

A. I. N° - 293872.0032/04-6
AUTUADO - MIX DISTRIBUIDOR LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 28. 06. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0182-01/07

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO N° 7.799 DE 9/5/2000. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado nos autos que as operações de saídas de mercadorias – vendas – realizadas pelo contribuinte, referentes aos itens 1 e 2 da autuação são subsistentes e relativamente ao item 3, insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E/OU BENS. **a) USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Contribuinte reconhece o cometimento da infração no exercício de 2002, inclusive, efetuando o recolhimento da quantia exigida. No que concerne ao exercício impugnado de 2001, a revisão fiscal reduziu o valor do imposto originalmente exigido. Autuado acata o resultado da revisão fiscal. Infração parcialmente caracterizada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração reconhecida. Rejeitada a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2004, exige ICMS no valor de R\$ 139.549,75 em decorrência das seguintes irregularidades imputadas ao contribuinte:

1) deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.746,98, acrescido da multa de 60%. Consta se referir às vendas com aplicação indevida da Redução da Base de Cálculo, no percentual

de 41,176%, nas vendas para contribuintes não inscritos ou a Consumidor Final, em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº 7799/00 de 09/05/2000, nas notas fiscais constantes dos Demonstrativos anexos.

2) deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, janeiro a dezembro de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.423,21, acrescido da multa de 60%. Consta se referir às vendas com aplicação indevida da Redução da Base de Cálculo, no percentual de 41,176%, nas vendas para pessoas físicas (ambulantes) e pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS (especiais), em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº 7799/00 de 09/05/2000, nas notas fiscais constantes dos Demonstrativos anexos;

3) deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 31.820,61, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a aplicação indevida da Redução da Base de Cálculo, no percentual de 41,176%, sobre mercadorias não contempladas no artigo 1º, c/c os itens 1 a 16 do Anexo único do Decreto nº. 7799/00. Decretos ns. 8.409/02; 8.435/03; 8.548/03, conforme notas fiscais constantes dos Demonstrativos anexos. Consta ainda que, rações – efeitos a partir de 01/01/2003; Cosméticos e perfumaria – efeitos a partir de 29/05/2003;

4) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho de 2001 e junho de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$681,85;

5) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de julho de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 335,80, acrescido da multa de 60%;

6) falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2001 e 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 79.895,60, acrescido da multa de 70%. Consta que no exercício de 2001, a empresa utilizava uma codificação para os produtos até 31/05/2001. A partir de 01/06/2001 o contribuinte substituiu os códigos anteriores por outros para o mesmo produto, modificando também a unidade, que passou de caixas para unidade. Conforme demonstrativos anexos, foram feitos os devidos acertos. Consta ainda que, em virtude da grande quantidade de páginas necessárias para apresentação das infrações, os demonstrativos foram gravados em CD autenticado que segue anexo ao processo, com uma cópia para o contribuinte. Em 2002 a empresa relacionou 2 ou mais produtos em forma de kits promocionais e modificou o código original destes produtos, conforme declaração anexa. Para o levantamento quantitativo de estoque foram consideradas as alterações de códigos e acrescentadas as quantidades referentes a estes kits, de acordo com os demonstrativos anexos.

7) falta de recolhimento do ICMS relativo à operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.645,70, acrescido da multa de 70%.

O autuado, às fls. 247 a 263 (volume 02), apresentou defesa na qual admite a sua intempestividade, afirmando que o termo final ocorreu em 05/11/04 e a sua protocolização em 08/11/04, contudo, alega falha processual por cerceamento de direito de defesa, pela existência de inúmeros equívocos cometidos pelo autuante, além de vício pela não entrega dos demonstrativos referentes ao levantamento quantitativo de estoques, uma vez que substituiu tal obrigação por um “CD

autenticado”. Acrescenta que, em decorrência disso viu-se obrigada a reconhecer e recolher o débito referente aos quantitativos de estoques dos exercícios de 2002 e 2003, por não ter sido possível conferi-los.

Prosseguindo, esclarece que por ser devido reconheceu e efetuou o recolhimento integral da quantia referente às Infrações 04, 05 e 07, e, parcialmente, referente às Infrações 01 e 06.

Ataca a Infração 01, reconhecendo que as operações realizadas com consumidores finais a exigência do débito está correta. No que diz respeito às vendas efetuadas com contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, apesar de admitir haver reduzido indevidamente a base de cálculo e, por consequência, haver calculado a menos o imposto normal, afirma que o ICMS antecipação foi retido e recolhido a mais, não existindo nenhuma diferença quando se faz o cotejo entre o imposto normal e o imposto retido, considerando que ao apurar o imposto antecipado abateu o ICMS da operação normal calculado sem a redução, mas, destacado com a redução.

Reportando-se à Infração 02, afirma ser signatário de Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, constituindo-se um contra-senso e uma injustiça para todos aqueles que formalizaram o referido termo caso venha prevalecer o lançamento fiscal nas vendas realizadas para contribuintes não equiparados a pessoas jurídicas. Apresenta um histórico sobre as diversas alterações ocorridas no Decreto n. 7799/00, para manifestar o entendimento de que seja pessoa natural ou pessoa jurídica, o que prevalece, como visto na evolução da redação do referido decreto, é a condição factual de ser o adquirente contribuinte de ICMS inscrito no CAD/ICMS. Cita a posição doutrinária do Prof. Hugo de Brito Machado, bem como os Acórdãos JF nº 0413-04/04 e 0422/04/04, para reforçar o seu arrazoado.

Referindo-se à Infração 03, sustenta que mesmo tendo ocorrido a redução “indevidamente” da base de cálculo sobre os produtos constantes do item 17 do Anexo único, tais operações foram convalidadas através do artigo 7º do Decreto nº 8.969/04 pelo Estado da Bahia, para os signatários do Termo de Acordo celebrados anteriormente à vigência do decreto.

Quanto à Infração 06, reconhece a exigência referente ao exercício de 2002, insurgindo-se com relação ao exercício de 2001. Afirma que o autuante deixou de relacionar diversas notas fiscais de entradas e saídas nos respectivos levantamentos, as quais identifica nos demonstrativos que anexa aos autos. Acrescenta que, após a inserção das quantidades omitidas no levantamento elaborado pelo autuante, ficou constatada uma omissão de entradas superior às saídas no valor de R\$ 4.538,22, com ICMS devido no valor de R\$ 771,50 e não de R\$ 75.178,28. Registra ainda que, o autuante incorreu em equívoco ao indicar a data de ocorrência 01/01/2001 e não 31/12/2001.

Questiona a nulidade do Auto de Infração, em decorrência do procedimento adotado pelo autuante, que não teria seguido o que determina o RPAF/BA.

Finaliza requerendo o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração com a exclusão integral dos valores relativos às Infrações 02 e 03, parcial dos valores referentes às Infrações 01 e 06 e a manutenção integral dos valores contidos nas Infrações 04, 05 e 07, com os recolhimentos já efetuados.

Na informação fiscal apresentada à fl. 4231 (volume 8), o autuante contesta as alegações defensivas concernentes ao cerceamento do direito de defesa e afirma que o autuado apresenta na defesa cópias de notas fiscais do exercício de 2001, que não constam do arquivo magnético fornecido para a fiscalização, como também nos dados informados no sistema SINTEGRA.

À fl. 4234, consta despacho de encaminhamento do processo à Procuradoria Geral do Estado/PROFIS/Controle da Legalidade, para emissão de parecer no sentido de analisar a defesa apresentada pelo contribuinte fora do prazo.

Às fls. 4235/4236, a ilustre Procuradora da PGE/PROFIS, inicialmente adverte que o poder atribuído à PROFIS para determinar a reabertura do prazo de defesa prevista no artigo 113, §3º, do RAPF/99, não pode ser manejado segundo a vontade exclusiva do procurador, sob pena de restar configurado o exercício arbitrário, somente se legitimando a reabertura do prazo de defesa quando comprovado

vício na intimação, ou qualquer outra circunstância semelhante que conduza ao cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Esclarece não ser esta a hipótese dos autos, haja vista que o autuado dispôs do prazo regulamentar previsto para promoção de sua defesa, bem como porque os seus argumentos acerca do suposto cerceamento do direito de defesa foram satisfatoriamente refutado pelo autuante à fl. 4231.

Prosseguindo, afirma que a solução para o problema enfrentado nestes autos pode residir no controle de legalidade que é feito pela PGE, a qual perquire a compatibilidade (formal e material) do PAF com a legislação de regência, na busca da verdade material como um de seus nortes.

Esclarece que a representação ao CONSEF por detecção de ilegalidade no processo (art. 119, II, §12º, COTEB) deve indicar com clareza a ilegalidade vislumbrada e apontar objetivamente o rumo da nulidade ou da improcedência total ou parcial.

Conclui, baixando o feito em diligência, a fim de que o autuante analise a defesa detalhadamente e os documentos que a acompanham, informando ao final, conclusivamente, se estes ensejam alteração do valor exigido no Auto de Infração, e, em caso afirmativo, refazendo os demonstrativos porventura afetados.

Cumprindo a diligência solicitada pela PGE/PROFIS o autuante à fl. 4238, esclareceu que foi constatado que diversas notas fiscais anexadas na defesa não constavam dos arquivos magnéticos fornecidos para a fiscalização, como também nos dados informados no sistema SINTEGRA. Informou que o contribuinte foi intimado para que retificasse os arquivos incorporando as notas fiscais não constantes dos arquivos magnéticos.

Afirma que ao refazer os cálculos a omissão de saídas de mercadorias detectada no levantamento anterior passou a ser menos do que a omissão de entradas, conforme demonstrativo que anexa.

Refaz o demonstrativo de débito da Infração 06, apresentando o valor de omissão de entradas de R\$ 376.042,42 sobre o qual aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 63.927,21, no exercício de 2001. Já no exercício de 2002 permaneceu a omissão de saídas de mercadorias de R\$ 27.748,94 que aplicada a alíquota de 17% resulta no valor do ICMS de R\$ 4.717,32.

À fl. 4255, consta despacho da PGE/PROIN, encaminhando o PAF após atendimento da diligência, para os fins especificados à fl. 4236, bem como encaminhamento à Assessoria Técnica da PROFIS, para análise e pronunciamento.

Através do Parecer PROFIS/PGE nº. 99/05, o ilustre parecerista apesar de dizer que o procedimento adotado pelo autuante, no tocante à seleção de omissão de entradas como a nova base de cálculo do ICMS relativamente ao exercício de 2001 (infração 06), está conforme a Portaria 445/98, aponta a existência de equívocos nos cálculos feitos pelo autuante, considerando que este utilizou os preços médios unitários de saídas quando a mudança determina a adoção de preços médios unitários de entradas.

Acrescenta que, como o PMU de entradas serão sempre inferiores ao das saídas o valor da omissão de entradas será reduzido com relação ao valor apurado pelo autuante.

Conclui sugerindo que o próprio autuante refaça seus levantamentos, apontando, ao final, o imposto que entender como devido.

À fl. 4261, consta despacho da PGE/PROFIS encaminhando o PAF à INFAZ de origem, solicitando a elaboração de novos levantamentos e a conseqüente determinação do valor do imposto.

À fl. 4263, o Auditor designado para revisar o lançamento, reportando-se à Infração 06, no exercício de 2001, esclareceu que após os devidos ajustes apurou as diferenças apresentadas na planilha “Quantitativos” anexadas aos autos que totalizam omissão de saídas no valor de R\$2.879,54, com ICMS devido no valor de R\$ 489,52 de ICMS.

O autuado à fl. 4970 a 4973 (vol. 9), se manifesta acerca da revisão, acatando o valor de R\$ 489,52, relativo à Infração 06 e reitera as razões defensivas quanto às demais infrações impugnadas.

À fl. 4974, consta parecer intermediário do Inspetor Fazendário, no qual este afirma que apesar de intempestiva, a defesa foi acolhida pela PGE/PROFIS às fls. 4235 a 4237, encaminhando o processo ao CONSEF para julgamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

- 1- deixou de recolher ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas vendas para contribuintes não inscritos ou a consumidor final, em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº 7799/00 de 09/05/2000;
- 2- deixou de recolher ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas vendas para pessoas físicas (ambulantes) e pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS (especiais), em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº 7799/00;
- 3- deixou de recolher ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sobre mercadorias não contempladas no artigo 1º, c/c os itens 1 a 16 do Anexo único do Decreto nº 7799/00;
- 4- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento;
- 5- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
- 6- falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.
- 7- falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado.

Inicialmente, verifico que o autuado suscita a nulidade do lançamento de ofício por existência de cerceamento de direito de defesa, em decorrência da não entrega dos demonstrativos em papel, mas, através de “CD”, o que segundo alega determinou a protocolização intempestiva da peça de defesa e está em desacordo com o RPAF/99.

No que concerne à nulidade questionada pelo contribuinte, entendo que, no presente caso, com a revisão fiscal realizada por fiscal estranho ao feito e a nova manifestação do contribuinte que, inclusive, acatou o resultado da revisão, qualquer possibilidade de ofensa ao princípio da ampla defesa e o contraditório foi espancada, não sendo aplicável à espécie a previsão contida no artigo 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

Quanto à questão da intempestividade da defesa, a meu ver, os procedimentos que se seguiram após a primeira intervenção da PGE/PROFIS legitimaram a regular tramitação do processo, conforme registro abaixo:

- despacho de encaminhamento do processo à Procuradoria Geral do Estado/Profis/Controle da Legalidade, para emissão de parecer no sentido de analisar a defesa apresentada pelo contribuinte fora do prazo;

- parecer da ilustre Procuradora da PGE/PROFIS, inicialmente advertindo que o poder atribuído à PROFIS para determinar a reabertura do prazo de defesa prevista no artigo 113, §3º, do RAPF/99, somente se legitima quando comprovado vício na intimação, ou qualquer outra circunstância semelhante que conduza ao cerceamento do direito de defesa do contribuinte; - conversão do processo em diligência, a fim de que o autuante analisasse a defesa detalhadamente e os documentos que a acompanham, informando ao final, conclusivamente, se estes ensejariam alteração do valor exigido no Auto de Infração, e, em caso afirmativo, refazendo os demonstrativos porventura afetados;
- cumprimento pelo autuante da diligência solicitada pela PGE, com o refazimento dos cálculos referentes à Infração 06;
- despacho da PROIN, encaminhando o PAF, após atendimento da diligência pelo autuante, para os fins especificados à fl. 4236, bem como encaminhamento à Assessoria Técnica da PROFIS, para análise e pronunciamento;
- emissão do Parecer PROFIS/PGE nº 99/05, no qual o ilustre parecerista sugere que o próprio autuante refaça seus levantamentos, considerando o preço médio unitário de entradas e não de saídas, em decorrência da omissão apurada;
- despacho da PGE/PROFIS encaminhando o PAF à INFAZ de origem, solicitando a elaboração de novos levantamentos e a conseqüente determinação do valor do imposto;
- designação de Auditor Fiscal estranho ao feito para realizar revisão fiscal, que resultou no ICMS exigido na Infração 06, exercício de 2001, no valor de R\$ R\$ 489,52;
- manifestação do autuado sobre o resultado da revisão, acatando o valor de R\$ 489,52, relativo à Infração 06, e reiterando as razões defensivas quanto às demais infrações impugnadas;
- parecer intermediário do Inspetor Fazendário, no qual este afirma que apesar de intempestiva a defesa foi acolhida pela PROFIS e encaminha o PAF ao CONSEF, para julgamento.

Assim, ultrapassada a discussão sobre a legitimidade da defesa, verifico da análise da peça defensiva que, o autuado reconhece e efetua o recolhimento integral da quantia referente às Infrações 04, 05 e 07, e reconhece parcialmente as Infrações 01 e 06, efetuando também o recolhimento da parte reconhecida, conforme comprovantes de recolhimentos anexados aos autos. Ataca integralmente as Infrações 02 e 03.

No que concerne à Infração 01, que cuida da falta de recolhimento do ICMS referente às operações de saídas de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas vendas para contribuintes não inscritos ou a consumidor final, em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº. 7799/00 de 09/05/2000, observo que o autuado reconhece como correta a exigência fiscal relativa às operações realizadas com consumidores finais.

Insurge-se contra a exigência referente às vendas efetuadas com contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, apesar de admitir haver reduzido indevidamente a base de cálculo. Alega a seu favor que não houve nenhum prejuízo ao Erário estadual, pois, no cálculo do imposto normal, o ICMS antecipação foi recolhido a mais, não existindo nenhuma diferença quando se faz o cotejo entre o imposto normal e o imposto antecipado, considerando que ao apurar o imposto antecipado abateu o ICMS da operação normal calculado sem a redução, mas, destacado com a redução.

A meu ver, a alegação defensiva de não ter causado prejuízo ao Erário não pode ser analisada simplesmente pelo aspecto valorativo, haja vista que este confunde as operações que realizou como se todas fossem obrigações próprias, somando as parcelas do imposto devido pela realização da operação própria – ICMS normal – e o imposto relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelo adquirente – ICMS antecipado –, devido pelo contribuinte não inscrito.

Efetivamente, somando-se as parcelas na forma descrita na peça defensiva, o total da receita tributária não sofre alteração, sendo correta a afirmativa do autuado.

Contudo, há que se observar que o autuado quando retém o imposto do contribuinte não inscrito, atua como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, valendo dizer que, está retendo o imposto devido na operação subsequente realizada pelo adquirente. Portanto, não há que se falar em operação própria, neste caso.

A título de esclarecimento, transcrevo abaixo o artigo 8º, inciso I, da Lei nº. 7.014/96, que trata da responsabilidade acima reportada:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;”.

Observo que na peça defensiva o autuado admite que, o ICMS antecipação foi recolhido a mais, não existindo nenhuma diferença quando se faz o cotejo entre o imposto normal e o imposto antecipado, considerando que ao apurar o imposto antecipado abateu o ICMS da operação normal calculado sem a redução, mas, destacado com a redução.

Ora, se o ICMS antecipado foi recolhido a mais, conforme afirma o próprio autuado, evidentemente que, o valor excedente poderá ser objeto de pedido de restituição por parte do contribuinte substituído, nos termos do artigo 9º, Parágrafo único, da Lei 7.014/96, c/c o artigo 73, §1º, do RPAF/99, abaixo transcritos:

“Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Parágrafo único. O encerramento da fase de tributação referido neste artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção.”

“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

§ 1º É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.”

Assim, entendo assistir razão ao autuante quanto a este item da autuação, haja vista que o contribuinte utilizou indevidamente a redução da base de cálculo, calculando a menos o ICMS normal, ao aplicar a redução de 41,176%, prevista no Decreto nº. 7.799/00, não podendo prosperar a sua pretensão, pela impossibilidade de compensação do imposto devido pela operação própria com o imposto devido por antecipação pelo contribuinte substituído.

No respeitante à Infração 02, que trata de falta de recolhimento do ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas vendas para ambulantes e pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS (especiais), em desacordo com o artigo 1º do Decreto nº. 7.799/00, entendo assistir razão ao autuante, haja vista que nos exercícios de 2000 e 2001, o referido Decreto alcançava exclusivamente as operações de saídas internas, *destinadas a pessoa jurídica contribuinte do ICMS*, conforme se verifica na transcrição abaixo do artigo 1º, inclusive, com o histórico das diversas alterações efetuadas e anotações respectivas, constando na Nota 1, que a redação original teve efeitos até 26/12/02:

“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, 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:

Nota 3: A redação atual do caput do art. 1º foi dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03.

Nota 2: Redação anterior dada ao caput do art. 1º pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/02, DOE de 27/12/02, efeitos de 27/12/02 a 31/12/02:

"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, aos seguintes percentuais de faturamento:"

Nota 1: Redação original, efeitos até 26/12/02:

"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, 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:"

Assim, este item da autuação é totalmente subsistente.

Quanto à Infração 03, falta de recolhimento do ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sobre mercadorias não contempladas no artigo 1º, c/c os itens 1 a 16 do Anexo único do Decreto nº. 7799/00, verifico que assiste razão ao autuado quando sustenta que tais operações foram convalidadas através do artigo 7º do Decreto nº. 8.969/04 pelo Estado da Bahia, para os signatários do Termo de Acordo celebrados anteriormente à vigência do decreto, conforme transcrito abaixo:

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

Portanto, considerando que o autuado é signatário de Termo de Acordo referente ao Decreto nº. 7.799/00, desde o ano de 2000, conforme informação constante no INC –Informações do Contribuinte da SEFAZ, este item da autuação é totalmente insubsistente.

No que tange à Infração 06, que cuida de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, verifico que a revisão fiscal reduziu o ICMS exigido no exercício de 2001 para R\$ 489,52, inclusive, com a mudança da maior expressão monetária que inicialmente apresentou omissão de saídas e, após a revisão, omissão de entrada, tendo o autuado acatado o valor apurado. Assim, este item da autuação é parcialmente subsistente.

Diante do exposto, as Infrações 1, 2, 4, 5 e 7 são totalmente subsistentes, a Infração 3 insubsistente, e a Infração 6, parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cabendo a homologação da quantia recolhida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293872.0032/04-6, lavrado contra **MIX DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 33.040,38**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 19.187,84 e 70% sobre R\$13.852,54, previstas no art. 42, II “a”, “f” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

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, 11 de junho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR