

PROCESSO - A. I. Nº 294635.1202/04-4  
RECORRENTE - UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0199-01/05  
ORIGEM - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 25/10/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0334-12/05

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE ACORDO QUE POSSIBILITE A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. Quando o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo considera-se devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MEDICAMENTOS. Existindo preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial, este deve ser utilizado para determinação da base de cálculo nas operações com medicamentos. Exigência subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTAÇÃO PELO REGIME NORMAL. MULTA. A aplicação da multa é cabível quando as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são tributadas pelo regime normal do imposto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares arguidas. Recurso NÃO PROVADO. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2004, onde são imputadas as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo em 41,176%, sem a devida celebração do Termo de Acordo, previsto no Decreto nº 7.799/00, nos meses de dezembro de 2002, janeiro a março e junho a dezembro de 2003 e janeiro a agosto de 2004, no valor de R\$972.154,43;
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, tendo sido utilizados como fontes no cálculo da referida base de cálculo a Tabela ABCFARMA, fornecida pela SEFAZ/SAT/DPF/GERSU, a Lista de Preço Máximo ao Consumidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED) e o Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia), nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2003 e de janeiro a julho de 2004, no valor de R\$170.798,76.
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada

normalmente, conforme o art. 915, §1º do RICMS/97, em relação a calçados (sandálias havaianas), no mês de março de 2003, com MVA de 35%, suco de côco (leite de côco), nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a agosto de 2004, com MVA de 30%, e álcool nos meses de janeiro a agosto de 2004, com MVA de 31,69%, no valor de R\$17.571,59;

O autuado, em sua peça defensiva, às fls. 6.431 a 6.469, depois de discorrer sobre os princípios da verdade material, inquisitoriedade, tipicidade cerrada e legalidade objetiva, assegurou que o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave, de caráter não apenas eventuais, e que as exigências não observadas não são meramente formais, mas substanciais, entendendo que o Auto é nulo.

Disse ter ficado impedido de exercer a ampla defesa relativa às Infrações 1, 2 e 3 vez que não lhe foram entregues os demonstrativos e documentos necessários para elaboração da impugnação, evitando de nulidade a autuação - transcreveu julgados para embasar suas alegações.

Alegou falta de clareza em relação à infração 1 em razão de não haver sido dada qualquer explicação a respeito da origem dos valores lançados na coluna “Base de Cálculo” no único demonstrativo que recebeu, denominado de “DEMONSTRATIVO RESUMIDO DO ICMS DEVIDO EM FUNÇÃO DA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO”. Alega, ainda que não conseguiu entender como foram apurados tais valores - transcreve ementário do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e a Súmula CONSEF nº 01.

Tratando do mérito da infração 1, transcreveu o art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 e o art. 150, III, “a” a “c” da CF/88 e aduziu que a redação do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 somente surtiu efeitos a partir de 29/05/2003, não podendo o mesmo ser aplicado de forma retroativa aos fatos geradores dos meses 12/2002 e 01 a 03/2003 e, mais do que isso, nenhuma parcela poderia ser exigida face ao princípio da anterioridade, só remanescendo, no entendimento defensivo, a exigência no valor total de R\$564.965,43, vinculada ao exercício de 2004.

Destacou que protocolou pedido para firmar tal Termo de Acordo, o qual foi indeferido em 01/12/2004, por dois motivos:

- a) a existência de sócios em situação irregular e;
- b) existência de débito inscrito em Dívida Ativa. Esclarece que ambos os motivos surgiram de remessa equivocada, no seu entendimento, do processo relativo ao Auto de Infração nº 206930.00007/02-5 para a Dívida Ativa, quando efetuou pedido de controle da legalidade à PGE/PROFIS, requerendo a representação ao CONSEF, a fim de que o órgão julgador aprecie alguns fatos, a exemplo da concretização da decadência prevista no art. 173, I do CTN.

A título probatório, requereu diligência fiscal para a juntada do referido processo e asseverou que não existia motivação para o indeferimento do pedido, caindo por terra a motivação da autuação, além do que a inscrição do débito em Dívida Ativa só ocorreu em 08/03/2004, concluindo que não seria exigível o ICMS relativo aos meses 12/2002 e 01 a 03/2003.

Ainda em relação à infração 1, argumentou que se encontrava na mesma situação de outros contribuintes com quem a SEFAZ/BA firmou o Termo de Acordo, tendo o Estado se mostrado contrário à previsão constitucional do princípio da isonomia, além de que inexiste possibilidade de prejuízo para o Estado, com base no princípio da não-cumulatividade, e que caso venha a ser pago o imposto relativo a esta infração, haverá sim o enriquecimento sem causa do Estado.

Tratando da Infração 02, alegou que o autuante infringiu os princípios da legalidade objetiva e da tipicidade cerrada quando adotou tabelas não oficiais, as quais não se relacionam com a previsão da Cláusula Segunda do Convênio ICMS N° 76/94 que transcreveu, além de não lhe ter entregue os elementos de prova que obteve junto a terceiros, devendo esta infração ser julgada nula.

Transcreveu o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e requereu o cancelamento da multa aplicada na Infração 03 com base neste dispositivo, aduzindo que não houve a prática de fraude, dolo ou simulação nem prejuízo ao erário estadual, tendo sido pago imposto maior que o devido.

Solicitou a realização de diligência/perícia fiscal para que fosse trazida aos autos a comprovação de tudo o que afirmou. Apresentou, ainda, quesitos a serem respondidos pela PGE/PROFIS e por fiscal estranho ao feito.

Por fim, discorreu sobre a constitucionalidade e a natureza confiscatória da multa aplicada nas Infrações 1 e 2, e requereu a nulidade do Auto de Infração e, conforme determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a sua improcedência.

O autuante, em informação fiscal, às fls. 6.485 a 6.491, contestou as primeiras alegações defensivas, alegando que não houve cerceamento de defesa por terem sido atendidas as disposições do art. 46 do RPAF/99, vez que foi dada ciência do Auto de Infração ao contador da empresa, com outorga anexada à fl. 6.427, bem como foram entregues o Auto de Infração e os documentos e demonstrativos a ele anexados, todos em papel exceto pelos demonstrativos analíticos da Infração 1, que foram entregues mediante arquivo eletrônico em CD-ROM, conforme recibo à fl. 6.428.

Acentuou que o autuado além de ter conhecimento em informática, estava ciente que poderia solicitar à INFRAZ a impressão dos demonstrativos entregues em CD-ROM, os quais também poderiam ser verificados a partir das notas fiscais, o valor calculado com e sem a redução de base de cálculo e a diferença de ICMS devida na Infração 1.

Trouxe a transcrição atual e anteriores do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 e disse que o indeferimento do Termo de Acordo está fundamentado neste parágrafo, o qual não sofreu alteração, sendo que não houve alteração substancial no caput do referido artigo, mas apenas a sua extensão aos benefícios previstos nos arts. 3º-A, 3º-B e 3º-C do referido Decreto nº 7.799/00.

Salientou que o autuado efetuou 4 (quatro) pedidos para celebração do Termo de Acordo, todos indeferidos, sendo que a primeira solicitação foi indeferida em 19/05/2003 por omissão de entrega de DMA, nos meses 03 e 04/2003, e de arquivos magnéticos, nos meses 01 a 03/2003, e cancelamento da Inscrição Estadual nº 39.317.865 - CS, colocando os sócios em situação irregular, estando o autuado equivocado quanto ao motivo do indeferimento e tendo utilizado o benefício ao arrepio da legislação desde o início de suas atividades.

Asseverou que ao contrário do que disse o autuado, o indeferimento do Termo de Acordo para contribuinte em situação irregular garante tratamento uniforme para aqueles contribuintes que se encontram em situação regular, e que o autuado efetua a maioria de suas vendas para contribuintes optantes pelo regime simplificado, quando não existe a utilização do crédito.

No tocante à Infração 2, alegou que o autuado, em função de ser atacadista de produtos farmacêuticos, tem conhecimento das listas de preços máximos de venda a consumidor, entendendo assim, ser desnecessária a sua entrega juntamente com a intimação, e que a base de cálculo é este preço, conforme previsto no art. 61, I e §2º, I do RICMS/97 c/c a Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94, atendendo ao disposto no art. 8º, §3º da LC 87/96.

Explicou que os valores relativos à Infração 03 estão claramente demonstrados no levantamento anexado aos autos (fls. 6.388 a 6.423), onde, na última folha, o autuado apôs a ciência do seu recebimento.

Por fim, entendeu que os pedidos de diligência solicitados são desnecessários e protelatórios e opinou pela procedência da autuação.

Submetido a pauta suplementar, a 1ª JJF deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA (fl. 6.494) para:

- a) que o autuado juntasse ao processo as cópias das listas de preços onde foram divulgados os preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelos estabelecimentos industriais, utilizadas para determinar a base de cálculo da Infração 2, indicadas na descrição da referida infração como sendo a Tabela ABCFARMA, a Lista de Preço Máximo ao Consumidor da ANVISA/CMED e o Suplemento Lista de Preços da Revista Guia da Farmácia;
- b) em seguida, intimar o contribuinte, entregando-lhe, mediante recibo específico, cópia dos novos documentos acostados juntamente com os constantes às fls. 12 a 6.070 e 6.291 do presente processo e;
- c) naquela oportunidade, informar ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que se manifestasse nos autos - havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal.

A diligência foi cumprida, tendo o autuado recebido às cópias indicadas e sido cientificado da reabertura do prazo de defesa (fls. 6.497 a 6.565), contudo, o autuado guardou silêncio.

Os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual acordaram, por unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração, com base nas seguintes considerações:

O ilustre relator da 1<sup>a</sup> JJF em seu voto diz que quanto a afirmação do autuado de que não lhe foram entregues os demonstrativos e documentos necessários para elaboração da impugnação em relação às Infrações 1, 2 e 3, constatou que o procurador do autuado, constituído mediante documento presente aos autos, declarou ter recebido cópia de todos os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, sendo os referentes à Infração 1 em meio magnético e os relativos às Infrações 2 e 3 em papel.

Diz ainda, que para que não pairasse dúvida quanto à possibilidade da ampla defesa, foi efetuada diligência para que fossem entregues os elementos de prova obtidos junto a terceiros, as listas de preços, bem como fossem entregues também em papel os demonstrativos referentes à Infração 01, os quais já haviam sido entregues em meio magnético, reabrindo o prazo de defesa ao autuado. Destaca que estes demonstrativos demonstram de forma analítica a relação das notas fiscais e dos produtos objeto da autuação. Rejeitando, portanto, as preliminares de nulidade.

Ressalta também, que quanto à argüição de inconstitucionalidade das multas aplicadas por entender que são confiscatórias, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Entende que com elementos contidos nos autos, esta convicto de que é desnecessária a diligência para que seja anexada a cópia do processo relativo ao Auto de Infração nº 206930.0007/02-5, vez que foi realizada diligência para a anexação das provas que não constavam neste processo.

Esclarece que quanto à questão de mérito suscitada pelo autuado, quando cita o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00, fazendo referência ao pedido de Termo de Acordo, o qual foi indeferido em 01/12/2004, o sócio fica em situação irregular perante a SEFAZ/BA somente quando outro estabelecimento da empresa tem sua inscrição cadastral cancelada ou participa da composição societária de outra empresa que está em situação cancelada. Desta forma, só este motivo já seria suficiente para que não fosse assinado o Termo de Acordo, conforme a sua Cláusula Segunda.

Além disso, o benefício pleiteado é condicionado à assinatura de Termo de Acordo, não podendo o autuado utilizá-lo antes que este seja firmado, pois não há como convencionar a concessão do benefício de forma retroativa sem previsão legal que a autorize.

O autuado argumentou, ainda em relação à Infração 1, pois diz que o autuado não provou as suas alegações de que o Estado se mostrou contrário à previsão constitucional do princípio da isonomia, considerando que se encontrava na mesma situação de outros contribuintes com quem a SEFAZ/BA firmou o Termo de Acordo, e que inexiste possibilidade de prejuízo para o Estado,

com base no princípio da não-cumulatividade. Mas, assevera que mesmo que o tivesse feito, tal prova só teria o condão de anular o benefício concedido, posto que o mesmo teria sido de forma ilegal, pois, neste caso, seria ferida a isonomia em relação aos contribuintes que cumprem as suas obrigações principais e acessórias regularmente, existindo para o Estado prejuízo moral, além do material com a perda de arrecadação nas operações destinadas às empresas optantes pelo regime SimBahia.

Conclui a análise da Infração 1, entendendo que é subsistente.

No tocante à Infração 2, quanto à nulidade pelo cerceamento de defesa, conforme já explicitado anteriormente, ressalta que a mesma foi afastada com a realização da diligência para a entrega das listas de preços máximos de venda a consumidor sugeridas pelo estabelecimento industrial, estando prevista a utilização das mesmas para determinação da base de cálculo na Cláusula Segunda do Convênio ICMS Nº 76/94, não tendo o autuado se manifestado após a sua apresentação, embora tivesse sido reaberto o prazo de defesa.

Informa que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, determina que os laboratórios, divulguem ao público, mediante a publicação em revistas especializadas, tais como ABCFARMA, GUIA DA FARMÁCIA, KAIROS, etc., os preços máximos sugeridos para comercialização dos medicamentos.

Salienta que não há razão para os questionamentos do autuado, haja visto que tais informações são de conhecimento público, principalmente das empresas que comercializam medicamentos. Entende, desta forma, que a base de cálculo foi apurada nos termos previstos na legislação tributária, especialmente no art. 61, §2º, I do RICMS/97 c/c a Cláusula Segunda do Convênio ICMS Nº 76/94, estando a infração caracterizada.

Diz que, na Infração 3, a multa não foi aplicada por descumprimento de obrigação acessória, e sim principal, apenas tendo sido dispensada a exigência do tributo com base no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, só podendo ser dispensada ou reduzida pela Câmara Superior deste CONSEF ao apelo de equidade, conforme estabelece o §8º do art. 42 da citada Lei nº 7.014/96 e o art. 159, §1º do RPAF/99. Desta forma, entende que a exigência é subsistente.

Por fim, vota pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado apresenta Recurso Voluntário, às fls. 6595 a 6606, para, de início, tecer considerações a respeito do Auto de Infração, reiterando suas razões e comprovações acerca da nulidade e da improcedência da autuação.

Destaca que restou ferido o art. 127 do RPAF/99 quando não recebeu cópia da informação fiscal, não obstante terem sido aduzidos fatos novos. Diz ainda, que apenas através do Acórdão JJF Nº 199-01/05, ora recorrido, é que ficou sabendo do teor da informação fiscal.

Diz que o autuante, quando da remessa do PAF, em diligência, à INFRAZ de origem, acostou diversos documentos ao processo e, que a até a presente data, não ter recebido cópia dos mesmos.

Assevera, acerca da infração 1, que foi dito na impugnação, pelo autuado, e restou confirmado pelo autuante, na sua informação fiscal, que o dispositivo legal transscrito no Auto de Infração, para descrição da suposta infração 01, só foi trazido à legislação tributária estadual no exercício de 2003 com a entrada em vigor do Decreto nº 8.548 de 28/05/03, com efeitos a partir de 29/05/2003. Assim, alega o autuado que não poderia ela ter sido utilizada, pelo autuante, como fundamentação legal na exigência do imposto, relativamente a fatos anteriores à citada data. Mais que isso, em face ao princípio constitucional da anterioridade, nenhuma parcela do importo poderia ter sido exigida dentro do próprio exercício de 2003. – cita art. 150 do texto constitucional.

Considera que ainda que restasse comprovada a acusação fiscal, só poderia remanescer a exigência vinculada ao exercício de 2004, no valor total de R\$564.965,43.

Quanto ao fornecimento de documentação ao sujeito passivo, Infrações 01 e 02, diz que no ato da lavratura do Auto de Infração não lhe foi fornecida, devidamente impressa, cópia dos demonstrativos fiscais analíticos da Infração 01 e que a legislação não prevê que cabe ao autuado imprimir demonstrativos fiscais, além do fato de que o meio magnético fornecido pelo autuante continha, provavelmente, erro físico de não permitiu a leitura do seu conteúdo.

Destaca que ainda não recebeu os citados demonstrativos analíticos e que se a SEFAZ, por acaso, os entregou, o fez a pessoa ilegítima e que somente o advogado da empresa, com procuração nos autos, tem poderes para tanto. Assevera que a SEFAZ não pode intimar ou entregar documentos a pessoas que não representam legalmente a empresa autuado, sob pena de remanescer dúvida a respeito do destino final dos encaminhamentos.

Destaca entendimento pacífico do CONSEF, de que não cabe ao autuado dirigir-se à INFRAZ para solicitar cópia de demonstrativos fiscais, a fim de elaborar defesa.

Alega, por conta do exposto, que acabou ficando impossibilitado de entender e compreender os números apresentados, não lhe sendo possível, portanto, interpretar o demonstrativo fiscal vinculado à Infração 01.

Na Infração 2, alega falta de respaldo legal para apuração da base de cálculo da forma feita pelo autuante, dizendo que o mesmo não chegou a seguir exatamente o que dispõe a cláusula segunda do Convênio ICMS N° 76/94 – cita a norma legal. Diz ainda que o autuante, por conta própria, adotou tabelas não oficiais, “*Tabela da ABCFARMA e do Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia), as quais em nada se relacionam com a previsão da cláusula acima citada, quais sejam: Tabela de preços sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na sua falta, sugestão de preços máximos de venda a consumidor, feita pelo estabelecimento industrial. Reclama o Princípio da tipicidade Cerrada e assevera que o autuante não justificou nem explicou a impossibilidade de fazer uso da 1ª fonte, conforme determina a Cláusula 2ª do convênio ICMS N° 76/94*”.

Aduz que no auto em lide, tal situação se mostra agravada pelo fato de o preposto fiscal não ter seguido o que determina o art. 46 do RPAF/99, não entregando ao contribuinte os elementos de prova que obteve junto a terceiros, tais como, tabelas de preços em que se baseou para apurar a base de cálculo do ICMS exigido.

O autuado alega ter seguido, estritamente, as determinações legais quanto da apuração do imposto a pagar.

Questiona, sob pena de nulidade, a falta de apreciação, pelo julgador de 1ª Instância, da alegação exposta pelo autuado, intitulada “*4º argumento quanto ao mérito – da falta de prejuízo para o Estado*” e do pedido de diligência que se destinava a ver respondidos quesitos formulados pelo contribuinte. Assevera que o julgador, além de não haver deferido a diligência, também não a inferiu, e pior, sequer justificou a eventual denegação.

Aduz que, em prejuízo do autuado, deixaram de ser esclarecidos diversos aspectos no PAF e o relator da 1ª Instância, de maneira flagrante, descumpriu disposições legais e, neste sentido, não vê como pode o PAF ser levado adiante.

No âmbito da Infração 3, de início, destaca que o imposto foi pago pelo autuado e que a alegação do autuante é de que apenas o teria feito em “momento inapropriado”. Considera que, desse modo, cumpriu com a obrigação principal e que nesse sentido, impor uma penalidade de 60% sobre o montante do tributo é coisa que, apesar de prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabe no contexto destes autos, por questão de justiça fiscal e até mesmo de bom senso – transcreve §7º

e §8º do art. 42 da referida Lei para dizer do poder que tem o CONSEF para deixar de cobrar a multa imposta.

Conclui dizendo que considerando que o imposto foi pago, pede a CJF que, fazendo uso do bom senso e buscando a justiça fiscal, ponha fim à cobrança descrita na Infração 3.

Em seu último argumento, diz que com base no art. 42 da Lei nº 7.014/96, o Estado aplicou uma penalidade de 60% sobre o valor do imposto, para as infrações 1, 2 e 3. Pede aos Conselheiros do CONSEF bom senso para respeitar a capacidade contributiva assegurada ao contribuinte, impossibilitando que a tributação comprometa seus rendimentos e prejudique sua subsistência. Além dos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, diz que o princípio da moralidade administrativa também deve ser observado, pois segundo ele, estão vinculados aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, economicidade, motivação do ato e proibição de desvio da finalidade. Cita a doutrina e a jurisprudência quando aborda o caráter confiscatório da multa.

Assevera que a multa de 60% é confiscatória e atenta contra o direito da propriedade e a segurança jurídica. Cita a CF de 1988 dizendo que o confisco é expressamente refutado. Conclui dizendo que se, no caso remoto de se restar subsistente algum valor de exigência de imposto, infração 1 e 2, ou mesmo de exigência de multa, infração 03, que seja cancelado ou reduzido, para um valor razoável, o percentual de 60%, ora analisado.

Por fim, ao cabo de seu arrazoado, pede ao CONSEF pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração em lide. Ou, se assim não entender, que seja anulado o julgamento da 1ª JJF, para que seja levado a afeito novo julgamento de 1ª Instância, a salvo de incorreções, inclusive com o fornecimento de cópia dos levantamentos e documentos fiscais ao advogado da Empresa.

A PGE/PROFIS exara Parecer às fls. 6608 a 6611, dizendo, em breve síntese, que o Recurso Voluntário aborda os seguintes itens, e comenta:

- a) que não foram entregues ao autuado os demonstrativos e documentos necessários para a elaboração da impugnação;
- b) que não houve clareza na formação da base de cálculo;
- c) que o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7799/00, não poderia ser aplicado, pois só entrou em vigor em 29/05/2003;
- d) que o indeferimento do pedido de Termo de Acordo foi indeferido de forma arbitrária, por conta de erro perpetrado pela PROFIS, que na representou ao CONSEF e, inadvertidamente, inscreveu o débito em Dívida Ativa;
- e) que houve desrespeito ao princípio da isonomia, pois estava na mesma condição de contribuintes que aderiram ao Termo de Acordo obrigatório;
- f) que as tabelas usadas para mensuração da base de cálculo do imposto não eram oficiais;
- g) que a multa deveria ser cancelada pois não houve dolo, fraude ou simulação e;
- h) que a multa aplicada é confiscatória.

Com respeito ao item “a”, o ilustre procurador diz não haver dúvidas de que o suplicante teve acesso a todos os documentos fustigados, tanto por meio magnético como em papel. Aduz que a legação defensiva de cerceamento de defesa chega a ser inverossímil, vez que o PAF é composto de mais de 6.600 laudas, em sua maioria documentos fiscais e demonstrativos técnicos – entende pelo não acolhimento desta preliminar.

Com respeito ao item “b”, entende que as tabelas acostadas aos autos, fls. 6.498 a 6.563, se emolduram perfeitamente ao disposto na cláusula 2ª do Convênio ICMS Nº 76/94 – Não Acolhe a tese defensiva.

No que tange à questão da não possibilidade da utilização do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00, por conta de suposta vigência posterior aos fatos geradores do Auto de Infração, entende também não ter procedência – justifica sua assertiva com um breve cotejo entre a legislação vigente e os textos legais anteriores, considerando que em nada foram modificados no que concernem à obrigatoriedade do Termo de Acordo.

Diz que em relação à questão da falta de motivação para o indeferimento do pedido de Termo de Acordo, prefere, o Ilustre procurador, não tecer maiores comentários, pois entende ser frágil a ilação obrada pelo recorrente de que o simples pedido de deferimento de controle de legalidade teria o condão de forcejar à PGE a representar ao CONSEF. Aduz que pedido laborado pelo recorrente no sentido de firmar o Termo de Acordo já havia sido indeferido por três vezes – entende o Ilustre procurador que a defesa deste item tem a finalidade de desviar a atenção do julgador do fato de que existem sócios em situação irregular perante a Fazenda Estadual, além de tentar usufruir de uma condição legal sem os requisitos necessários para tal, denotando um dolo, no mínimo eventual, na prática do ato infracional – opina pelo não cancelamento da multa, pela improcedência do pedido, considerando o evidente dolo.

Com respeito ao item que trata da confiscatoriedade da multa, item “g”, considera que o fato de o contribuinte entender que a multa é confiscatória, não configura a nulidade do procedimento, pois a multa é aplicada pelo executivo, em cumprimento da Lei emanada do legislativo, sem que caiba ao aplicador entendê-la elevada ou insuficiente.

Conclui pelo Improvimento do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

## VOTO

Da análise do presente PAF, observo que o autuado em seu Recurso Voluntário faz os seguintes questionamentos:

1. que não lhe foram entregues os demonstrativos e documentos necessários para elaboração da eficaz da peça defensiva;
2. que não houve clareza na formação da base de cálculo;
3. que o art. 7º, Parágrafo Único, do Decreto nº 7799/00, não poderia ser aplicado, pois só entrou em vigor em 29/05/2003;
4. que o pedido de Termo de Acordo foi indeferido de forma arbitrária, por conta de erro perpetrado pela PGE/PROFIS, que não representou ao CONSEF e, inadvertidamente, inscreveu o débito na Dívida ativa;
5. que houve desrespeito no princípio de isonomia, pois estava na mesma condição de contribuintes que aderiram ao Termo de Acordo obrigatório;
6. que as tabelas usadas para mensuração da base de cálculo do imposto não eram oficiais;
7. que a multa deveria ser cancelada pois não houve dolo, fraude ou simulação, e;
8. que a multa aplicada é confiscatória.

De pronto, afasto qualquer nulidade da autuação, pois, em momento algum, foi negada ao contribuinte a possibilidade de defesa, mesmo porque, os documentos foram integralmente entregues a pessoa legal constituída para recebê-los, ainda que o contribuinte assevere que não.

Entendo ainda que houve falta de clareza na formação da base de cálculo, até porque, entendo que as tabelas acostadas aos autos, fls. 6498 a 6563, atendem perfeitamente ao disposto na cláusula 2ª do Convênio ICMS nº 76/94, além disso, medidas forma tomadas, ao longo desse processo para garantir o amplo direito ao contraditório e, em nenhum momento, houve omissão de informação pro parte da Fazenda dos documentos acostadas aos autos.

Com respeito ao art. 7º, Parágrafo Único, do Decreto nº 7799/00, que autuado assevera que não poderia ser aplicado, pois só entrou em vigor 29/05/2003, não vejo como acolher tal argumentação em razão de o conteúdo do texto legal não ter sido em nada modificado no que concerne à obrigatoriedade do Termo de Acordo.

Com respeito à modificação para o indeferimento do pedido de Termo de Acordo, não entendo como a PGE/PROFIS, no papel de controle de legalidade, poderia representar ao CONSEF vez que o pedido no sentido de firmar o Termo de Acordo já havia sido indeferido por três vezes em razão do fato de que existem sócios em situação irregular perante a Fazenda Estadual. Entendo também que os requisitos previstos devem ser atendidos, o que não aconteceu, de que maneira o Termo de Acordo possa ser firmado. Assim, não há como está ferindo o princípio da isonomia.

Com respeito à nulidade suscitada contra a Decisão de 1ª Instância, não cabe razão ao autuado, na medida em que apresenta motivos inconvenientes para suscitar o seu pedido.

Por fim, em relação ao questionamento da confiscatoriedade da multa, não há como se questionar o dispositivo legal.

Assim voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de 1ª Instância que julgou o presente Auto de Infração PROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 294635.1202/04-4, lavrado contra UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.142.953,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$17.571,59, prevista no art. 42, II, “d” e §1º, da mesma lei.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Nelson Antonio Daiha Filho, José Antonio Marques Ribeiro, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS