

PROCESSO - A. I. N° 298629.0048/10-4
RECORRENTE - ABC DISTRIBUIDORA SALVADOR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0005-03/11
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 23/02/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0005-11/12

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. VENDAS A CONTRIBUINTES INAPTOSS E ISENTOS. O tratamento tributário previsto no Decreto n° 7.799/00 se aplica a 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 o citado Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. no mérito decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão epigrafado que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/06/2010 para exigir ICMS no valor de R\$87.014,48, acrescido das multas de 60% e 70%, sendo objeto de reexame apenas a segunda infração abaixo descrita:

“Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo com base no Decreto 7799/00. Vendas efetuadas para contribuintes inaptos e isentos. Período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$59.979,08. Multa de 60%”.

A JJF dirimiu o contencioso sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

“...O defensor impugnou a infração 02, que trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo com base no Decreto 7799/00. Vendas efetuadas para contribuintes inaptos e isentos, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado referente à infração 02, uma vez que a autuação fiscal foi efetuada de acordo com as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

O defensor alega, quanto à infração 02, que a autoridade fiscal não possui competência funcional para determinar a perda do regime previsto no Decreto n° 7.799/00, atribuição exclusiva do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte. Entende que antes de exigir o imposto pelo regime normal de apuração, a autuante deveria representar ao Diretor de Administração Tributária, informando o descumprimento de um dos parâmetros previstos no Termo de Acordo. Apenas após a manifestação do Diretor de Administração Tributária, passaria a autoridade fiscal a ter autorização para afastar a aplicação do Termo de Acordo, ou seja, competência para lançar o crédito tributário desconsiderando a redução da base de cálculo nele prevista.

Observo que não procede a alegação do autuado de que houve sua exclusão do regime de apuração previsto no Decreto 7.799/00, haja vista que a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17% apenas em relação às operações em que se constatou que os destinatários das mercadorias se encontravam na situação de inaptos e isentos, e não se trata de um afastamento temporário do benefício, como entendeu o defensor. Aliás, a autuante assegura que não fez qualquer tipo de desenquadramento, quando diz na

informação fiscal que, efetivamente, não se trata de mudança de regime de apuração. A autuante também informa que em nenhum momento determinou o desenquadramento do contribuinte do tratamento tributário previsto no citado Decreto, e a cobrança refere-se somente à diferença do imposto nas vendas a empresa na situação de inaptos, baixados e isentos.

Vale ressaltar, que o cancelamento da inscrição estadual de contribuinte do ICMS implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição e, conforme estabelece o art. 1º do Decreto 7.799/00, o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a 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 o citado Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Portanto, se alguma operação efetuada não atende as condições estabelecidas para a concessão do benefício fiscal, não se aplica o tratamento tributário somente em relação àquela operação, o que não significa que o contribuinte foi desenquadrado daquele sistema, considerando que as demais operações realizadas no mesmo período e que atendam aos requisitos, são realizadas com a adoção do tratamento tributário previsto.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o defendente alegou que em relação às operações realizadas a contribuintes inaptos, as vendas ocorreram normalmente, para empresas cadastradas como contribuintes do ICMS, que receberam as mercadorias e provavelmente as revenderam, com pagamento do ICMS ao Estado. Portanto, aos olhos da impugnante tratava-se de operação absolutamente normal de venda de mercadoria a contribuinte, sem qualquer anomalia. Diz que apenas, após o encerramento da auditoria, o impugnante tomou ciência de que se tratava de contribuintes inaptos, o que lhe gerou enorme surpresa. Argumenta que efetua inúmeras vendas por mês, aos mais diversos contribuintes, sendo que a verificação da situação cadastral de seus clientes, por muitas vezes, se revela impossível.

O defendente apresenta o entendimento de que o simples fato de estar inaptos no sistema da SEFAZ não implica a perda da qualidade de contribuinte do ICMS. Neste caso, a empresa, mesmo irregular, continua possuindo a sua Inscrição Estadual e, por consequência, tem o dever de registrar a entrada da mercadoria e deverá efetuar o pagamento do ICMS, podendo, inclusive, sofrer fiscalização mesmo em relação ao período de inaptidão. Salienta que a inaptidão cadastral é um fenômeno temporário, que pode ser revertido a qualquer tempo, inclusive de ofício pela própria Secretaria da Fazenda.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que de acordo com o art. 142, incisos I e II do RICMS/BA, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Ademais, tendo sido constatado que foi efetuado cancelamento indevido de alguma inscrição estadual de contribuinte é que a SEFAZ pode reverter de ofício o cancelamento da inscrição, o que não ficou comprovado neste PAF.

Com já foi salientado anteriormente, o cancelamento da inscrição estadual de contribuinte do ICMS implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, e o tratamento tributário previsto no Decreto 7.799/00 somente se aplica a operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Quanto à alegação defensiva de que os contribuintes inaptos efetuaram revenda posterior da mercadoria com pagamento do tributo e que esta presunção de revenda deveria ser elidida pela fiscalização por meio de investigação nos estabelecimentos adquirentes, concordo com a opinião da autuante de que empresas inaptas ou baixadas não podem executar operações de venda, e qualquer emissão de documento fiscal efetuada por estas empresas, este documento será considerado inidôneo, conforme determina o art. 209 inciso VI alínea b do RICMS/97, sendo um contra-senso, o Estado da Bahia conceder benefício fiscal que alcançasse a empresas baixadas ou inaptas.

No que se refere às vendas realizadas a contribuintes isentos, diz que a autuante apurou duas situações distintas, conforme se verifica por meio do anexo I, anexado ao Auto de Infração: a) vendas realizadas a pessoas físicas sem inscrição estadual; b) vendas realizadas a pessoas jurídicas, sem cadastro especial de não-contribuinte, mesmo que atendidas as condições materiais para a concessão do benefício previsto no Decreto 7.799/00. Sobre este tópico, o defendente alega que a legislação não identificou, com precisão, o termo “contribuinte do ICMS”. Entende que não há como se saber o que vem a ser “contribuinte do ICMS”, uma vez

que, em tese, qualquer pessoa física ou jurídica pode ser contribuinte do imposto, já que o seu conceito, previsto na legislação, é algo completamente aberto, de difícil precisão.

Quanto a estas alegações observo que a Lei do ICMS nº 7.014/96, de 04/12/1996, define contribuinte no seu art. 5º:

Art. 5º 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.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I - importe mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira ou arremate em licitação mercadoria ou bem apreendidos ou abandonados;

IV - adquira de outra unidade da Federação lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e energia elétrica, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)

Entendo que não assiste razão ao autuado quanto às suas alegações relativas ao conceito de contribuinte estabelecido na legislação, haja vista que no caso do tratamento previsto no Decreto 7.799/00, não basta ser contribuinte no sentido amplo, há uma condição específica que não depende da interpretação do que seja contribuinte, considerando que o art. 1º do Decreto 7.799/00 estabelece que o tratamento tributário previsto no mencionado decreto se aplica a 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 o citado Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, sendo considerado contribuinte do ICMS de acordo com a interpretação apresentada pelo deficiente, somente se aplica o benefício fiscal a contribuintes que estejam inscritos no CAD-ICMS. No caso em exame, a exigência fiscal se refere a pessoas físicas e jurídicas não inscritas no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia e com inscrição cancelada, conforme anexos I (fls. 14 a 19), III (fls. 24 a 62 e VI (fls. 67 a 111 do PAF).

Vale repetir, que o Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. A utilização do tratamento tributário previsto neste Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, e dentre as vedações à utilização deste benefício fiscal, encontra-se a operação de saída de mercadoria a consumidor final. Portanto, não se aplica a operações realizadas a pessoas físicas e jurídicas sem inscrição estadual.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário restringindo-se a devolver a este Colegiado o reexame e julgamento da segunda infração. Invoca, de início, equívocos constantes na Decisão recorrida em face do suposto cancelamento da inscrição como contribuinte destinatário das mercadorias por si comercializadas, e que, segundo o Relator de 1º grau, os contribuintes que tenham a inscrição estadual cancelada, devem ter igual tratamento dispensado àqueles sem inscrição estadual, para efeito de aproveitamento de benefício de redução da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/2000.

Mas que, ao reverso, no caso presente, discute-se sobre a possibilidade ou não de aproveitamento desse benefício, relacionado a contribuintes inaptos ou isentos, o que é distinto dos contribuintes com inscrição estadual tendo demonstrado em sua impugnação que a inaptidão cadastral é um fenômeno temporário que pode ser revertido a qualquer tempo, inclusive, de ofício, pela própria SEFAZ, tanto que a situação cadastral de outros contribuintes – que ali passou a citar-, constam como ativos no sistema da SEFAZ-BA.

Argumenta que o cancelamento, por sua vez, é situação definitiva, que para ser revertida se faz preciso requerimento para nova inscrição no cadastro do ICMS, o que não é o caso dos autos, daí que restou comprovado que o simples fato de estar inapto nesse sistema não resulta dizer que houve o cancelamento da sua inscrição estadual e nem a perda da qualidade de contribuinte do ICMS.

Discorre sobre a legislação do SimBahia, sobre o art. 7º do Decreto nº 7.799/00 e art. 400 L do RICMS, para reforçar seu argumento de que o desenquadramento do regime simplificado não está a cargo da autoridade fiscal.

Disse que, em homenagem ao princípio da eventualidade passa a defender o seu direito de usufruir integralmente do crédito fiscal nas saídas de mercadorias para contribuintes inaptos ou isentos.

Seguidamente, passou a arguir a nulidade da infração 2 sob a alegação de que a autoridade autuante não possui competência funcional para determinar a perda do regime, o que disse que somente o Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal correspondente poderia tê-lo feito com arrimo no art.7º e 7 A do aludido Decreto nº 7.799/00 ali transrito, razão pela qual cabia ao fiscal autuante representar a esta autoridade a fim de esclarecer acerca do descumprimento pelo contribuinte dos requisitos do Termo de Acordo, e que somente após a manifestação deste legitimaria a desaplicação do dito Termo, e com isso, a desconsideração da base de cálculo reduzida, o que não ocorreu, o que disse ocorrer nos casos de desenquadramento do SimBahia à luz do art. 408, L, passando a transcrever ementas deste CONSEF nesse sentido.

Alega Decisões deste Conselho de Fazenda que é preciso o prévio desenquadramento nos termos do art. 915, IV, do RICMS-BA, aludindo sobre o voto do Relator do Acórdão JJF nº 0327-04/02.

Enfatizou que não seria descabido o entendimento de que não se trataria de mudança de regime de apuração, mas sim o não cumprimento da condição imposta no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 7.799/90, por impor o referido art. 7º A, a prévia representação do Diretor da Administração Tributária, situação que a lei não menciona *“mudança de regime de tributação, mas a perda do benefício fiscal, e como não houve Decisão prévia por essa autoridade, único competente para deliberar sobre essa perda, esta não se legitimou”*.

Invoca o princípio da segurança jurídica, e nesta esteira, diz que, em havendo vício de forma, a exigência fiscal é insubstancial ante o irregular desenquadramento.

No mérito, ressalta de início a inocorrência de prática por si de ilicitude, afirmando que as vendas se efetuaram normalmente para contribuintes cadastrados no ICMS que recolheram o pagamento do imposto correspondente, e que somente após o encerramento da auditoria veio a saber da condição de inapto, e que poder-se-ia afirmar que se tratava de obrigação acessória a verificação dessa nova situação cadastral, o que ocorreu devido a sua atividade de comercialização de inúmeras vendas mensais a contribuintes diversos.

Passa a transcrever o art. 1º do aludido Decreto nº 7.799/00 que disse ter demarcado como ponto de corte a inscrição no cadastro do ICMS, diferenciando os contribuintes (aquele que se dedica ao comércio habitual de mercadorias) e os não-contribuintes (o consumidor final) e que situação diversa é o contribuinte com problemas cadastrais e que a inaptidão cadastral no sistema da SEFAZ não implica perda da qualidade de contribuinte do ICMS e, nessa situação irregular, continua possuindo a sua Inscrição Estadual.

Acrescenta que, nessas circunstâncias, cumpria-lhe registrar a entrada da mercadoria e efetuar o pagamento do ICMS, sob pena de sofrer fiscalização e autuação, voltando a repetir que a inaptidão cadastral é um fenômeno temporário, que pode ser revertido a qualquer tempo, inclusive de ofício pela própria Secretaria da Fazenda, ou seja, sem pedido do contribuinte.

Repisa que o fato de o adquirente estar inapto no cadastro não significa que ele, ao vender a mercadoria, estivesse desobrigado a recolher o ICMS por continuar sendo contribuinte desse tributo.

Menciona que a presunção é de que foi dada entrada na mercadoria e recolhido o ICMS e que nenhuma das adquirentes foi fiscalizada, sem existir prova de não recolhimento do ICMS e que haveria possível cobrança em duplidade do imposto.

Afirma que é cediço que ao vender a contribuinte inapto, o ciclo de comercialização não se encerra, porque a presunção é de que haveria de ser registrada a entrada da mercadoria e recolher o ICMS.

Argui os artigos 111 e 112 do CTN para sustentar que deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*, passando em seguida a fazer uma sinopse do que foi preteritamente arguido.

Discorre, na sequência, acerca das vendas realizadas a contribuintes isentos, e enfatiza que o fisco constatou duas situações distintas, conforme se verifica por meio do anexo I, acostado ao Auto de Infração: a) vendas realizadas a pessoas físicas sem inscrição estadual.

Argumenta que a legislação não identifica com precisão o termo “contribuinte do ICMS” e que após a Emenda Constitucional nº 33, qualquer pessoa que adquira bens ou mercadorias do exterior, é contribuinte do ICMS, tendo transrito o art. 155, X, a, da CF, imprecisão esta que a própria autuante fez menção de que o termo contribuinte é impreciso e que demanda interpretação subjetiva, tanto que considerou pessoa física sem inscrição estadual como contribuinte do imposto, transcrevendo parcialmente o Auto de Infração.

Defende que a par dessa imprecisão cadastral, que é sabido que o cadastro especial de não-contribuinte é ato que não implica em obrigação tributária, por se tratar de mero formalismo e, por isso, ao ser constatada a presença das condições materiais para usufruir do benefício fiscal em foco, reitera seus argumentos e que na parte referente a contribuintes isentos, deve a infração 2 ser julgada improcedente.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 360/361, para inicialmente afastar a alegação de nulidade afirmando que a JJF confirmou o acerto do lançamento fiscal tanto quanto às vendas para adquirentes com inscrição cancelada como para aqueles com cadastro de inaptos e sem inscrição.

Que a transcrição feita pelo recorrente de Decisão deste CONSEF foi parcial, apenas quanto a adquirentes, mas que a primeira instância fundamentou que as vendas foram para contribuintes inscritos no CAD-ICMS em conformidade com os requisitos do Decreto nº 7799/00.

Sobre o mérito, refutou as alegações recursais, asseverando que o auto infracional exige ICMS sobre operações não albergadas pelo mencionado benefício, não tendo que se falar em enquadramento, desenquadramento, perda do benefício, etc., acrescentando que para fruição desse benefício é exigido dos adquirentes que estejam inscritos nos cadastros do ICMS, afirmando ainda que o art. 165 do RICMS estabelece que o contribuinte inapto está desabilitado do cadastro de contribuintes, concluindo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

A discussão travada nos autos gira em torno da perda pelo sujeito passivo do benefício fiscal de redução da base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/00, que ocorreu quando dos trabalhos de auditoria realizados pela autuante, a qual, ao final destes, inaplicou a base de cálculo ali concedida por considerar que o recorrente se utilizou indevidamente desse benefício nas vendas para adquirentes considerados cadastralmente no sistema SEFAZ-BA como isentos e/ou inaptos.

Observando o teor contido no lançamento fiscal e a descrição fática ali esclarecida relativamente à infração 2, em cotejo com as razões recursais atinentes à nulidade do Auto de Infração, entendo que, efetivamente, por força da segurança jurídica, cumpria à autuante representar à DAT, ou seja, ao Inspetor Fazendário, a fim de prestar esclarecimentos acerca destes fatos, em cujo processo administrativo fosse garantida ao sujeito passivo primeiro, a prévia ciência e, em segundo, que lhe fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa como corolários do devido processo legal (art. 5º, LV e LVI, da CF), o que não se sucedeu no caso dos autos.

Ao reverso, houve a verificação pela autuante do desatendimento e de que o sujeito passivo estaria se valendo de redução indevida de base de cálculo por estarem os adquirentes no cadastro fiscal como isentos (pessoas físicas) e inaptos e, de plano, passou a lançar o tributo desconsiderando a base de cálculo reduzida considerando que esta foi utilizada indevidamente pelo sujeito passivo, situação esta que a meu ver não se compatibiliza com as garantias do devido processo legal.

Entendo que cabia à autuante, ao constatar inobservâncias capazes de conduzir ao desenquadramento do Termo de Acordo, que cientificasse a DAT para que esta, por sua vez, intimasse o contribuinte para se defender, se o quisesse, e somente após isto, viesse a ser

decidido por esta autoridade fiscal – e não diretamente pela autuante -, sobre o desenquadramento e seus efeitos legais, como preceitua o art. 7º-A, do Decreto nº 7.799/00, para sequencialmente passar a exigir o ICMS pelo regime normal de apuração. Pelas razões acima expendidas, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Tendo restado vencida a posição esposada por mim na sessão de julgamento, passo a enfrentar o mérito, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 154 do RPAF/99, sobre o que, do confronto entre os argumentos defensivos e aqueles externados pelo Preposto Fiscal, concluo que outro não poderia ser o decisório de primeiro grau, senão pelo não provimento da súplica recursal, por rejeitar a pretensão do contribuinte que se revela incompatível com o texto legal.

É dizer, como constatado pela fiscalização, que procede a cobrança do ICMS relativo às diferenças nas vendas a destinatários em situação cadastral de inapta, baixada e isenta. Ora, o art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece expressamente as exigências para regular fruição do benefício fiscal de redução da base de cálculo, dentre elas, que as operações de saídas de estabelecimento inscritos no CAD-ICMS sob códigos de atividade econômica constantes do Anexo único, sejam destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Logo, ao constatar que, em relação a algumas operações, o recorrente desobedeceu a essa condição expressa, pois os destinatários estavam, ao tempo da realização das operações de venda, como inaptos e isentos (isto é, eram consumidores fiscais ou contribuintes não inscritos), correta a atitude da fiscalização, ao excluir tais operações do escopo do benefício da redução de base de cálculo prevista no citado Decreto nº 7.799/00.

O que me leva a concluir que, na verdade, não houve o desenquadramento do recorrente e nem a mudança de regime de apuração. A questão é simples: se o decreto referido, que é a norma concessiva do benefício, exige que os destinatários estejam em regular condição cadastral no CAD-ICMS sem prever exceções a essa regra restritiva, como acima pontuado, é de se concluir pela pertinência da cobrança do ICMS.

E assim é por corresponder, o valor exigido na infração 2, à diferença deste imposto nas respectivas operações de saídas para destinatários constantes naquelas condições (como inaptos, baixados e isentos), nas quais o Recorrente valeu-se, indevidamente, da redução da base de cálculo concedida sob essa expressa e intransponível exigência.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

Discordo da Relatora no que se refere ao acolhimento das preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, sob o argumento de que teria havido o desenquadramento do regime previsto no Decreto nº 7.799/00 e a autuante não seria a autoridade competente para determinar a perda do regime.

O artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece o seguinte:

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: (grifos não originais)

Assim, para que possa aplicar a redução da base de cálculo inserida no dispositivo acima transscrito (o que redonda em carga tributária de 10%), o contribuinte deverá atender aos requisitos ali determinados, isto é, somente poderá aplicar a redução de base de cálculo:

1. nas operações de saídas **internas de determinadas mercadorias** cujos códigos de atividades estão relacionados nos itens 1 a 16 do anexo ao Decreto referido;

2. nas operações de saídas internas promovidas por estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS sob os códigos de atividades constantes no Anexo Único do Decreto;
3. nas operações de saídas internas destinadas a **contribuintes inscritos** no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia;
4. desde que o valor global das operações de saídas com os requisitos acima previstos corresponda a um percentual mínimo do faturamento determinado no próprio Decreto nº 7.799/00.

Sendo assim, fácil se verificar que a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 não configura um regime de apuração do ICMS, mas de um benefício fiscal concedido sob determinadas condições. Atendidas as condições, o contribuinte poderá usufruir do benefício; desatendidos os requisitos legais, por outro lado, o estabelecimento deixa de ter direito à redução da carga tributária no período em que isso ocorreu.

Na situação dos autos, não houve nenhum “*desenquadramento*” do sujeito passivo ou mesmo “*perda do regime*”, como alegado pelo recorrente e acatado pela digna Relatora deste PAF.

Na verdade, a autuante se limitou a retirar, do escopo das operações de saídas internas realizadas pelo recorrente em determinados meses, aquelas operações destinadas a: (i) contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, por se encontrarem inaptos; e (ii) adquirentes isentos, provavelmente consumidores finais, recalculando o tributo sem a redução da base de cálculo. Isso porque tais operações deveriam ter sido tributadas normalmente, sem a redução da carga tributária, como fez o recorrente.

Pelo exposto, concluo que a autuante agiu nos limites de sua competência legal e, portanto, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas no Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** O Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298629.0048/10-4, lavrado contra **ABC DISTRIBUIDORA SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.014,48**, acrescido das multas de 60% sobre R\$83.867,44 e 70% sobre R\$3.147,04, previstas no art. 42, incisos II, “a” e VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Valnei Sousa Freire, José Franklin Fontes Reis, Fábio de Andrade Moura e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO - Conselheiro(a): Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de janeiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Quanto à preliminar de nulidade)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à preliminar de nulidade)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS