrato específico entre as partes, delimitando e especificando as condições postas na legislação.

Vale a pena trazer à colação o Voto vencedor proferido pelo Conselheiro Álvaro Barreto Vieira no Acórdão CJF nº 0106-12/05:

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício - Item 4)

Acompanho o voto do ilustre relator quanto ao Recurso Voluntário, todavia, no que tange ao Recurso de Ofício, discordo do seu entendimento sobre a infração 4.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou a infração em apreço nula, por entender que a exigência fiscal está em desconformidade com a lei vigente, já que o RICMS-BA não possui respaldo legal para exigir o estorno do crédito fiscal.

É sabido que o regulamento não pode ir além da lei, criando novas hipóteses de incidência de tributo, contudo, entendo que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal merece correção, pois, no caso em tela, não houve ilegalidade, conforme passo a demonstrar.

O recorrido goza do benefício fiscal condicionado da redução da base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/00. De acordo com o artigo 6º do referido Decreto, os créditos fiscais relativos a aquisições de mercadorias, bens e serviços, vinculados a operações amparadas pelo benefício fiscal em questão não poderão exceder a dez por cento do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. Dessa forma, vê-se que o benefício fiscal condicionado utilizado pelo recorrido previa a hipótese de estorno de crédito fiscal, já que limitava a apropriação do crédito.

No acordo celebrado entre o recorrido e o Estado, o primeiro aceitou a redução da base de cálculo oferecida pelo segundo e, dentre outras condições, comprometeu-se a estornar os créditos fiscais previstos no artigo 6º do Decreto nº 7.799/00. Essa exigência de estorno de crédito fiscal é exclusiva para os contribuintes que optarem pelo referido benefício fiscal, trata-se, portanto, de uma legislação específica e que afasta a legislação genérica, conforme o princípio da especialidade.

Em razão da existência de uma legislação específica que exige o estorno de crédito e do gozo de um benefício fiscal condicionado, entendo que foi correto o procedimento do autuante, que não houve ilegalidade e que a Decisão da Primeira Instância deve ser modificada, restabelecendo a exigência fiscal referente à infração 4.

Apenas para corroborar o entendimento exposto acima, saliento que, conforme o relatório, o recorrido reconheceu o acerto da exigência fiscal (embora o autuado tenha reconhecido o débito).

Por fim, ressalto que, quanto à infração 8, acompanho integralmente o voto do ilustre relator.

Em face do acima comentado, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restabelecer a exigência fiscal referente à infração 4, no valor de R\$31.025,41.

Por tudo quanto foi exposto, considero que a infração 4 deste lançamento ficou devidamente caracterizada, de acordo com os demonstrativos de fls. 86 a 104, cujos valores não foram contestados pelo autuado, merecendo, assim, reforma a Decisão recorrida.

Na infração 5 exige-se o ICMS em decorrência da falta de estorno do crédito fiscal oriundo de entradas de leite, cujas saídas posteriores foram feitas com redução de base de cálculo.

No Auto de Infração, os autuantes consignaram o seguinte na descrição dos fatos: o contribuinte se “creditou do ICMS de notas de leite proveniente da BAHIA, NORTE, NORDESTE, CENTRO-OESTE E ESPÍRITO SANTO (alíquotas de 17% e 12%) e não efetuou o estorno correspondente a 58,825%, percentual utilizado para redução das saídas de leite cujo decreto regulamentador (7.826/00) não prevê a manutenção integral do crédito”.

Os autuantes elaboraram o demonstrativo acostado às fls. 106 a 108 e, a título de exemplo, anexaram algumas notas fiscais de entradas de leite (fls. 109 a 114) provenientes da Bahia e de outros Estados da Federação. Os prepostos fiscais acostaram, ainda, algumas notas fiscais de saídas de mercadorias (inclusive leite) emitidas no exercício de 2003, conforme os documentos de fls. 141 a 160, as quais comprovam que o recorrente utilizou a redução de 41,176% prevista no Decreto nº 7.488/98, depois substituído pelo Decreto nº 7.799/00, e não a redução estabelecida no Decreto nº 7.826/00, havendo um equívoco das autoridades autuantes.

E a empresa não poderia agir de forma diferente, haja vista que, consoante o artigo 1º, do mencionado Decreto nº 7.826/00, a redução de base de cálculo do ICMS em 58,825% somente seria concedida “nas saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%”. Portanto, como o leite, em muitas das operações de entradas relacionadas no demonstrativo de fls. 106 a 108, não foi fabricado na Bahia, não poderia haver a redução de 58,825% na base de cálculo do ICMS nas saídas internas subseqüentes.

Sendo assim, pelos motivos já apresentados em relação à infração 4, entendo que o contribuinte tinha o direito de se creditar do ICMS destacado na nota fiscal de entrada da mercadoria posteriormente saída com redução de base de cálculo, desde que não fosse superior ao percentual de 10%, como estabelecido no artigo 6º, do Decreto nº 7.799/00, ao qual aderiu no momento em que firmou Termo de Acordo com o Estado da Bahia, por meio da Secretaria da Fazenda.

Por tudo quanto foi exposto, refiz o levantamento fiscal, como a seguir demonstrado, remanescendo o débito de R\$6.191,87, merecendo reforma, portanto, a Decisão recorrida no que se refere à infração 5 desta autuação.

MESES	NOTA FISCAL	BASE CÁLCULO	VALOR CREDITADO	PERCENTUAL CRÉDITO USADO	CRÉDITO CORRETO Não superior a 10%	DIFERENÇA A EXIGIR
jun-01	9448	8.191,20	772,09	9,43	772,09	0,00
jul-01	9754	10.116,00	731,40	7,23	731,40	0,00
set-01	262204	81.976,40	13.935,99	17,00	8.197,64	5.738,35
out-01	815	2.275,00	273,00	12,00	227,50	45,50
nov-01	875	13.620,00	1.634,40	12,00	1.362,00	272,40
jun-02	9222	10.691,37	1.069,13	10,00	1.069,14	0,00
jul-02	9770	11.881,26	1.188,12	10,00	1.188,13	0,00
jul-02	486636	2.620,00	232,93	8,89	232,93	0,00
jul-02	490966	5.308,80	475,67	8,96	475,67	0,00
Total jul/01						0,00
nov-02	512053	1.418,80	138,89	9,79	138,89	0,00
dez-02	515260	340,35	32,70	9,61	32,70	0,00
dez-02	516062	3.731,00	328,70	8,81	328,70	0,00
Total dez/02						0,00
jun-03	536873	2.648,00	251,56	9,50	251,56	0,00
jun-03	537802	5.477,70	477,60	8,72	477,60	0,00
jun-03	538884	11.265,50	885,17	7,86	885,17	0,00
Total jun/03						0,00
out-03	16277	6.781,00	813,72	12,00	678,10	135,62
out-03	938	740,00	74,00	10,00	74,00	0,00
Total out/03						135,62
TOTAL A SER EXIGIDO						6.191,87

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos Voluntário e de Ofício para reformar a Decisão recorrida, no que se refere às infrações 3, 4 e 5, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação às infrações 1, 2 e 6 e em decisão não unânime quanto às infrações 3, 4 e 5, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269140.0008/04-4, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$229.253,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$71.296,42 e 70% sobre R\$157.956,61, previstas no art. 42, II, “e”, VII, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 3, 4 e 5): Conselheiro(a) Denise Mara Andrade Barbosa, Oswaldo Ignácio Amador, Fernando Antonio Brito Araújo e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido quanto às infrações 3, 4 e 5): Conselheiro Eduardo Nelson de Almeida Santos e Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR/VOTO (Vencido quanto às infrações 3, 4 e 5)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 3, 4 e 5)

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