

PROCESSO - A. I. Nº 293259.1203/05-3
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA MULTI-FRIOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0153-03/06
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 31/07/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0247-11/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Acolhida a acusação do autuado. Defesa não apresentou provas para elidir a exigência fiscal. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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. Reduzido o valor do débito. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Confirmada a exigência fiscal. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de diligência indeferido. Infrações não elididas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência não subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO. **b)** PARA USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento das diferenças entre a alíquota interna e interestadual, nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo a empresa, e para o consumo próprio, oriundas de outras unidades da federação. Infrações subsistentes. 6. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTROS DE ENTRADAS E SAÍDAS E APURAÇÃO DE ICMS. FALTA DE ENCADERNAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Preliminar de nulidade rejeita-

da. Pedido de diligência indeferido. Vencido o voto do relator em relação ao item 1. Recurso **NÃO PROVIDO** Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF (Acórdão JJF nº 0153-03/06), que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração acima indicado, lavrado em desfavor do autuado/recorrente, tendo em vista a apuração das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes amparadas com isenção do imposto, no valor R\$17.268,26.

INFRAÇÃO 2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, no valor de R\$419.802,53.

INFRAÇÃO 3- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, no valor de R\$32.959,90.

INFRAÇÃO 4- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, no valor de R\$88.064,05.

INFRAÇÃO 5- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias não registradas na sua escrita fiscal, provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para comercialização, no valor de R\$124.632,04.

INFRAÇÃO 6- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias registradas na sua escrita fiscal, provenientes de outras unidades da federação adquiridas para comercialização, no valor de R\$28.082,15.

INFRAÇÃO 7- Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$3.066,81.

INFRAÇÃO 8- Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$111,07.

INFRAÇÃO 9- Apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS-BA. Apresentou livros de registro de entradas, e saídas e apuração do ICMS, sem encadernação, no valor de R\$50,00.

A Decisão recorrida julgou procedente a infração 1, ao argumento de que as mercadorias tratadas nesta exigência fiscal (pescados) foram beneficiadas com a redução da base de cálculo em 100%, consoante normas constantes dos Decretos nºs 7.577/99 e 8.655/03, não se podendo, desta forma, falar em renúncia para fins de garantia do crédito nas aquisições destes produtos, tendo em vista que o art. 97, I, “b”, do RICMS, veda a utilização do crédito em tais circunstâncias.

Com relação à infração 2, a JJF aduziu que o contribuinte não conseguiu afastar a presunção de omissão de saídas em razão da entrada de mercadorias não registrada, contida no art. 2º, §3º, IV, do RICMS, pois a simples negativa da aquisição das mercadorias e a interpelação judicial ajuizada não macula a exigência fiscal em comento. Ressaltou que os fornecedores emitentes dos documentos fiscais vendem mercadorias ao contribuinte com habitualidade e os produtos adquiridos estão inseridos no rol dos comercializados pelo autuado, o que reforça a legitimidade da exigência.

Acolheu, entretanto, a alegação defensiva, para reduzir o imposto cobrado relativo ao exercício de 2003, tendo em vista que foi lavrado o Auto de Infração nº 2982370603/04-7, no valor de R\$19.113,06, por suprimento de caixa de origem não comprovada, no mesmo exercício, razão pela qual os cálculos foram refeitos e o valor do imposto cobrado foi reduzido para R\$400.689,47.

A infração 3 foi julgada procedente, pois o contribuinte não trouxe aos autos provas capazes de elidir a acusação fiscal, tendo, apenas, alegado que o pagamento está registrado no Sistema Informatizado da SEFAZ, sem, todavia, juntar os extratos dos referidos recolhimentos.

A infração 4 também foi integralmente mantida, porquanto o fato gerador tratado não se confunde com a exigência contida na infração 2. A JJF assim fundamentou suas conclusões:

"Com relação à Infração 04, que exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto decorrente da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação, entendo que, não se relaciona, sendo tecnicamente distinta, da infração amparada na presunção de que houve saídas anteriores sem o pagamento do imposto, justificada pela inexistência de escrituração das notas fiscais relacionadas no demonstrativo relativo a essa infração (Infração 02). Com efeito, a Infração 04, exige imposto devido pela falta de recolhimento do ICMS decorrente da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação das notas fiscais não registradas. Por seu turno, a Infração 02 refere-se à presunção legal da existência de pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de realização de operações anteriores com Recursos também não contabilizados previstas no inciso IV do § 3º do artigo 2º do RICMS-BA. Entendo, que são fatos geradores distintos, sendo um fato gerador caracterizado pela presunção legal de saídas anteriores sem pagamento do imposto e o segundo fato gerador é o imposto devido na situação específica da mercadoria consignada na nota fiscal não registrada. No cálculo do imposto devido por antecipação tributária foi concedido o crédito fiscal para apuração do valor devido pelo autuado".

O mesmo foi dito com relação à infração 5, que foi integralmente mantida, tendo em vista que o seu fato gerador não se confunde com o da infração 2 e encontra lastro no art. 352-A, do RICMS, que trata da antecipação parcial, aqui cobrada em razão da apuração de notas fiscais não registradas.

Quanto à infração 6, a JJF esclareceu que o autuado teve o cuidado de exigir apenas a diferença relativa ao recolhimento a menos das mercadorias cujas aquisições foram registradas na escrita fiscal. Afirmou que os recolhimentos realizados pelo deficiente foram considerados e deduzidos para fins de cálculo do imposto a pagar.

Relativamente à infração 7, asseverou que as alegações defensivas são insuficientes para elidir a acusação fiscal, razão pela qual foi integralmente mantida.

A infração 8 foi julgada subsistente, pois a despeito de o contribuinte alegar ter recolhido o imposto na qualidade de consumidor final, ficou constatado que o diferencial de alíquota não foi pago pelo autuado.

Por fim, a multa imposta na infração 9 foi mantida, tendo, a JJF repelido as alegações defensivas de que não houve tempo hábil para encadernação dos livros fiscais relativos aos exercícios de 2004.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 887/893, suscitando, inicialmente, a inconsistência da Decisão recorrida, por não ter apreciado corretamente as alegações deduzidas em sede de impugnação ao presente Auto de Infração.

Reiterou, integralmente, a defesa apresentada e transcreveu sua petição de fls. 857/860, por meio da qual se manifestou sobre a informação fiscal do autuado e o novo demonstrativo de débito elaborado.

Afirma que a Decisão recorrida não apreciou a questão relativa ao ajuizamento de interpelações judiciais em face dos emitentes das notas fiscais objeto da infração 2, que se constituem em prova suficiente para afastar a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Alega, ademais, que teria direito ao crédito do imposto destacado nas notas fiscais que não foram registradas em sua escrita fiscal, sem o que restaria ferido o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Aduz que nenhuma autuação embasada na presunção de omissão de saídas de mercadorias pode subsistir sem que seja realizada a auditoria de estoques, para verificação de efetivas diferenças.

Por derradeiro, faz uma série de questionamentos, pugnando pelo provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 897/906, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para declarar nula a infração 1, pois não há embasamento legal para determinar o estorno do crédito fiscal oriundo de mercadorias cujas saídas são beneficiadas com redução de base de cálculo. Com relação à infração 2, pede para que seja observada a proporcionalidade, pois o contribuinte opera com mercadorias sujeitas a substituição tributária e de tributações variáveis, não sendo razoável que se conclua que as operações omitidas eram, em sua integralidade, tributadas normalmente.

O processo foi distribuído ao então membro deste Conselho, o Sr. Marcos R. L. Pimenta, que pediu a inclusão do PAF em pauta de julgamento. Na sessão do dia 14/12/2006, o processo foi convertido em diligência, para atender a proposição do Procurador do Estado José Augusto Martins tendo em vista a mudança do posicionamento da Procuradoria acerca da exigência de estorno de crédito fiscal nos casos de redução de base de cálculo.

Foi elaborado o Parecer de fls. 915/922, através do qual a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois a redução de base de cálculo vem sendo entendida pelos Tribunais Superiores como uma forma de isenção parcial e, assim sendo, o estorno do crédito encontra lastro no art. 155, §2º, da Carta Política, que se trata de norma auto-aplicável.

VOTO VENCIDO (Quanto ao item 1)

Consoante relatado, o contribuinte argüiu, atecnicamente, a nulidade da Decisão guerreada, por não ter se manifestado corretamente sobre todas as matérias de defesa alegadas na impugnação ao Auto de Infração.

A alegação, entretanto, não encontra respaldo nos autos, nem na legislação vigente. Em primeiro lugar, a Decisão primária não contém qualquer um dos vícios gizados no art. 18, do RPAF, estando devidamente fundamentada e tendo sido proferida em obediência aos princípios que regem o procedimento administrativo fiscal, em especial ao contraditório e à ampla defesa.

Depois, da simples leitura do *decisum* farpeado, constato que os argumentos trazidos pelo autuado, em sua defesa, foram analisados pela JJF, não havendo sequer a omissão alegada pelo contribuinte.

Por fim, merece registro o fato de que, a meu ver, o órgão administrativo não está obrigado a discorrer, literalmente, sobre todas as alegações trazidas à baila pelo contribuinte, sendo suficiente que a conclusão do julgado esteja embasada em fundamentação adequada, até mesmo porque, muitas vezes, os fundamentos utilizados pelo órgão julgador, por incompatibilidade com a tese defensiva, afastam implicitamente as matérias levantadas pelo contribuinte.

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

No mérito, quanto o Recurso Voluntário interposto não tenha impugnado, especificamente, todas as infrações constantes do presente auto, hei de examiná-las uma a uma, para evitar futuras alegações de nulidade.

Inicialmente, devolvo intactas as alegações ofensivas feitas pelo contribuinte, acerca do relator de primeira instância, tendo em vista que estão absolutamente dissociadas das matérias juridicamente relevantes para o deslinde do presente feito e demonstram a falta de urbanidade do subscritor da peça recursal, não sendo, assim, dignas de resposta por este Conselho judicante.

Com relação à infração 1, em que pese a mudança de posicionamento da PGE/PROFIS acerca do estorno de crédito fiscal em operações beneficiadas por redução de base de cálculo, mantenho firme no entendimento de que a exação fiscal ressente-se de embasamento legal, principalmente por entender que as Decisões administrativas e judiciais devem ter amparo jurídico, e não meramente político, como, infelizmente, vêm procedendo algumas cortes nacionais.

Como cediço, o fenômeno da isenção consiste na extirpação de um dos critérios conformadores da regra matriz de incidência tributária. Não basta a sua simples modificação ou redução; o critério tem de ser integralmente extirpado para que se possa falar em isenção, caso contrário, a norma tributária incidirá sobre o fato gerador, ainda que o resultado prático da tributação seja nulo.

Desta forma, a redução da base de cálculo não caracteriza o fenômeno isencional. A “isenção parcial” contemplada por alguns Tribunais, com a devida licença, é juridicamente inaceitável, porquanto resulta em admitir que a norma tributária incida parcialmente sobre o fato gerador, o que, a toda evidência, contraria a lógica jurídica, tendo em vista que, nesta seara, somente se admite duas possibilidades: ou há subsunção do fato à regra matriz, ou a situação fática refoge ao seu âmbito de incidência. Não existe, assim, a incidência parcial, muito menos a isenção parcial.

As normas contidas nos arts. 97, I, “a” e 100, II, do RICMS, extrapolaram o poder regulamentar, pois vedaram a utilização de crédito fiscal, determinando o seu respectivo estorno, quando a Constituição Federal não se manifestou neste sentido, devendo, assim, a autuação, restringir-se às normas legais vigentes, que não contemplam a autuação sob exame.

Nas circunstâncias, reiterando integralmente o Parecer transscrito às fls. 897/905, pela ilustre procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, concluo que “*a autuação fiscal é nula, pois não encontra alicerce na Lei do ICMS, nem na Lei Complementar nº 87/96*”.

No que concerne à infração 2, verifico que as alegações defensivas não são, de fato, suficientes para afastar a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante a verificação de ingresso de produtos sem registro na escrita do contribuinte. Com efeito, as notas fiscais foram emitidas por contribuintes regulares do recorrente, se referem a produtos que guardam relação com as atividades comerciais do autuado e, por fim, foram colhidas no trânsito e nos próprios estabelecimentos fornecedores. Tais circunstâncias reforçam a presunção legal, mormente quando se tratam de diversos estabelecimentos fornecedores, que não se acredita terem, conjuntamente, deliberado em emitir documentos inidôneos em desfavor do recorrente.

Quanto às interpelações judiciais ajuizadas pelo contribuinte, da análise do andamento processual dos referidos processos, disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, verifiquei que a grande maioria dos processos encontram-se paralisados, aguardando a realização de diligência por parte do contribuinte, tendo sido, inclusive, concedido vistos dos autos ao patrono do recorrente, Dr. Evaldo Castro, desde 27/03/2006 (Processos nºs 996467-5/2006, 999061-9/2006, 999070-8/2006, 999095-9/2006, 999131-5/2006, 999137-9/2006, 999139-7/2006, 999147-7/2006, 999162-7/2006, 999231-4/2006, 999255-5/2006, 999269-9/2006, 999352-7/2006, 999510-6/2006, 999552-5/2006, 999570-3/2006, 999582-9/2006, 999601-6/2006, 999624-9/2006 e 999629-4/2006). Resta, assim, mais do que evidente o desinteresse do autuado em apurar a efetiva emissão de documentos fiscais fraudulentos, o que retira por completo a verossimilhança de suas alegações e robustece a exação fiscal.

Quanto ao pedido de verificação do estoque, entendo absolutamente desnecessário, tendo em vista que a presente infração trata da falta do registro de mercadorias na escrita fiscal do contribuinte, seguindo roteiro de auditoria previsto na legislação tributária. Ademais, o recorrente não apontou qualquer falha na atuação do preposto fiscal, resumindo-se a alegar o não cometimento da infração, que, como curial, não enseja a insubsistência do lançamento, *ex vi* do art. 143, do RPAF.

Em relação ao pedido de concessão do crédito fiscal destacado nas notas não registradas, o mesmo não pode ser acolhido, tendo em vista que a cobrança do imposto recai sobre omissões anteriores, que não se pode vincular a esta ou aquela mercadoria, muito menos a documentos fiscais pretéritos, para fins de apuração de crédito.

Por fim, em que pese o acerto da tese da PGE/PROFIS, de que o lançamento deve atentar à proporcionalidade, tendo em vista que o contribuinte faz operações de saídas de mercadorias isentas, não tributadas e com alíquotas variáveis, é impossível a este órgão julgador converter o presente PAF em diligência, para apurar eventual redução do imposto a ser cobrado, tendo em vista que o

contribuinte não se manifestou sobre a matéria tratada no Parecer exarado pela douta procuradora do Estado. Nestes termos, deve ser mantida a Decisão primária.

A matéria, entretanto, poderá ser objeto de pedido de controle de legalidade formulado pelo contribuinte, frente à PGE/PROFIS, ou mesmo em ação judicial tendente a rever o lançamento de ofício realizado, hipóteses em que será possível a realização das diligências necessárias à aplicação da devida proporcionalidade.

Quanto à infração 3, a Decisão recorrida deve ser mantida, tendo em vista que o contribuinte limita-se a negar o cometimento da infração, sem, entretanto, trazer aos autos qualquer documento que comprove o recolhimento integral do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Relativamente às infrações 4 e 5, o recorrente também não trouxe à baila qualquer argumento novo, capaz de ensejar a reforma da Decisão primária. Deve-se registrar, ademais, que o fulcro de tais infrações não se confunde com o fato gerador da infração 2, pois esta última trata da presunção de omissão de saídas anteriores decorrente da apuração de ingresso de mercadorias sem registro na escrita fiscal do contribuinte, o que permite ao FISCO cobrar o imposto por considerar que a compra dos produtos não registrados foi feita com receita que deveria ter sido oferecida à tributação. A presunção trata, portanto, das operações de saída anteriores, o que não impede que seja cobrado o tributo por substituição tributária e antecipação parcial relativo à entrada das mercadorias cujos ingressos não foram registrados, pois, neste caso, o fato gerador é a própria operação.

No que concerne às infrações 6, 7 e 8, o recorrente também não comprovou o pagamento integral do tributo, razão pela qual sua mera alegação não tem qualquer relevância para fins de afastar a acusação fiscal, que fica integralmente mantida, com essepe no art. 143, do RPAF.

Por fim, há de ser mantida a infração 9, que consiste no lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que, de fato, restou constatada a entrega de livro fiscal despido da necessária encadernação.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão primária e declarar nulas as infrações 1 e 2, julgando procedentes as infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 1)

Data venia o voto proferido pelo ilustre relator, discordamos frontalmente do mesmo ao entender sem embasamento legal a exigência fiscal em tela – que se reporta à glosa de crédito em decorrência de saída de mercadoria beneficiada com redução de base de cálculo – pescados - pelos seguintes fundamentos que passaremos a expor:

A figura da isenção parcial repudiada pelo relator é reconhecida por doutrinadores de renome, como Pontes de Miranda e José Souto Maior Borges, não sendo assim inovação no mundo jurídico-tributário. Sobre o tema assim se manifestou o primeiro: “...as isenções podem ser totais e parciais. Dizem-se parciais as isenções que deduzem do percentual do imposto ou do imposto fixo. As isenções totais são pré-excludentes da imposição. O imposto não recai no objeto ou no negócio jurídico a que se refere a regra jurídica de isenção”. Já Souto Maior Borges assim se manifesta: “...as isenções totais excluem o nascimento da obrigação tributária enquanto que, nas isenções parciais, surge o fato gerador da tributação, constituindo-se, portanto, a obrigação tributária, embora o quantum do débito seja inferior ao que normalmente seria devido se não tivesse sido estabelecido preceito isentivo.”

Como visto, a tese albergada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a redução de base de cálculo é uma isenção parcial – Decisão plenária no Recurso Extraordinário nº 174.478-2 - Relator Min. Cezar Peluso - ampara-se na melhor doutrina sobre a matéria, pelo reconhecimento por parte dos meios jurídicos da competência dos mestres citados, não merecendo guarida a insinuação de que o entendimento exposto pela Corte Suprema tenha tido cunho político.

Com tal Decisão, consolidou-se a tese já esposada pelo Estado da Bahia, refletida na Lei nº 7014/96, e repetida no RICMS, não havendo mais que se alegar que a exigência de estorno de crédito nas operações de saídas amparadas por redução de base de cálculo não encontra amparo na referida lei ou na Lei Complementar nº 87/96, já que tal exigência tem lastro na Constituição Federal - art. 155, § 2º, o inc. II, letras “a” e “b” –

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

E de fato, assim disciplina a LC 87/96 em seu art. 21, inciso I:

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Por sua vez, com fulcro no referido dispositivo, a Lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia, trouxe determinação semelhante:

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Assim, tratando-se a redução de base de cálculo de desoneração parcial – isenção parcial – a regra do RICMS/BA que determina o estorno dos créditos nas operações subsequentes assim beneficiadas, tem lastro nos referidos diplomas legais e na Carta Magna.

Este é o entendimento esposado pela Douta Procuradora Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, veiculado no Processo Administrativo de nº 2985750112031, que abaixo transcrevemos:

“... Assim, da mesma forma que, segundo se depreende das fls. 643, teria o STF se posicionado no sentido de não haver qualquer descompasso entre a Constituição e lei que estabelece o estorno de crédito decorrente da redução de base cálculo, por entender que este estaria inserido na previsão constitucional genérica quanto ao estorno de crédito decorrente da isenção, poderia se considerar, também, não haver qualquer descompasso entre a lei e o regulamento que prevê o estorno de crédito pela saída com base cálculo reduzida, na medida em que este estaria, igualmente, englobado na previsão legal genérica de estorno de crédito por força de saída isenta... ”.

Ressalto, ainda, que a Decisão do STF não foi posição isolada, pois algumas decisões já tinham sido proferidas neste sentido, a exemplo das que abaixo transcrevemos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO DE ICMS CALCULADO MEDIANTE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. ESTORNO PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE. I - O Tribunal reformulou seu entendimento quando do julgamento do RE 174.478/SP, Rel. para o acórdão o Min. Cesar Peluso, entendendo pela im-

possibilidade da compensação dos créditos relativos à entrada de insumos realizada com redução da base de cálculo, dado que consubstancia isenção fiscal parcial. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na Decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Impossibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, dada a excepcionalidade da medida. IV - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 449051 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG. REG .NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO. BASE DE CÁLCULO: REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INAPLICABILIDADE. I. - Embargos de declaração opostos à Decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 174.478/SP, Relator para o acórdão o Ministro Cézar Peluso, entendeu que não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, o que faz incidir, no caso, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição Federal. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento deste. (AI-ED 497755 / PR – PARANÁ BEM .DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)

Assim pelos fundamentos acima expostos, somos pela manutenção da exigência fiscal, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria em relação ao item 1, com voto de qualidade da presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2932591203/05-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA MULTI-FRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$694.873,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$294.184,28 e 70% sobre R\$400.689,47, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d”, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 1) - Conselheiros (as): Sandra Urânia Silva Andrade, Fernando Antonio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO (Quanto ao item 1) - Conselheiros (as): Fábio de Andrade Moura, Valnei Sousa Freire e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto ao item 1)

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 1)

SYLVIA MARIA AMÔEDO CAVALCANTE - REPR DA PGE/PROFIS