

**PROCESSO** - A. I. Nº 130076.0056/10-7  
**RECORRENTE** - SUEL SUDOESTE ESTIVAS E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL SUEL SUDOESTE ESTIVAS  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1º JJF nº 0111-01/12  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 11/04/2013

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0058-12/13**

**EMENTA. ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO A MAIS QUE A PREVISTA.** Mediante diligência, restou comprovado que o procedimento adotado pelo contribuinte estava em conformidade com a legislação tributária aplicável ao caso, não restando valor a recolher. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. **b) REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO Nº 7.799/00 NÃO ALCANÇADO PELO CONTRIBUINTE. DIFERENÇA DE IMPOSTO. ALPISTE.** O tratamento tributário previsto no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 é restrito ao código de atividade do contribuinte, e não às mercadorias relacionadas mesmo. Infração não caracterizada. Modificada a decisão recorrida. Item improcedente. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDAS A MICROEMPRESAS E A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Mediante diligência, restou comprovado que o procedimento adotado pelo contribuinte estava em conformidade com a legislação tributária aplicável ao caso, não restando valor a recolher. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Restou comprovado que a base de cálculo da mercadoria relacionada nesse item do lançamento, nas operações internas, tinha a base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária correspondesse a 7% e, portanto, não há antecipação parcial a ser recolhida. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. **4. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. FALTA DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO.** Não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, o que acarreta a nulidade desse item do lançamento, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nº 4 nula. Mantida a Decisão recorrida. **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FRETE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Diligência realizada pela ASTEC do CONSEF retificou a apuração

imposto devido na infração 5, o que torna esse item do lançamento subsistente em parte. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, bem como Recurso de Ofício interposto contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que através do Acórdão JJF 0111-01/12 (fls. 2.551 a 2.558) julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30 de setembro de 2010, com exigência de crédito tributário no montante de R\$ 364.125,46, referente a seis infrações, das quais todas são objeto do Recurso:

INFRAÇÃO 1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2007, janeiro a junho e outubro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 221.171,93, acrescido da multa de 60%.

Trata-se de “redução da base de cálculo das mercadorias constantes do Anexo Único do Dec. 7799/2000 (com alterações posteriores), feita a mais do que a prevista na legislação, e de acordo com o Termo de Atacadista, no caso, 41,176%”.

INFRAÇÃO 2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresas, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2007, janeiro a junho e outubro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 45.473,13, acrescido da multa de 60%.

Consta que o autuado efetuou vendas, a microempresas e a contribuintes não inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com recolhimento a menos, conforme levantamento efetuado nos documentos fiscais de saídas em consonância com o arquivo magnético apresentado.

INFRAÇÃO 3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de maio a julho, setembro, novembro e dezembro de 2007. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 3.300,78, acrescido de multa de 60%. As notas fiscais foram coletadas no sistema CFAMT.

INFRAÇÃO 4. Omitiu operações de saídas de mercadorias tributáveis através de pagamentos não registrados, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2007. Foi lançado imposto no valor de R\$ 20.898,57, acrescido de multa de 70%.

Consta que o autuado efetuou o pagamento de entradas de mercadorias sem a devida contabilização. A irregularidade foi apurada por meio de levantamento nos fornecedores, tendo como comprovação as cópias das notas fiscais e declaração do remetente.

INFRAÇÃO 5. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior e relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 40.199,60, acrescido da multa de 60%.

Refere-se “ao recolhimento a menor na Antecipação Tributária sobre o Frete por conta do destinatário, nas notas fiscais de aquisição de mercadorias oriundas de outra unidade da federação e não incluído na Base de Cálculo do Imposto.”

INFRAÇÃO 6. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. Foi lançado imposto no valor de R\$ 33.081,45, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que se trata de “*Redução indevida de base de cálculo nas vendas de produto não amparado pelo Dec. 7799/2000, Anexo único com Cód. CNAE.*”

A Decisão de piso foi no seguinte sentido:

*“Na infração 1, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, em decorrência de redução da base de cálculo do imposto devido nas operações de saídas de mercadorias constantes no Anexo Único do Dec. 7799/00 a mais que a prevista na legislação.*

*Trata a infração 2 de retenção e recolhimento a menos de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, inscritos na condição de microempresas.*

*Em relação a essas duas infrações, o defendente afirma que o autuante não observou que diversas mercadorias, por integrarem a cesta básica ou por possuírem redução de base de cálculo específica maior que a prevista no Dec. 7799/00, tiveram redução superior ao percentual de 41,176%. Menciona que, nessa situação, o parágrafo único do art. 4º do Dec. nº 7799/00 admite o tratamento mais favorável ao contribuinte, vedando, porém, a cumulação com outro benefício.*

*Na informação fiscal e em diligência solicitada por esta 1ª JF, o autuante manteve a ação fiscal relativamente a essas duas infrações em sua totalidade.*

*Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse refeita a apuração do imposto devido nessas duas infrações, observando o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Dec. 7799/00.*

*De acordo com o Parecer ASTEC nº 155/2011, após o refazimento da apuração do imposto, observando o disposto no artigo 4º do Decreto 7799/00, foi constatado que não resta diferença a recolher nessas duas infrações.*

*Acolho o resultado da diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, pois está em conformidade com a legislação tributária aplicada ao caso – artigo 4º, incisos I e II, parágrafo único, do Decreto nº 7799/00 – e com a correspondente documentação probante acostada ao processo. Além disso, o autuante e o autuado foram notificados do resultado da diligência, porém não se pronunciaram, o que interpreto como um reconhecimento tácito do resultado da diligência realizada. Dessa forma, as infrações 1 e 2 não subsistem.*

*Na infração 3, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS referente à antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, tendo sido as notas fiscais coletadas no CFAMT (Controle Fiscal Automatizada de Mercadorias em Trânsito).*

*Em sua defesa, o autuado afirma que a exigência fiscal não procede, pois o produto relacionado nesse item do lançamento – margarina – é tributado à alíquota de 7%, por ser da cesta básica. Acostou ao processo fotocópia das Notas Fiscais n.º 589885, 178600, 301806, 18948, 8572 e 17766.*

*No período abrangido pela infração em tela, por força do disposto no art. 87, inc. XXXI, do RICMS-BA, a mercadoria margarina, nas operações internas, já gozava de redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária equivallesse a 7%. Assim, em relação às aquisições relacionadas na autuação, não há antecipação tributária a recolher. Infração insubsistente.*

*Cuida a infração 4 de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de pagamentos não contabilizados.*

*O autuado requer a decretação da nulidade desse item do lançamento, sob o argumento de que não lhe foi entregue cópia de nota fiscal ou de declaração de remetente de mercadoria.*

*Ultrapasso a arguição de nulidade da infração em comento, pois o recibo acostado à fl. 11, assinado pelo mesmo sócio do autuado que tomou ciência da autuação e que interpôs a defesa, comprova que o autuante lhe entregou cópia das notas fiscais. Todavia, observo que há um vício formal, não passível de saneamento mediante diligência, que acarreta a nulidade da infração em comento, conforme passo a demonstrar.*

*De acordo com o Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade verificada por meio da apuração de pagamentos não registrados. Complementando essa acusação, consta que o autuado efetuou pagamentos de entradas de mercadorias sem a devida contabilização, apurados através de levantamento da conta Fornecedores, tendo como comprovação cópia das notas fiscais e declaração dos remetentes. Foi dado como infringido, dentre outros dispositivos, o art. 2º, §3º, inc. V, do RICMS-BA, que trata da presunção com base em “pagamentos não registrados”.*

Para embasar essa infração, o autuante acostou ao processo, fls. 192 a 292, os seguintes documentos probantes:

- demonstrativo denominado “Notas Fiscais sem Contabilização” (fls. 176 a 178), constando na sua última página que as notas fiscais foram “coletadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda, através Síntegra/Cfam, e não contabilizadas nos Livros próprios”;
- solicitações de cópia de notas fiscais (fls. 193/195 e 186/187 e 198);
- fotocópias de terceira e quarta vias de notas fiscais.

Esse demonstrativo e os elementos probantes acostados ao processo não comprovam que o autuado tenha efetuado pagamentos sem o correspondente registro. Não há nos autos qualquer comprovação de pagamentos efetuados pelo autuado, bem como não há demonstração da escrita contábil do autuado sem o registro desses supostos pagamentos.

A forma como foi realizada a auditoria poderia comprovar a ocorrência de entrada de mercadoria no estabelecimento sem contabilização, todavia não foi essa a irregularidade descrita no Auto de Infração. Além disso, observo que as cópias das notas fiscais acostadas aos autos foram obtidas junto aos emitentes, sem qualquer comprovação da circulação ou da efetivação dessas operações.

Em face ao acima exposto, considero que há insegurança na determinação da infração imputada ao autuado e, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, esse item do lançamento é nulo.

Com fulcro no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da autuação, quanto à infração 4, a salvo de falhas.

A infração 5 trata de recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a fretes por conta do destinatário e não incluído na base de cálculo do imposto.

Tendo em vista a Alteração nº 66 do RICMS-BA, introduzida pelo Decreto nº 9547, de 20/09/05, com efeitos a partir de 01/10/05, no período abrangido pela infração em comento, a mercadoria charque não mais estava incluída no regime de substituição tributária. Dessa forma, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse revisado o demonstrativo referente à infração 5, excluindo desse item do lançamento os débitos referentes a charque.

Em atendimento à diligência, foram excluídos do demonstrativo atinente à infração 5 os débitos tributários decorrentes de aquisições de charques, o que reduziu o valor devido nesse item do lançamento para R\$ 604,20.

Acato o resultado dessa diligência, pois está em conformidade com a legislação tributável aplicável e com os documentos probantes acostados ao processo. Além disso, o autuante e o autuado foram notificados acerca do resultado da diligência e, no entanto, não se pronunciaram. Dessa forma, a infração 5 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 604,20, conforme apurado na diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado a seguir:

Data Ocorrência	ICMS a Recolher
31/01/2007	156,06
31/03/2007	7,27
31/05/2007	98,38
30/06/2007	7,27
31/08/2007	49,71
30/11/2007	4,85
28/02/2008	92,91
31/05/2008	75,21
31/08/2008	70,03
31/12/2008	42,51
Total	604,20

Trata a infração 6 de recolhimento a menos de ICMS, em razão da utilização indevida de redução da base de cálculo do imposto na operação de saída de alpiste, mercadoria não amparada pelo Decreto 7799/00.

Argumenta o autuado que, considerar que o alpiste adquirido não se destinava ao uso como ração para animal doméstico, equivale a uma apologia ao crime ambiental. Conclui afirmando que o alpiste está sujeito ao mesmo tratamento previsto no Dec. 7799/00.

Na informação fiscal, o autuante afirma que o alpiste não consta no Dec. 7799/00, como sendo um produto sujeito ao benefício da redução da base de cálculo.

Transcrevo a seguir o disposto no artigo 1º do Decreto nº 9977/00.

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:*

*Conforme se depreende da inteligência do dispositivo acima transcrito, o tratamento da redução da base de cálculo é restrito às mercadorias relacionadas no código de atividade do autuado. Mesmo admitindo que o alpiste seja uma espécie de ração destinada a animal doméstico, não há como o autuado (um estabelecimento atacadista do ramo de alimentos) utilizar a redução da base de cálculo nas operações de saídas de alpiste.*

*Ressalto que o sócio do estabelecimento autuado presente à sessão de julgamento, pessoa que recebeu a notificação do lançamento e assinou a peça defensiva, reconheceu a procedência da infração 6. Naquela oportunidade, foi feita alusão ao Auto de Infração nº 206911.0002/05-7, que, no seu item 4, tratou de idêntica matéria a que se encontra em análise, tendo o autuado reconhecido como procedente aquele item do lançamento.*

*Pelo acima exposto, a infração 6 é subsistente.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 2 e 3 improcedentes, a infração 4 nula, a infração 5 parcialmente procedente e a infração 6 procedente.”*

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Cientificada do julgamento, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 2.569 a 2.573), onde, observa que seu Recurso versa apenas quanto a infração 06, que deve ser reformada, em função dos motivos que destaca, após informar que acata integralmente o teor Acórdão prolatado, salvo quanto a infração objeto do Recurso.

Inicialmente, afirma que a infração se reveste de certa polêmica, vez se referia a recolhimento de imposto nas operações com o produto “alpiste” destinado a utilização como ração de uso animal doméstica, uma vez que só é admitida a criação de pássaros naturais em cativeiro.

Entende que não se pode dizer que “*ração destinada a pássaros criados em cativeiro*” não venha a ter o mesmo tratamento que ração destinada para animais domésticos pode e deve ser compreendida como espécie de mercadoria relacionada no seu código de atividade econômica (estabelecimento atacadista de alimentos e mercadorias em geral).

Reconhece que a interpretação errônea do julgador de primeiro grau, em parte, se deve à próprio recorrente, ao mencionar caso paradigma que recebeu reparos interpretativos em outra oportunidade, através do Acórdão CJF 0051-11/00 “*o que suscita e justifica da modificação do julgamento inicial da infração 06, no sentido de que a mesma seja julgada improcedente*”.

Destaca que o artigo 1º do Decreto nº 7799/00, modificado pelo Decreto nº 8.435/03, que introduziu a condição objetiva para a fruição da redução da base de cálculo não mais condicionada ao código de atividade do contribuinte, mas sim, da própria mercadoria, condicionada a estar relacionada a algum dos códigos de atividades constantes nos itens 01 a 16 do Anexo Único do mencionado Decreto, cujo teor transcreve.

Dessa forma, deduz que “ração para animal”, no caso concreto, o alpiste está registrado no item 8-A do Anexo, fazendo jus à redução aplicada, razão pela qual entende que deve ser reformada a Decisão de piso.

## VOTO

O presente Recurso Voluntário tem por objetivo o reexame da Decisão de primeiro grau que julgou Procedente o lançamento, especialmente na infração 06, a qual versa sobre recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, vez

que se trata de “*Redução indevida de base de cálculo nas vendas de produto não amparado pelo Dec. 7799/2000, Anexo único com Cód. CNAE.*”

A mercadoria em questão é alpiste, em relação à qual o recorrente alega ser “*ração destinada a pássaros criados em cativeiro*”, integrante do item 8-A da tabela anexa ao Decreto nº. 7.799/00, o que o beneficiaria, e tornaria insubsistente a acusação fiscal.

A redação do artigo 1º do Decreto n.º 7.799/00, é a seguinte: “*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...*”. (grifei).

Isso significa dizer que para obtenção do benefício fiscal nele previsto, o contribuinte deve ter uma das atividades econômicas nele contidas. No caso ora em exame, o recorrente encontra-se inscrita como comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, código 4639-7/01.

A questão crucial é se tal atividade comportaria o benefício fiscal. A sua arguição é de que estaria amparado no item 8-A do Anexo único do referido Decreto que contempla a atividade “*comércio atacadista de alimentos para animais*”, CNAE Fiscal 4623-1/09.

Em verdade, a atividade cadastrada pelo recorrente é “*comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*”, CNAE Fiscal 4639-7/01, constante no item 8 do Anexo único do Decreto mencionado, de acordo com os seus dados cadastrais existentes na Secretaria da Fazenda.

Analisando o teor do mencionado Decreto nº. 7.799/00 observo que o mesmo abarca os contribuintes por código de atividades econômicas (CNAEs), constantes em seu Anexo Único, e não, como entendeu o julgador de primeiro grau, o tipo de mercadoria comercializada pelo mesmo.

Ainda assim, poderia questionar o fato de, muito embora o uso comum do produto em discussão (alpiste), ser alimentação de pássaros, tal produto pode, também, ser utilizado como ração animal, como se pode ver através do farto noticiário presente no dia a dia, a exemplo daquele contido no site <http://vamosrirmais.terra.com.br/meio-ambiente/comida-de-passarinho-vira-febre-na-alimentacao-humana/> o qual afirma textualmente: “*Surgiu uma nova febre nas dietas. Sementes utilizadas na alimentação de passarinhos, como painço, girassol e alpiste, estão sendo consumidas por humanos. Mas cuidado. Antes de sair por aí roubando o almoço de seu bichinho de estimação, é preciso prestar atenção em algumas características desses alimentos. E saiba mais: o consumo das três variedades de sementes não tem benefícios comprovados ainda.*”

*Quem afirma é a nutricionista e diretora-geral da empresa paulista de consultoria, assessoria e nutrição Qualy Food, Vivian Zollar. Tanto o alpiste e o painço, quanto a semente de girassol são ricos em carboidratos, mas não apresentam vantagens se comparados a outros cereais, de acordo com a nutricionista. Eles fazem parte do grupo das gramíneas, assim como o arroz, e podem ser consumidos como os demais alimentos do gênero, mas segundo ela, sem expectativa de resultados específicos, como o emagrecimento*”.

E mais: a utilização do produto como alimento animal ou humano vai depender daquele que for dado pelos compradores do mesmo.

A rigor, a atividade do recorrente (*comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*), engloba uma gama ampla de produtos alimentícios, não especificando se os mesmos são de uso animal ou humano, até por que, como visto, esta utilização hoje é ampla e genérica.

Retomando a análise, em nenhum momento do Decreto nº 7.799/00 é afirmado que os seus benefícios são concedidos em função dos produtos e sim, das atividades desenvolvidas pelos

seus beneficiários. De igual modo, a legislação regulamentar, quando necessário, faz a necessária remissão para o Anexo Único do instrumento legal ora analisado, o qual, reitero, trata unicamente de atividades econômicas e seus respectivos códigos (CNAES).

De igual forma, não pode proceder a argumentação do julgador de piso que se estribou no fato de que, em autuação anterior, a respeito da mesma matéria, o sujeito passivo ter acatado a acusação fiscal, vez que os processos não possuem efeito vinculante entre si.

Dentro do princípio do contraditório, o recorrente, entendendo incabível o lançamento, tem toda a liberdade de contratá-lo, ainda que em ocasiões anteriores tenha se manifestado diferentemente, ou até mesmo se mantido silente.

Assim, diante de tais argumentos, voto no sentido de que o Recurso Voluntário SEJA PROVIDO, ficando a infração 6 julgada **Improcedente**.

Já o Recurso de Ofício versa acerca das infrações 1, 2, 3, 4 e 5, as quais serão analisadas individualmente.

Nas duas primeiras infrações, que se reportam a recolhimento a menor de ICMS em decorrência de redução da base de cálculo do imposto devido nas operações de saídas de mercadorias constantes no Anexo Único do Decreto 7799/00 a mais que a prevista na legislação (infração 1), e na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, inscritos na condição de microempresas (infração 2), a Junta de Julgamento Fiscal, na busca da verdade material e em atenção à argumentação defensiva do sujeito passivo, o qual alegava que não haviam sido considerados no cálculo efetuado pelo autuante produtos integrantes da cesta básica, converteu o feito em diligência à ASTEC, oportunidade na qual foi constatado que inexistia qualquer débito em relação a ambas, razão pela qual as julgou improcedentes.

Quanto à infração 3, versa sobre recolhimento a menor do ICMS referente à antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização. Ao curso da instrução processual, constatou-se que as notas fiscais arroladas referiam-se ao produto “margarina”, produto beneficiado com redução de base de cálculo. Com efeito, o artigo 87, inciso XXXI do RICMS/97 reduz a base de cálculo “das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).”

Diante do fato da sistemática da antecipação tributária parcial, aliado à redução de base de cálculo, não cabe tal imputação.

Quanto à infração 4, a base para a Decisão, foi a inexistência nos autos de qualquer comprovação de pagamentos efetuados pelo autuado, bem como não há demonstração da escrita contábil do autuado sem o registro desses supostos pagamentos, além de entender o julgador de piso, que a forma como foi realizada a auditoria poderia comprovar a ocorrência de entrada de mercadoria no estabelecimento sem contabilização, todavia não foi essa a irregularidade descrita no Auto de Infração. Além disso, observo que as cópias das notas fiscais acostadas aos autos foram obtidas junto aos emitentes, sem qualquer comprovação da circulação ou da efetivação dessas operações.

Dessa forma, baseado na existência de insegurança na determinação da infração imputada ao autuado e, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, esse item do lançamento foi considerado nulo, pelo fato da mesma não trazer em seu bojo uma indicação precisa da infração à legislação tributária.

Observo que a acusação era de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis através de pagamentos não registrados, e que o julgador de piso entendeu que havia insegurança quanto a base de cálculo, argumento com o qual concordo, diante dos motivos já expostos em seu voto, e em relação aos quais, acompanho integralmente.

Já a infração 5 reporta-se a recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a fretes por conta do destinatário e não incluído na base de cálculo do imposto, relativamente à mercadoria charque.

A Junta de julgamento Fiscal observou que tendo em vista a Alteração nº 66 do RICMS-BA, introduzida pelo Decreto nº 9547, de 20/09/05, com efeitos a partir de 01/10/05, no período abrangido pela infração em comento, a mercadoria charque não mais estava incluída no regime de substituição tributária. Por tal razão converteu o feito em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse revisado o demonstrativo referente à infração 5, excluindo desse item do lançamento os débitos referentes a tal produto.

Com a exclusão no demonstrativo atinente à infração 5 dos valores decorrentes de aquisições de charques, se reduziu o montante devido nesse item do lançamento para R\$ 604,20, tendo o julgador acatado o seu resultado, e julgando a infração parcialmente procedente.

Com efeito, a alteração regulamentar mencionada, exclui o produto “charque” daqueles submetidos ao cálculo previsto no Anexo 88 do RICMS/97, item 10, o que implicou na exclusão de tal produto da lista daqueles submetidos à antecipação tributária. Logo, não poderia o autuante incluir tal produto na infração ou o frete a ele relativo, motivo pelo qual foi solicitada a sua exclusão do demonstrativo, o que foi realizado, implicando na alteração de valor apurado.

Observe que ao longo de todo o processo, a Junta de Julgamento Fiscal envidou esforços na busca da verdade material, no sentido de aclarar a discussão e obter a devida justiça fiscal. Os ajustes realizaram demonstraram que várias das infrações lançadas pelo autuante ou simplesmente não existiam, ou não o eram nos valores inicialmente indicados, razão pela qual entendo que a Decisão não merece qualquer reparo.

Assim, diante de tais argumentos, voto no sentido de que o Recurso de Ofício NÃO SEJA PROVIDO, mantendo-se as desonerações já realizadas. Assim, o débito do presente Auto de Infração fica adstrito ao valor de R\$604,20, referente à infração 5.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130076.0056/10-7**, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$604,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS