

A. I. N.^º - 298629.0047/10-8
AUTUADO - A GOMES & IRMÃOS LTDA.
AUTUANTE - IARA ANTONIA DE OLIVERA ROSA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 06.04.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N^º 0059-02/11

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. Ficou demonstrado que as saídas realizadas para pessoa jurídica sem inscrição estadual, utilizadas no cálculo do percentual, foram realizadas para o uso e consumo de instituições de ensino, instituições financeiras e clínica médica. Foram consideradas as vendas para pessoa física no cálculo do percentual mínimo para efeito do benefício constante do Dec. 7799/00, na informação fiscal, portanto, após a constituição do lançamento de ofício, resultando em um valor do crédito tributário ajustado maior do que o exigido originalmente. Mantidos os meses com os ajustes realizados pela autuante e excluídos os demais. Reduzido o valor reclamado. Infração parcialmente subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Foram excluídas da exigência as operações de saídas destinadas a pessoa física. Reduzido o valor exigido. Infração subsistente em parte. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. O autuado, apesar de alegar, não identificou quais eram os erros constantes do levantamento e não anexou nenhum documento comprobatório para averiguação do mesmo, devendo ser mantida a infração com base no art. 142 do RPAF/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2010, para exigir o crédito tributário no valor de R\$521.749,19, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01 – recolheu a menos o ICMS no valor de R\$460.204,06 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60%. Consta que o sujeito passivo fez uso indevido do benefício do Termo de Acordo do Dec. 7799/00, nas saídas dos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho, outubro e dezembro de 2007 e nos meses de janeiro, março, abril, setembro, outubro e dezembro de 2008, por não ter atingido percentual mínimo do valor global das saídas destinadas a contribuinte do ICMS.

Infração 02 - deixou de proceder à retenção do ICMS no valor de R\$ 56.892,14 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Multa de 60%;

Infração 03 - falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas nominais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis nos exercícios de 2007 e 2008. ICMS no valor de R\$ 4.651,99, multa de 70%.

O autuado, às fls. 304 a 324 dos autos, apresenta a impugnação ao lançamento afirmando que a autoridade fiscal não possui atribuição funcional para afastar o regime de tributação previsto no Termo de Acordo, conforme expressa dicção do art. 7º do Decreto nº 7799/00, razão pela qual a infração é nula de pleno direito.

Argumenta que é atacadista e somente aproveita o regime quando vende a contribuinte do ICMS, não o fazendo nas demais situações, de modo que não se pode falar em prejuízo econômico ao Estado da Bahia ou concorrência desleal com os varejistas e requer que seja afastada a exigência do percentual de 65%.

Entende que deve ser aplicado o princípio da razoabilidade, excluindo-se da autuação os meses em que a diferença percentual é insignificante.

Afirma que atingiu o percentual de 65% em diversos meses atuados, nos termos dos § 3º e 4º do art. 1º do Decreto nº 7799/00.

Consigna que deve ser aplicada a regra aritmética de arredondamento para dois dígitos, considerando que o Decreto 7799/00 também prevê percentual de dois dígitos (65%). Assim, o percentual igual ou superior a 64,5% deve ser arredondado para 65%.

Alega que a fiscalização deveria ter considerado o regime do Decreto 7.799/00 proporcionalmente à diferença percentual não atingida.

Alinha que a Fiscalização desconsiderou o regime para o cálculo do débito do imposto, mas não aproveitou a integridade do crédito fiscal.

Quanto à infração 02, afirma que as vendas relacionadas na infração não foram a contribuintes do imposto, mas a consumidores finais (pessoas físicas) de modo que não há qualquer obrigação de retenção e recolhimento do imposto por substituição.

Afirma, quanto à infração 03, que as diferenças apuradas são relativamente pequenas se comparadas com o volume de saídas do estabelecimento. Acredita a impugnante que esta diferença decorre de erro no preenchimento do Sintegra, de onde foram extraídos os dados do levantamento.

A autuante, às fls. 340 a 345 dos autos, apresenta a informação fiscal, reproduzindo, quanto à infração 01, a alegação do autuado de que o preposto fiscal não possui competência funcional para determinar a perda do regime previsto no Decreto 7799/00, atribuição exclusiva do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte, conforme os arts. 7º e 7º-A do referido decreto, pois a autuante antes de exigir o imposto pelo regime normal de apuração, deveria representar ao Diretor de Administração Tributária, informando o descumprimento de um dos parâmetros previstos no Termo de Acordo e que apenas após a manifestação do Diretor de Administração Tributária, passa a Autoridade Fiscal a ter autorização para afastar a aplicação do Termo de Acordo. Para embasar suas alegações o contribuinte apresenta decisões do CONSEF sobre nulidade de desenquadramento do regime simplificado de apuração SimBahia.

Quanto a esta alegação, informa que o Decreto 7799/00 é um benefício fiscal com a redução da base de cálculo concedido pelo Governo do Estado da Bahia para atacadista localizado neste Estado que celebra o termo de acordo e obedeçam as condições nele propostas. O Decreto 7.799/00 não trata de mudança de regime de apuração de imposto. Então o atuado não pode alegar que antes da exigência do imposto pelo regime normal de apuração, deveria ser representado ao

Diretor de Administração Tributária, pois neste caso não se trata de mudança de regime de apuração e sim, o não cumprimento de condição imposta pelo art. 1º e inciso I do citado decreto, que passa a transcrever:

“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:

I – 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício seja igual ou inferior a R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);” (grifo nosso)”.

Observa que, em nenhum momento, a autuante determina o desenquadramento do contribuinte do tratamento tributário previsto no art. 7º do citado Decreto. Entende que só foi cobrada à diferença do imposto nos meses em que não foi alcançado o percentual mínimo exigido e nos meses em que o atuado atingiu o percentual afirma que não houve cobrança do ICMS.

No que se refere à alegação de afastar a exigência do percentual de 65%, informa que por não constituir matéria de sua competência de discussão, não é possível emitir nenhuma informação. Para a alegação do autuado de que não se pode falar em prejuízo econômico ao Estado da Bahia ou concorrência desleal com os varejistas, aduz não podem ter deixado de efetuar vendas a não contribuinte para atingir o percentual mínimo exigido do Decreto 7799/00.

Em relação à exclusão da autuação nos meses em que a diferença percentual é insignificante, a aplicação da regra aritmética de arredondamento para dois dígitos, no qual o percentual igual ou superior a 64,5% deve ser arredondado para 65% e a perda do benefício proporcionalmente à diferença percentual não atingida, informa que o Decreto 7799/00 não contempla nenhuma destas hipóteses, ou seja, não existem previsões destas situações no referido Decreto.

No que se refere à alegação da não aplicação do §4º do art. 1º do Decreto 7.7799/00, aduz o autuante que foram utilizadas todas as saídas para o não contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial na soma destinadas à venda para contribuintes do ICMS, conforme determina o § 3º e 4º do citado Decreto, para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no art. 1º inciso II do Decreto 7.799/00. Isto pode ser verificado no anexo II e VI, relação de vendas a não contribuinte de 2007 e 2008, gravado em CD constante na fl. 14 deste PAF, no qual só está relacionada pessoa jurídica não inscrita no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

No que diz respeito à alegação da não utilização dos estornos de crédito realizados pelo contribuinte em virtude da limitação determinada pelo art. 6º do decreto 7799/00, afirma que foi verificado que realmente, no cálculo da infração, esses créditos não foram utilizados. Estes créditos serão utilizados no novo cálculo da Infração 01, demonstrado no item 3.1.

Quanto à infração 02, após alinhar que a alegação do autuado, de que as vendas relacionadas na infração não foram a contribuintes do imposto, mas a consumidores finais (pessoas físicas) de modo que não há qualquer obrigação de retenção e recolhimento do imposto por substituição, afirma que essa infração é composta das vendas do autuado para empresas inaptas e para pessoas físicas na qual o autuado emitiu a nota fiscal, e deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

Aduz, ainda, que durante a execução da ação fiscal foi apresentado ao contribuinte um demonstrativo de cálculo do percentual mínimo exigidos no Decreto 7799/00 para obtenção da redução na base de cálculo de 41,176%. Neste cálculo, consigna que foram consideradas como saídas destinadas a não contribuintes o seguinte: as vendas a pessoa jurídica sem inscrição

estadual, as vendas através de cupom fiscal e as vendas a pessoa física com a emissão de nota fiscal.

Destaca que o autuado alegou, na época, que as vendas efetuadas para as pessoas físicas na qual eram emitidas as notas fiscais deveriam ser contabilizadas nas vendas a contribuinte para o cálculo do percentual mínimo exigidos no referido decreto, pois essas aquisições feitas pelas pessoas físicas eram para revenda.

Assegura que na análise destas vendas foi verificado que sempre havia ou uma habitualidade da compra ou o grande volume de mercadorias e que o Decreto 7799/00, no seu art. 1º diz que “....poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e seis milésimos por cento) desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, ...” e o Art. 36 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia diz “Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Argumenta que, tendo em vista que o conceito de contribuinte no Regulamento do ICMS torna-se o entendimento subjetivo, pois o mesmo regulamento não define o que seja habitualidade ou que volume caracteriza intuito comercial e o princípio do geral do direito in dúvida pro réu, resolveu acatar a alegação do contribuinte e considerar as vendas para pessoas físicas como saídas para contribuintes do ICMS. Em consequência, foi cobrada do autuado a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme determina o art. 39, inciso VIII do RICMS/BA.

Afiram que o autuado, agora na defesa, alega ser a infração improcedente, pois as vendas não se destinam a contribuintes do ICMS, mas a pessoas físicas e que independente da quantidade de mercadorias adquiridas pela pessoa física, a presunção é sempre de que ela não é contribuinte do imposto, mas consumidoras finais.

Diante do novo entendimento do autuado, continua o autuante, e da subjetividade do conceito de contribuinte do RICMS/BA, reconhece a improcedência parcial da infração, retirando do cálculo do ICMS por substituição, todas as saídas para pessoas físicas. Apresenta o novo valor da infração nº 02, após os ajustes, de R\$ 16.780,50.

Em consequência, continua o autuante, desta decisão, afirma que as vendas para pessoas físicas serão consideradas como saídas para não contribuintes e o cálculo do percentual mínimo exigido no Decreto 7799/00, na infração 01 será refeito.

Consigna que, tendo em vista o novo entendimento de que as vendas a pessoas físicas, com emissão de notas fiscais, não foram a contribuintes do ICMS, o autuante realizou novos cálculos, considerando esse fato, para a exigência do alcance do percentual de 65% do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS. Em consequência disto, complementa, a empresa não atingiu o percentual mínimo exigido no Decreto 7799/00 nos meses de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2007 e no ano de 2008 nos meses de janeiro a maio e julho a dezembro. O novo valor da infração 01 para R\$ 785.843,74.

Aponta que os novos demonstrativos, relações e planilhas de cálculos relativos a as infrações 01 e 02, estão armazenados em mídia eletrônica anexada a este PAF, com as seguintes denominações: anexo XIX – Novo Rel. Dec.7799 00_percentual mínimo 2007;anexo XX – Novo Rel. Venda não contribuinte 2007;anexo XXI – Novo Rel. Redução indevida da base de cálculo 2007_Dec. 7799; anexo XXII – Nova Retenção Inaptos 2007; anexo XXIII – Novo Rel. Dec.7799 00_percentual mínimo 2008; anexo XXIV – Novo Rel. Venda não contribuinte 2008; anexo XXV – Novo Rel. Redução indevida da base de cálculo 2008_Dec. 7799; anexo XXVI – Nova Retenção Inaptos 2008; anexo XXVII – Demonstrativo de débito da infração nº 01 com estorno de débito.

Em relação à infração 03, afirma que o autuado entende que a omissão de saída apurada no quantitativo de estoque decorre de erro no preenchimento do Sintegra, de onde foram extraídos os dados do levantamento, porém, o autuado não identificou quais eram os erros e não anexou nenhum documento comprobatório para averiguação do mesmo.

Conclui que o valor do débito foi alterado para R\$ 785.843,74 na infração nº 01; R\$ 16.780,50 na infração nº 02 e mantido o mesmo valor para a infração nº 03, razão pela qual reconhece a procedência parcial do auto de infração.

O autuado, às fls. 371 a 380, volta a se manifestar afirmando que o art. 7º do Decreto nº 7799/00, que determina a prévia representação ao Diretor de Administração Tributária, em nenhum momento fala em “mudança de regime de tributação”. Trata de desenquadramento do “tratamento tributário previsto no Decreto”, ou seja, perda do benefício previsto no art. 1º, exatamente como se operou no presente caso. Entende que a denúncia do termo de acordo nada tem a ver com mudança do regime de tributação, mas sim de perda de benefício fiscal. Afinal, se o Diretor tem competência exclusiva para conceder o benefício, tem a competência exclusiva para determinar a perda do tratamento.

Reproduz a alegação da autuante de que não deve observar o art. 7º-A do Decreto, pois não desenquadrou o contribuinte do tratamento tributário. Afirma que se quer passar a idéia de que o desenquadramento é uma situação definitiva, enquanto afastamento do benefício é algo temporário. No entanto, argumenta o autuado, se a Auditora retornar ao estabelecimento do contribuinte e novamente observar o tal descumprimento do art. 1º nos exercícios seguintes, segundo os seus critérios, irá novamente afastar o benefício, cobrando todo o período, violando a segurança jurídica, devendo-se concentrar a atribuição de decretar a perda do benefício àquela autoridade que o concedeu. Segundo o impugnante esta é lógica e é isso que determina o art. 7º-A.

Requer, diante do exposto, a nulidade da infração 01.

Quanto ao mérito, a impugnante defende que o conceito de contribuinte do ICMS é algo completamente aberto, de difícil precisão, de modo que no cálculo do percentual dever-se-ia contemplar as vendas a todos os possíveis contribuintes do ICMS.

Alude que a autuante ao comentar a infração 02 do Auto de Infração, confirma que o termo “contribuinte” do ICMS, de fato, é algo impreciso e que demanda uma interpretação subjetiva, tanto que ela própria considerou pessoas físicas sem inscrição estadual como contribuintes do imposto.

Argumenta que, em face das palavras da Autuante, não há como negar que as razões defensivas foram acatadas e não há, de fato, um critério rígido para determinação do que é contribuinte do ICMS. Argumenta que, neste caso, a própria Auditora considerou pessoas físicas sem inscrição estadual como contribuintes, mas poderia considerar também uma pessoa jurídica não inscrita que promova importação. Entende que não é a inscrição estadual que caracteriza um contribuinte, mas a sua atividade e as operações que eventualmente promova.

Conclui está provado que a condição correspondente ao percentual mínimo de vendas “a contribuintes” é insubstancial e sequer se sustenta nos termos do RICMS. Sendo assim, deve ser afastada, em nome da segurança jurídica e – porque não – do princípio do *in dubio pro reo*, citado pela Autuante.

Argumenta que a infração 01 deve ser nula por ferir o art. 18 do RPAF ou essa mesma infração deve ser julgada improcedente, reconhecendo-se a insubstancialidade, pois sequer se sustenta nos termos do RICMS/BA.

Afirma ter demonstrado também que o Decreto nº 7799/00 autoriza a inclusão de vendas de material de papelaria e escritório a não-contribuintes no benefício do art. 1º, inclusive para fins de cálculo do percentual de vendas a contribuintes, nos termos dos §§ 3º e 4º.

Nesse sentido, assegura ter elaborado um demonstrativo relacionando as vendas de material de papelaria e escritório a não-contribuintes (pessoa jurídica), alcançando o percentual de 65% em diversos meses.

Consigna que, sobre este ponto da defesa, a Autuante somente informou que incluiu no percentual de vendas todos os não-contribuintes inscritos no CAD-ICMS. Ocorre que a alegação defensiva não foi abordada, ou seja, a inclusão no cômputo do percentual das vendas de material de escritório e papelaria para não-contribuinte sem inscrição no CAD-ICMS.

Argui que, se a própria Autuante considerou como contribuintes do ICMS pessoas físicas não inscritas no CAD-ICMS, como se negar esta lógica aos não-contribuintes, cuja inscrição estadual é ato de mera formalidade, sem qualquer repercussão tributária. Em outras palavras, continua o autuado, se é possível incluir “contribuintes” não inscritos no CAD-ICMS no cômputo do percentual, também é possível incluir não-contribuintes neste cômputo, desde que reúnam as condições estabelecidas nos §§3º e 4º do art. 1º, é dizer, seja venda de material de papelaria e escritório.

Reitera seus argumentos nesse sentido, seguindo a mesma lógica que norteou a Auditora em relação às vendas a pessoas físicas não inscritas no CAD-ICMS.

A impugnante requer que os créditos sejam apurados no demonstrativo original do débito da infração 01 e não no demonstrativo apresentado na informação, que majora o débito em total desconformidade com o RPAF e com a jurisprudência deste CONSEF.

Quanto à majoração da infração 01, assegura não ser possível no curso do PAF, especialmente em sede de informação fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF. Entende que, este débito “suplementar” somente pode ser cobrado por meio de novo lançamento tributário, onde se disponibilize todos os meios de defesa a ele inerentes, como prazo de defesa de 30 dias, entre outros, alinhando decisões sobre a matéria como o Acórdão JJF Nº 0485/01-03; Acórdão CJF Nº 0216-11/036.

Pelo exposto, requer que o novo demonstrativo seja desconsiderado pela Junta de Julgamento, pedindo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 383 a 384, afirma que a dúvida no cálculo do percentual mínimo exigido no Dec. 7799/99 só ocorreu em relação à venda efetuada a pessoa física com emissão de nota fiscal, no qual, já foi devidamente abordado na infração fiscal.

Aduz que, quanto às saídas realizadas para pessoa jurídica sem inscrição estadual utilizadas no cálculo do percentual, não rege dúvida alguma de que são vendas realizadas a não contribuinte.

Alinha que tais vendas foram realizadas a instituições de ensino, instituições financeiras, clínica médica etc., conforme anexo I gravado em mídia anexa a fls. 337. Conclui que as aquisições feitas por essas instituições fora destinadas ao consumo e não com o intuito de comercialização.

Afirma não caber a alegação de que os §§ 3º e 4º do art. 1º do Dec. 7799/00 autorizam a inclusão de vendas de material de papelaria e escritório a não contribuintes no benefício do art. 1º para fins de cálculo do percentual de vendas a contribuintes. Consigna a autuante que, na verdade, tais dispositivos §§ 3º e 4º do art. 1º do Dec. 7799/00, determinam a inclusão das operações internas destinadas a não contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS da Bahia, na condição de especial, desde que o estabelecimento que realiza a venda esteja inscrito no aludido cadastro sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo único desse decreto. Assegura que essa inclusão foi devidamente feita no cálculo do percentual mínimo exigido no mencionado decreto, conforme demonstrar os Anexos XIX, XX, XXII e XXIV, gravados em mídia anexada à fls. 362.

Em relação à infração 01, afirma que se for julgado procedente será lavrado um Auto de Infração complementar de acordo com o art. 156 do RPAF/BA.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 03 infrações, por descumprimento da obrigação principal, já devidamente relatadas.

Não pertence razão ao autuado quando argui nulidade da infração 01, sob o argumento de que não cabia competência ao autuante para desenquadrá-lo do regime previsto pelo Decreto nº 7799/00, pois não houve o aludido desenquadramento, visto que o autuado continuou usufruindo o benefício nos meses em que atendeu às condições do aludido ato normativo, restando à exigência do ICMS apenas nos meses em que não foi alcançado o percentual mínimo previsto, condição necessária para a obtenção do benefício fiscal em lume, bem como continuou a usufruir do benefício nos demais meses seguintes ao período fiscalizado. A autuante reclamou o imposto apenas nos períodos em que o contribuinte não tinha direito ao benefício, não podendo se falar em desenquadramento. Assim, cabe competência a autuante para exigir o crédito tributário que o autuado deveria ter recolhido aos cofres do Estado e não o fez sob o amparo de um benefício condicionado cuja condição não atendeu, ou seja, utilizou um benefício fiscal que não tinha direito, uma vez que só tinha direito a redução da base de cálculo, prevista no aludido decreto, nos meses que alcançava o percentual previsto de vendas a contribuintes. A segurança jurídica foi garantida na medida em que o aludido decreto fixa claramente as condições para a concessão do benefício, bem como as questões sobre a inclusão ou exclusão dos contribuintes e não contribuintes foram sanadas pela autuante em suas informações fiscais, conforme será contemplado no exame do mérito.

Em consonância com a autuante, entendo que, mesmo havendo uma diferença abaixo dos 65%, não há previsão no Decreto 7799/00 para se considerar satisfeita a condição do benefício, bem como aplicar proporcionalidade da diferença percentual não atingida ou aproximações. É importante lembrar que os benefícios fiscais são contemplados com a interpretação restritiva, conforme previsão do art. 111 do CTN.

Verifico que o autuante, acertadamente, acolhe o argumento do autuado de que as vendas destinadas a pessoas físicas não podem ser consideradas como destinadas a contribuintes com a exigência do imposto por substituição tributária, constante da infração 02, razão pela qual a autuante excluiu essas operações da infração 02, ou seja, não os considerou mais contribuintes em razão do volume das operações e acrescentou tais vendas como a não contribuintes para efeito do cálculo do percentual de 65% das vendas a contribuintes exigido pelo Decreto 7799/00, para concessão do já mencionado benefício, até por que não havia como demonstrar concretamente a sua condição de contribuinte.

Em consequência desse remanejamento a autuante apurou que o a impugnante não atingiu o percentual mínimo previsto no Decreto 7799/00 nos meses de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2007 e no ano de 2008 nos meses de janeiro a maio e julho a dezembro. A autuante refez os demonstrativos e apurou um novo valor da infração 01 de R\$ 785.843,74.

Ficou demonstrado, também, pela autuante, que às saídas realizadas para pessoa jurídica sem inscrição estadual utilizadas no cálculo do percentual, foram destinadas à instituições de ensino, instituições financeiras, clínica médica etc., conforme anexo I gravado em mídia anexa à fls. 337, aquisições destinadas ao consumo e não com o intuito de comercialização.

Os §§ 3º e 4º do art. 1º do Dec. 7799/00, diferente do que alega o autuado e em consonância com a autuante, não autorizam a inclusão de vendas de material de papelaria e escritório a não contribuintes no benefício, determinam a inclusão das operações internas destinadas a não contribuinte do ICMS inscrito no CAD-ICMS da Bahia, na condição de especial, desde que o estabelecimento que realiza a venda esteja inscrito no aludido cadastro sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo único desse decreto, inclusões essas que foram feitas no cálculo do percentual mínimo exigido no mencionado

decreto, conforme demonstrar o autuante através dos Anexos XIX, XX, XXII e XXIV, gravados em mídia anexada à fls. 362.

Ocorre que o valor original da infração 01 é de R\$ 521.749,19 e foi modificado pela autuante, conforme já exposto, para R\$ 785.843,74, após a informação fiscal. Tal diferença entre a exigência original e a resultante da informação fiscal, resultante, essencialmente, da inclusão das vendas para pessoas físicas no cálculo, contudo, não pode ser reclamado no presente lançamento de ofício, pois a diferença a mais encontrada se trata de um valor que não foi alvo do presente lançamento, indo além do elemento quantitativo do fato gerador foi apurado, só podendo ser exigida mediante um novo Auto de Infração.

Considerando o novo demonstrativo, à fl. 361, em que foram devidamente deduzidos os estornos de créditos efetuados pelo autuado, quando entendeu que era beneficiado pela redução da base de cálculo, e, tendo em vista que foram incluídos, no aludido levantamento, meses que não constam do lançamento original, cabe manter os ajustes efetuados pela autuante em relação aos meses originalmente exigidos, excluindo a exigência dos demais meses, conforme demonstrativo a seguir, que reduz o valor da infração 01 para R\$ 433.720,79.

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Julgado (R\$)
03.02.06	1	28/2/2007	9/3/2007	29.873,57
03.02.06	1	31/3/2007	9/4/2007	34.345,11
03.02.06	1	30/4/2007	9/5/2007	18.528,50
03.02.06	1	31/5/2007	9/6/2007	23.171,21
03.02.06	1	31/7/2007	9/8/2007	20.729,39
03.02.06	1	31/10/2007	9/11/2007	40.893,10
03.02.06	1	31/12/2007	9/1/2008	37.938,97
03.02.06	1	31/1/2008	9/2/2008	42.379,81
03.02.06	1	31/3/2008	9/4/2008	29.554,89
03.02.06	1	30/4/2008	9/5/2008	25.446,87
03.02.06	1	30/9/2008	9/10/2008	46.196,57
03.02.06	1	31/10/2008	9/11/2008	40.415,65
03.02.06	1	31/12/2008	9/1/2009	44.247,15
Total				433.720,79

Amparado no que dispõe o art. 156 do RPAF/BA e, tendo em vista a identificação de novos créditos tributários que não cabiam serem reclamados no presente lançamento, resta representação à INFRAZ de origem para instaurar novo procedimento fiscal, com vista à apuração e exigência das aludidas diferença através de um novo Auto de Infração.

A infração nº 02 foi apurada em razão das vendas do autuado para empresas inaptas e para pessoas físicas para as quais o autuado emitiu a nota fiscal e deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

A autuante acolhe, acertadamente, a argüição do impugnante de que as vendas realizadas para pessoas físicas não deveriam ser consideradas como vendas a contribuintes do imposto, mas consumidores finais, até por que não foram apresentados dados consistentes para sustentar que se tratavam de contribuintes. Assim, refaz a autuante o levantamento fiscal, excluindo tais operações, o que resultou em um novo valor a ser exigido da infração nº 02 de R\$16.680,23, conforme apresentado na informação e demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 2

MÊS	2007	2008
1	R\$ 249,78	R\$ 644,19
2	R\$ 364,40	R\$ 1.170,71
3	R\$ 393,41	R\$ 836,67
4	R\$ 432,18	R\$ 456,86
5	R\$ 269,06	R\$ 316,33
6	R\$ 183,29	R\$ 452,89
7	R\$ 323,18	R\$ 1.117,38
8	R\$ 828,07	R\$ 2.360,37
9	R\$ 786,74	R\$ 1.685,33
10	R\$ 718,21	R\$ 633,33
11	R\$ 796,03	R\$ 551,94
12	R\$ 573,63	R\$ 536,25
	R\$ 5.917,98	R\$10.762,25
	TOTAL R\$ 16.680,23	

Em consequência desta decisão, conforme já mencionado na infração 01, as vendas para pessoas físicas foram consideradas como saídas para não contribuintes e o cálculo do percentual mínimo exigido no Decreto 7799/00, na infração 01 foi refeito.

Cabe acolhimento às razões alinhadas pela autuante quanto afirma que o impugnante, quanto à infração 03, não identificou quais eram os erros constantes do levantamento quantitativo e não anexou nenhum documento comprobatório dos mesmos. Assim, mantenho a infração 03, com base no art. 142 do RPAF/BA, *in verbis*:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Diante do exposto, voto pela **PROCÊDENCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **298629.0047/10-8**, lavrado contra **A GOMES & IRMÃOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$455.053,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$450.401,02, e de 70% sobre R\$4.651,99, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “d” e inciso III da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais. Recomenda-se que, através de novo procedimento fiscal, sejam reclamados os valores corrigidos a menos na primeira infração.

Esta Junta 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2011

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR