

**PROCESSO** - A. I. Nº 206882.0302/09-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0215-02/13  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 05/05/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0085-12/14

**EMENTA:** ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Reduzido o débito após a aplicação da proporcionalidade sobre o débito apurado na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não foram carreadas ao processo as cópias das notas fiscais que fundamentam a acusação fiscal. Item Nulo. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0215-02/13 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2009, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$230.897,79, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 209.364,70, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldos credores de Caixa, no período de junho a novembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 27 a 914.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril e maio, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$21.533,09, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 10 a 21 e 22.

O Recurso Voluntário trata da infração 1 e o Recurso de Ofício das infrações 1 e 2.

Em 17/04/2012, a 2ª JJF decide pela procedência em parte da autuação, mantendo parcialmente a infração 1 e decidindo pela nulidade da infração 02 (Acórdão JJF Nº 0075-02/12).

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário alegando, como preliminar para anulação da Decisão recorrida, que ela não havia enfrentado as questões levantadas a respeito da antecipação parcial, e quanto a infração 01.

Esta tese foi acolhida pela PGE/PROFIS, que opinou pela nulidade da Decisão.

Em 18/06/2013, esta 2ª CJF, através do Acórdão nº 0189-12/13 acolheu o opinativo da PGE/PROFIS e os autos retornaram à 1ª Instância.

Através do Acórdão ora vergastado a JJF decide pela procedência parcial do Auto de Infração nos seguintes termos, após rejeição das arguições de nulidades apresentadas:

[...]

*O Auto de Infração exige ICMS sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa (Infração 01); bem como em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (Infração 02).*

*Quanto à infração 01, o patrono do autuado alegou na defesa que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados. Disse que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922 do PAF. Foi dito ainda que todos os registros foram lançados pela fiscalização como sendo compras "pagas a vista," tendo argüido que a maior parte das aquisições foram realizadas a prazo e que no setor atacadista parte das compras é paga entre 15 e 30 dias. O autuado informou também que trabalha com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.*

*Sobre a infração 02, o defendente considerou que sua defesa encontra-se prejudicada, por entender que houve descumprimento ao artigo 46 do RPAF/99, porque não recebeu cópia das notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal.*

*Diante de tais alegações defensivas, e visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário, ora exigido, esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ de origem para que fossem adotadas as providências constantes no despacho de diligência às fls. 1.009 a 1.010.*

*Passo a proferir meu voto a partir do resultado da citada diligência determinada pelo órgão julgador, uma vez que dita diligência, juntamente com tudo o mais que constam dos autos (demonstrativos, cópias de notas fiscais, intimações, impugnações e informações fiscais), permitem se chegar a uma conclusão sobre a lide.*

*No caso do item 01, a infração é concernente a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa, em diversos meses de junho a novembro de 2005.*

*O débito foi apurado mensalmente mediante o Fluxo de Caixa, conforme demonstrativos às fls. 27 a 41, nos quais, partindo do saldo inicial de Caixa existente em 01/01/2005, foram considerados como débito os recebimentos das vendas realizadas, e como crédito os pagamentos das notas fiscais que especifica e demais pagamentos identificados no Livro Caixa, apurando os saldos credores, e exigindo o respectivo imposto.*

*O saldo credor da conta "Caixa" indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97.*

*Para elidir tal presunção, o sujeito passivo na peça impugnatória tomou por base nas seguintes premissas: 1) que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados; 2) que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922 do PAF; 3) que todos os registros foram lançados como sendo compras "pagas a vista," e que a maior parte das aquisições foi realizada a prazo; 4) existência de credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00, para redução da base de cálculo em 41,176% e de operações com alíquota de 7%. 5) que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.*

*Premissa 1:*

*Conforme frisou a autuante, o fluxo de Caixa foi feito obedecendo as datas dos documentos fiscais e dos registros no livro Caixa, e no caso das vendas foi considerado o total registrado nos livros fiscais e lançado no último da cada mês. Não existe nenhum impedimento que os saldos sejam apurados no final do mês, conforme fez a autuante, uma vez que a apuração do imposto normal deve ser feita mensalmente. O autuado, por seu turno, alegou, mas não apresentou qualquer demonstrativo ou documento comprovando as reais datas de pagamento que entende corretas.*

*Premissa 2:*

*A alegação de que as notas fiscais listadas à fl. 922 não constam do LRE ou do livro Caixa, bem como que não recebeu cópias das notas fiscais, foi esclarecida na informação fiscal que tais documentos fiscais foram fornecidos pelo próprio autuado, inclusive no atendimento da diligência requerida pelo órgão julgador, foi demonstrado para cada nota fiscal o valor correspondente e a folha do Registro de Entradas onde se encontra*

escriturada, exceção da NF 229402 que se encontra à fl.656-A. Ressalto que o patrono do autuado tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal às fls.1.004 e 1.005, e ao se manifestar sobre a referida nota fiscal, pugnou pela multa por falta de escrituração, se a cópia da nota fiscal existente no processo for a primeira via ou captada pelo CFAMT. Não acolho este argumento, uma vez que por se tratar de cópia da primeira via, tudo indica que a mesma foi fornecida à fiscalização juntamente com as demais constantes no arquivo do autuado. Assim, realmente não justifica o pedido do autuado para entrega de cópias de tais documentos fiscais, devendo todas elas serem mantidas no levantamento fiscal, inclusive as que não foram escrituradas nos livros fiscais.

*Premissa 3:*

*O autuado não apresentou em sua impugnação qualquer documento de prova no sentido de que os registros lançados no Fluxo de Caixa como sendo compras "pagas à vista" se referem na maior parte das aquisições em compras realizadas a prazo.*

*Premissa 4:*

*Não tem fundamento o pedido do autuado para que seja reduzida a base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, visto que, por se tratar de um benefício fiscal, este só se aplica sobre as operações, declaradas, de saídas internas que foram destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.*

*Por outro lado, por se tratar presunção de omissão de saídas, referente a operações anteriores não levadas à tributação do imposto, mesmo que o autuado tivesse demonstrado quais foram as operações anteriores que não foram tributadas, inclusive, as operações realizadas à alíquota de 7%, o que não ocorreu, para usufruir do tratamento tributário previsto no Dec.7799/00, o contribuinte somente fará jus ao regime especial se estivesse adimplente com o recolhimento do ICMS e estivesse em dia com o cumprimento das obrigações acessórias (incisos V e VI do Parágrafo único do artigo 7º B).*

*No caso, no período objeto da autuação o autuado, em razão das omissões de saídas de mercadorias, estava inadimplente com o recolhimento do ICMS, e na medida que não emitiu os respectivos documentos fiscais sobre as operações omitidas, não se encontrava em dia com o cumprimento da obrigação acessória, devendo, por isso, ser aplicado ao caso o disposto no artigo 11 do RICMS/97.*

*Portanto, repito que não tem fundamento legal o pedido do autuado para que seja reduzida a base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 sobre as operações omitidas, uma vez que não encontra amparo no inciso II, artigo 4º do referido diploma legal, pois já foi aplicada a proporcionalidade prevista na IN 56/2007.*

*Premissa 5:*

*Quanto a alegação de que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas, a autuante ao atender a diligência requerida às fls. 1.009 a 1.010, elaborou à fl. 1.019 os percentuais das saídas tributadas, cujo resultado foi acolhido pelo autuado.*

*Assim, com base nos citados percentuais, o autuante aplicou sobre o débito apurado no Fluxo de Caixa a proporcionalidade, adotando o percentual das mercadorias tributadas, na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme demonstrativo à fl.1.019, resultando na diminuição da exigência fiscal para o valor de R\$131.222,22.*

*Premissa 6:*

*Quanto a arguição do patrono do autuado no sentido de que sejam abatidos os valores referentes às "antecipações parciais", vinculadas aos mesmos documentos fiscais que foram inseridos no "Caixa", cabe analisar a legislação que dispõe sobre a antecipação parcial.*

*No que tange ao direito a apropriação do crédito fiscal relativo a antecipação parcial, reza o artigo 93, do RICMS/07, in verbis:*

*Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

*(...)*

*I-A - o valor do imposto antecipado parcialmente, nos termos do art. 352-A, pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime normal, cabendo a sua escrituração no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS;*

*Pelo que se vê, a previsão legal para creditamento dos valores recolhidos a título de antecipação parcial é somente para contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime normal, na forma estabelecida no inciso I-A, acima transcrita.*

*Portanto, o argumento defensivo de que deve ser abatida a antecipação parcial recolhida em relação às notas*

*fiscais identificadas e destacadas nos mesmos documentos de arrecadação, não encontra amparo na legislação acima citada. Além do mais, ressalto que a omissão de saídas de por presunção legal apurada na auditoria de Caixa, que trata o item em comento, se refere a operações anteriores que não foram levadas à tributação do ICMS, e não especificamente em relação às notas fiscais que foram consideradas na apuração do débito.*

*Assim, quanto aos valores recolhidos através dos DAE's acostado ao processo pelo defendente, se de fato não foram utilizados na apuração mensal dos valores declarados nos livros fiscais, deve o autuado requerer a sua utilização ou restituição na forma prevista na legislação tributária, através de processo específico para esse fim.*

*Além das premissas acima, o patrono do autuado argumentou cerceamento do seu direito de defesa, a pretexto de que a autuante não atendeu ao pedido do órgão julgador para lhe intimar a apresentar a relação dos pagamentos referentes às compras a prazo.*

*Analizando tal argumento defensivo, acolho a justificativa da autuante, fls.1.018 a 1.020, de que no levantamento realizado foram consignadas as datas que efetivamente constavam nos documentos apresentados pelo autuado, pois o sujeito passivo ao exercer seu direito de defesa se manifestando sobre esta informação, fls.1.026 a 1.032, nada trouxe ao processo nesse sentido, limitando-se a solicitar prova que lhe caberia apresentar para comprovar sua alegação.*

*Portanto, quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento deste item, o processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 29/07/2013, sendo decidido pela desnecessidade de realização de tal diligência, em virtude de os autos conter todos os elementos necessários para o julgamento da lide.*

*Desta forma, com base no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além do mais, o autuado não apresentou provas de suas alegações, ou seja, em momento algum de suas impugnações apresentou, conforme alegado, a demonstração e comprovação dos pagamentos realizados no período referente às compras à prazo, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.*

*Mantido parcialmente o lançamento deste item, em virtude de o autuado não ter comprovado a origem dos Recursos utilizados para o pagamento dos saldos credores apurados no trabalho fiscal, remanescendo o débito no valor de R\$131.222,22, conforme apurado na revisão fiscal feita pela autuante.*

#### *Infração 02*

*Trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 10% do valor das mercadorias, decorrente da falta registro na escrita fiscal das notas fiscais de mercadorias tributadas relacionadas nos demonstrativos às fls.16, 21 e 22.*

*Verifico que a mesma foi fundamentada em dados de notas fiscais informados por terceiros, sendo que a autuante disse que forneceu cópias do Relatório "Sintegra" Não constam dos autos referidos documentos fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.*

*Para chegar à conclusão fiscal a autuante tomou por base dados de notas fiscais informados por terceiros, identificadas a partir das informações constantes nos relatórios dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, sendo que a autuante em sua informação fiscal disse que forneceu cópias ao autuado dos referido "Sintegra" Não constam dos autos cópias das notas fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.*

*Diante disso, conforme dito acima, o processo foi baixado em diligência para que a autuante anexasse aos autos os documentos fiscais constantes do demonstrativo relatório Sintegra fls. 16 a 26, e fornecesse cópia ao autuado.*

*Considerando a informação da autuante constante à fl. 1.020, de que, apesar de justificar o seu procedimento, não possui quaisquer documentos relativos às notas fiscais relacionadas no Relatório Sintegra que serviu de base à autuação, não há como prosperar este item.*

*Desta forma, diante da falta de elementos de prova, o lançamento em questão não possui elementos suficientes para se caracterizar a infração, impondo a sua nulidade com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$131.222,22, conforme demonstrativo de débito abaixo:*

*[...]*

A JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 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.

Inconformado com a Decisão proferida, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 1155/1166). Afirma ratificar os termos de sua defesa e o pedido de que, sob pena de nulidade, todas as intimações relativas ao feito sejam direcionadas ao patrono do recorrente com escritório localizado na Rua Cel. Almerinho Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, CEP 41820-768, Salvador.

Reitera seu pleito de nulidade do lançamento por inexistência do Termo de Início de Fiscalização. E nesta sua argumentação, aduz que a espontaneidade, conforme conduziu a JJF, é um contra censo, pois *“a própria existência do PAF é incompatível com o pagamento espontâneo”*. Também aduz que as intimações para a apresentação de documentos e arquivos magnéticos, por falta de previsão legal, não substitui o termo faltante, pois, datadas de 04/11/08 (fls. 06/07 do PAF), quando a autuação aconteceu em 30/03/09, ou seja, 146 dias depois, momento em que até mesmo o termo de intimação não mais possuía validade. Nessa esteira, afirma que foi afrontada regra estatuída pelo CTN, não podendo ser o contribuinte prejudicado, sobretudo com base em premissas falsas e ilegais. Cita o Acórdão CJF nº 0157-11/09, afirmando que a tese esposada já foi acolhida por este CONSEF.

Também aduz a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do seu direito de defesa, na medida em que a JJF baseou seu julgamento em diligência que não foi cumprida integralmente, uma vez que o autuante não a atendeu, restando, assim, inócua a diligência solicitada. Neste argumento, acrescenta que a simples leitura das notas acostadas aos autos já é suficiente para se constatar inúmeras notas com pagamentos à prazo e parcelados (ex. fls. 415, 417, 420, 421, 423, 424, 428, 434, 437, 441, 462 etc.), o que fortalece a presente argumentação.

No mérito e relativamente à infração 01, diz que seja determinada a exclusão da nota fiscal nº 229402, no valor de R\$27.960,00, do “fluxo de caixa”, por não representar uma operação efetiva já que não escriturada.

Quanto ao cálculo da proporcionalidade, concordando com os percentuais apresentados para as mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária, entende que resta se realizar a proporção pertinente às mercadorias com alíquota de 7% (6% do total das aquisições no período).

Referentemente à antecipação parcial, reitera as razões de defesa e insiste que a matéria aventada *“não foram tratadas de forma de forma regular pela JJF”*.

Diz que em consonância com o Parecer exarado no Processo nº 047744200500, faz jus à redução de base de cálculo em 41,176%, em razão do seu credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00. Nesse sentido, considerando que a concessão já se encontrava vigente, entende que deve ser feita a redução com base no referido Parecer. Cita Acórdãos deste CONSEF para dizer que em se tratando de cobrança por presunção, deve ser considerado o regime especial que possuía, dentro dos mesmos princípios que regem a proporcionalidade.

Consigna que à revelia das decisões e material juntado pela defesa, a JJF exigiu que se provasse *“quais foram as operações anteriores que não foram tributadas, inclusive, se fosse o caso, as operações realizadas à alíquota de 7%”*, o que vai de encontro a todo sentido da norma e das posições firmadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, fazendo incidir imposto, por presunção, como se fatos geradores tivessem sido identificados e comprovados.

Reitera seu pedido de produção de todos os meios de prova em direito admitidos, *“especialmente posterior juntada de documentos e revisão fiscal, pede pela nulidade AI, ou, ainda, pela improcedência do item 01 do AI, ou, pelo menos, com relação ao item 01, o abatimento do percentual de 6% relativo às vendas tributadas com 7% e a dedução, sobre o saldo, de 41,176%, correspondente ao regime especial em vigor na data dos fatos presumidos, com aplicação do art. 155, § único, do RPAF, visando uma maior celeridade processual”*.

A PGE/PROFIS (fls. 1172/1173), através do n. Procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, emite Parecer jurídico ressaltando de que existe nos autos elementos probatórios da extinção o crédito tributário. Conforme termo de confissão de dívida acostado á fl. 1165, o

contribuinte a reconheceu e renunciou a qualquer Recurso tendente a discutir a legitimidade do crédito tributário. Igualmente, o SIGAT acusa a entrada do pagamento realizado aos cofres públicos com o benefício da Lei nº 12.903/2013, de 29/11/2013.

Portanto, consoante determinação do art. 122, do RPAF/BA, extingue-se o processo administrativo com a extinção do crédito tributário, restando prejudicado o Recurso Voluntário interposto.

Opina que a repartição fazendária confira os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte, encerrando o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário exigido.

Às fls. 1176/1179, foi apensada a solicitação do contribuinte para emissão do DAE de pagamento do valor do imposto confessado.

Às fls. 1182/1183, o recorrente apensa aos autos cópia do DAE de pagamento e requerimento nos seguintes termos: “.... *requer a juntada dos documentos anexos, comprovando a adesão a “anistia” e o pagamento do débito confessado, com base na Lei nº 12.903/13, ao tempo em que pede desistência da defesa, e de Recursos, homologação, baixa e arquivamento do PAF.*”

Na assentada de julgamento do dia 02/04/2014, o patrono na empresa afirma renunciar a toda a sua argumetação (nulidades e mérito) constante no Recurso interposto, à exceção ao argumento do benefício a que tem direito e concedido pelo Decreto nº 7799/00.

Por seu turno, a representante da PGE/Profis, presente na sessão de julgamento, informa que no momento em que exarou o Parecer acima descrito, cometeu equívoco em afirmar estar extinto o processo administrativo fiscal.

Adentrando no mérito e relativamente ao único argumento que restou do Recurso, após renúncia dos demais, em mesa, pelo patrono da empresa, afirma não poder comungar com o mesmo já que o benefício fiscal contido no Decreto nº 7799/00 no presente caso não pode ser aplicado. O que ora se discute é a exigência do imposto, apurado através da presunção legal de saldo credor de Caixa - saídas anteriores não oferecidas à tributação, portanto desconhecidas.

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

## VOTO

Na sessão de julgamento, conforme relatado, o patrono da empresa renunciou a todos os argumentos apresentados quando da interposição do seu Recurso Voluntário, a exceção do argumento referente ao seu direito albergado pelo Decreto nº 7799/00.

Diante de tal renúncia, torna-se desnecessário os seus exames. Assim, somente me atenho ao único argumento que restou, ou seja: o recorrente afirma fazer jus à redução de base de cálculo em 41,176%, em razão do seu credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00. Cita Acórdãos deste CONSEF para afirmar que deve ser considerado o regime especial que possui dentro dos mesmos princípios que regem a proporcionalidade da Instrução Normativa nº 56/07.

Apreciando estes argumentos, ressalta que a razão da autuação foi a presunção legal de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, apurada por entradas posteriores não registradas. Esta presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída de mercadorias (não conhecidas), que se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição à título oneroso, e que não estejam contabilizadas, diz respeito à ocultação de receitas. E são sobre estas receitas de vendas ocultas que se exige o imposto, conforme comando do § 4º, art. 4º, da Lei nº 7014/96.

Em assim sendo, a redução de base de cálculo em 41,176%, em razão do seu credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00, é pleito que não pode ser levado em consideração para redução do valor do imposto exigido, uma vez que o fato do recorrente ter credenciamento de atacadista não afeta a Decisão da presente lide.

O art. 1º do Decreto nº 7799/00 assim determina:

**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 anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

**II** - *revogado*

**III** - *revogado*

**IV** - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

§ 3º *O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único deste decreto, destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.*

§ 4º *O valor das vendas de que trata o parágrafo anterior deverá ser somado ao das saídas destinadas contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no caput deste artigo.*

Em assim sendo:

1. Da análise do referido decreto e artigo somente as vendas realizadas aos contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia e a pessoas jurídicas não contribuintes do imposto em operações internas estão albergadas pelo referido benefício fiscal concedido ao recorrente. Ou seja, o benefício fiscal limita a redução da base de cálculo somente nas referidas operações comerciais.
2. Como anteriormente dito, aqui se está a falar de operações anteriores de saídas ocultas ao fisco, portanto sem se ter conhecimento a quem foram as vendas realizadas.
3. Afora que, acaso se tais vendas pudessem ser comprovadas, necessário, ainda, verificar os percentuais de faturamento total do recorrente.

Quanto ao Acórdão CJF nº 0244-11/11, que ratificou o Acórdão JFF nº 0169-05/10 (fls. 1084/1094) trazido pela empresa para consubstanciar sua tese, ressalto ser ele posição somente refletida naquele processo. No mais, não existe nos autos a motivação que levou os Srs. Julgadores/Conselheiros a firmar posição neste sentido. Inclusive lendo o Acórdão da JJF, em momento algum a situação é especificadamente tratada. Apenas aceitaram o resultado da diligência levada a efeito e que, por sua vez, não se sabe se o diligente tomou por base o levantamento realizado pelo autuante ou mesmo inseriu este dado no levantamento que realizou. Em assim sendo, não posso utilizá-lo como paradigma na presente situação.

Quanto ao Recurso de Ofício, este não merece qualquer reparo.

Em relação à infração 1, combatida através do Recuso Voluntário, a JJF, acertadamente, diante das operações comerciais da empresa diligenciou no sentido de que as determinações da Instrução Normativa nº 56/2007 fossem aplicadas. O autuante cumpriu o solicitado (fls. 1019). Assim, não há matéria incontroversa a ser discutida já que a JJF obedeceu às determinações legais vigentes.

Na infração 2, foi aplicada multa acessória pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Como no processo não foram apensadas as notas fiscais motivadoras da autuação, a JJF requereu ao autuante que suprisse esta falta material de prova (fl. 1009). O autuante informou (fl. 1020) não possuir quaisquer

documentos relativos às notas fiscais relacionadas no relatório SINTEGRA (fls. 16/26), base da autuação, uma vez que os documentos fiscais não foram fornecidos pelos respectivos setores da Secretaria da Fazenda objetivando a comprovação da irregularidade apurada.

Diante destes fatos, caminhou bem a JJF em declarar nula a presente infração diante da falta de elementos de prova, impondo a sua nulidade com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício interpostos, solicitando que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos pela empresa.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0302/09-0**, lavrado contra **REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.222,22**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, de 02 de abril 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS