

PROCESSO - A. I. Nº 206828.0003/03-0  
RECORRENTE - CHAFIK MAMED SUFI & CIA. LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0232-03/05  
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 09/11/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0378-12/05

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. PERDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A concessão do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.488/98 é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre as partes (SEFAZ e contribuinte). Como o contribuinte descumpriu o acordo firmado, o imposto foi exigido sem a redução da base de cálculo. Rejeitada, por maioria, a preliminar de nulidade e, por unanimidade, a solicitação de diligência. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$77.182,54, em razão de quatro irregularidades. É objeto do presente Recurso Voluntário a quarta infração, a qual exige imposto, no valor de R\$ 64.189,68, em decorrência da falta de seu recolhimento nas saídas de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Consta, na descrição dos fatos, que “*O contribuinte promoveu vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal obrigatório, portanto a destinatários não identificados, e, para dissimular tais operações irregulares, simulou operações de vendas a diversos contribuintes inscritos e/ou com inscrição cancelada nos cadastros deste Estado e do vizinho estado de Minas Gerais, conforme relação exemplificativa de notas fiscais inidôneas emitidas, acompanhada de uma via de cada nota fiscal fraudada, de extratos fornecidos pelo SINTEGRA e de declarações de contribuintes negando haver realizado as compras relativas a tais notas fiscais. Em consequência, ocorreu a rescisão automática do Termo de Acordo (cópia anexa) celebrado em 26/05/1999, com fundamento no Decreto 7488/98, hipótese prevista em sua Cláusula Décima, por infringência às Cláusulas Primeira e Sétima.*”

O autuado defendeu-se impugnando a quarta infração e reconhecendo a procedência das demais. O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fosse informada a situação cadastral dos adquirentes das mercadorias arroladas na infração 4, bem como fossem entregues cópias de documentos ao autuado e reaberto o prazo de defesa. A diligência foi atendida e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado procedente, conforme o Acórdão JJF Nº 0338-04/04 (fls. 320 a 327).

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde suscitou a nulidade da Decisão recorrida, alegando que, após a realização da diligência, não lhe foi reaberto o prazo de defesa. Por meio do Acórdão CJF Nº 0447-11/04, a Decisão da Primeira Instância foi declarada nula, e determinado o retorno do PAF à Junta de Julgamento para saneamento e nova apreciação da infração 4.

Retornando o PAF à Primeira Instância, foi determinada a entrega ao autuado dos documentos acostados ao processo e a reabertura do prazo de defesa em 30 dias (fls. 386 e 389/390). Tempestivamente, o autuado apresentou nova defesa (fls. 392 a 403), o autuante prestou informação fiscal (fls. 406 e 407) e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado procedente, consoante o Acórdão JJF Nº 0232-03/05 (fls. 409 a 421).

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora afastou a preliminar de nulidade suscitada em relação à intimação expedida pela INFRAZ Vitória da Conquista, argumentando que o contribuinte recebeu cópia da solicitação de diligência (fl. 386), onde estava consignado que se tratava de reabertura do prazo de defesa de 30 dias. Também não acatou a preliminar de nulidade referente à falta de recebimento de extratos do SINTEGRA, de declarações de comerciantes e de notas fiscais, pois foram fornecidos ao contribuinte fotocópia de todos os documentos constantes do PAF.

Ao adentrar no mérito da infração 4, a relatora manteve a exigência fiscal, sob o argumento de que o não cumprimento do disposto em qualquer das cláusulas do Termo de Acordo celebrado entre a SEFAZ e o autuado implicava rescisão do benefício fiscal, independentemente de qualquer comunicação. Afirmou que as duas diligências efetuadas pela ASTEC comprovaram a veracidade das provas acostadas ao processo pelo autuante, conforme demonstrativos que a relatora elaborou em seu voto. Ressaltou que na lide não se está discutindo “calçamento” de notas fiscais, duplicidade na emissão de documentos fiscais, nem qualquer presunção de ocorrência do fato gerador do ICMS. *Aduziu que o fato de que alguns contribuintes mencionados pelo autuante estavam com suas inscrições estaduais “ativas” não elide a autuação, haja vista que as provas foram trazidas aos autos apenas a título exemplificativo: não se está exigindo o ICMS com base na inidoneidade dos documentos fiscais, mas na apuração do imposto sem o benefício da redução fiscal da base de cálculo, em razão de ter ficado comprovado que o autuado promoveu saídas de mercadorias sem a emissão de notas fiscais e procurou dissimular tais operações com a realização de saídas de produtos a contribuintes adquirentes fictícios ou que não os receberam efetivamente.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 3<sup>a</sup> JJF, o autuado, ora recorrente, apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, alegando que a intimação efetuada pela INFRAZ Vitória da Conquista não determinou a reabertura do prazo de defesa, limitando-se a intimar o recorrente para que se manifestasse sobre os documentos que lhe foram entregues naquela oportunidade. Frisa que a reabertura do prazo de 30 dias para se manifestar sobre documentos acostados ao processo não se confunde com a reabertura do prazo de defesa.

Ao comentar a Decisão recorrida, o recorrente sustenta que as modificações introduzidas no Decreto nº 7488/98, pelos Decretos nºs 7799/00 e 8409/02, exigem que o desenquadramento do benefício tributário previsto no Termo de Acordo seja precedido de denúncia formal. Solicita que a PGE/PROFIS se manifeste sobre esse fato, bem como classifica a Decisão recorrida de confusa e contraditória. Alega que as declarações de fls. 141, 179, 180 e 190 não estão acompanhadas de cópia do contrato social das empresas, para comprovar que os declarantes são os verdadeiros sócios das empresas. Diz que o autuante deveria ter apresentado cópia dos livros fiscais dos destinatários das mercadorias.

Ao abordar o mérito da lide, o recorrente ratifica todos os termos da defesa inicial e das peças posteriores. Assegura que na emissão das notas fiscais não houve fraude, que os documentos utilizados foram autorizados pela SEFAZ e que não houve “calçamento”, “clonagem” ou emissão de nota fiscal em duplicidade. Diz que a exigência fiscal está baseada em presunção, porém o RICMS-BA não admite presunções que não sejam as previstas na legislação. Solicita que o setor competente informe a partir de quando os dados cadastrais dos contribuintes estão disponíveis no “site” da SEFAZ.

Salienta que o CONSEF tem entendido que nota fiscal é prova da efetiva operação, não tendo efeito a simples negativa do recebimento das mercadorias por parte dos destinatários. Aduz que

cabe aos destinatários ingressar com ação regressiva contra o vendedor, o que diz nunca ter ocorrido. Diz que esse mesmo entendimento do CONSEF deve ser aplicado em seu favor, para que não haja a utilização de dois pesos e duas medidas.

Diz que o levantamento feito pelo autuante não encontra respaldo nos roteiros de auditoria empregados pela Secretaria da Fazenda, tendo sido utilizados critérios incomuns que não encontram amparo na legislação tributária. Em seguida, passa tecer considerações sobre a autuação, com base nas diligências efetuadas pela ASTEC.

Aduz que os contribuintes Aurely Gomes de Oliveira (CNPJ 64.232.093/000162), Domingos de Souza Batista (CNPJ 19.912.104/0001-09), Rubens Aguilar Rocha (CNPJ 20.293.957/0001-80), João Ferreira dos Santos (CNPJ 17.136.375/0001-86), Giovano Antunes Luz (CNPJ 18.018.564/0001-17) e Joel Costa Pereira (CNPJ 17.122.359/0001-34), relacionados pelo autuante como irregulares, ainda constam no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica como em atividade, conforme os documentos anexados às fls. 382 a 307. Ressalta que, na época da ocorrência, não dispunha de meios de consulta junto ao SINTEGRA, valendo-se apenas do “site” da Receita Federal. Argumenta que as falhas existentes na autuação evidenciam que não agiu de má-fé, e sim, em razão da dificuldade em identificar se um contribuinte de outro Estado está ou não ativo.

Classifica o desenquadramento retroativo da condição prevista no Termo de Acordo como injusto, pois não houve má-fé ou fraude. Salienta que o desenquadramento depende de denúncia mediante ato formal da administração, como prescreve a legislação, de acordo com o princípio do contraditório e da segurança jurídica. Cita Parecer emitido pela GECOT, onde é definida, à luz do art. 36 do RICMS-BA, a expressão “contribuinte do ICMS”. Reafirma que não existem elementos nos autos que comprovem a alegação de que estaria promovendo saídas de mercadorias para destinatários não identificados, mediante operações irregulares, o que diz impor a nulidade da exigência fiscal. Diz ser oportuna produção de nova prova pericial, pois a presunção arrolada pelo autuante não está prevista no § 3º do artigo 2º do RICMS-BA e, portanto, o ônus da prova cabe a quem alega.

Ao finalizar, solicita que a infração 4 seja declarada nula em razão de cerceamento de defesa, da inexistência de denúncia do Termo de Acordo, da falta de previsão legal para a presunção utilizada e da falta de caracterização da infração. Acrescenta que, que em última instância, a alíquota integral seja aplicada apenas nas operações realizadas para contribuintes comprovadamente cancelados, sem que isso represente um reconhecimento de débito.

Ao exarar o Parecer de fls. 450 a 453, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a omissão na intimação feita pela INFRAZ Vitória da Conquista não causou qualquer prejuízo ao recorrente, sendo despropositada a nulidade requerida. Ressalta que a Decisão prolatada pelo CONSEF às fls. 357/360 teve como base o pedido de nulidade feito pelo recorrente às fls. 341/342, o que comprova o acolhimento do pleito de reabertura de prazo de defesa.

Afirma que, na época da ocorrência dos fatos geradores, a legislação vigente não previa a necessidade da revogação do Termo de Acordo ser precedida por denúncia. Diz que não se pode aplicar ao caso a retroação da norma mais benéfica ao recorrente, pois se trata de uma norma que concede benefício fiscal e, portanto, deve ser interpretada de acordo com o art. 111 do CTN. Assevera que, no presente caso, não existiu inversão do ônus da prova. Diz que as notas fiscais emitidas fazem prova contra o autuado, no que se refere à certificação da ocorrência de uma operação de circulação de mercadorias. Salienta que a legislação tributária prevê que os contribuintes do ICMS devem verificar a situação cadastral dos destinatários das mercadorias por ele comercializadas. Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Afasto a preliminar de nulidade suscitada no Recurso Voluntário em relação à intimação

efetuada pela Inspetoria de Vitória da Conquista, pois, conforme consta no documento de fl. 386, do qual o sujeito passivo recebeu cópia, o processo foi convertido em diligência para que lhe fosse entregue cópia de documentos, bem como para que fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias. Além disso, ao se pronunciar nos autos, o recorrente apresentou uma verdadeira defesa, fls. 392 a 403, onde abordou os diversos aspectos da infração impugnada, exercendo plenamente o seu direito de defesa. Dessa forma, mesmo admitindo que a intimação foi efetuada de forma diversa da prevista, ela atingiu o seu objetivo e, portanto não há razão para a sua nulidade, consoante o disposto no § 2º do art. 18 do RPAF/99.

O desenquadramento do recorrente do tratamento tributário em questão não incidiu em cerceamento do direito de defesa e nem em ilegalidade, pois a legislação vigente à época da ocorrência (Dec. 7.488/98 e o Termo de Acordo celebrado) previa que o descumprimento do disposto em qualquer das cláusulas do Termo de Acordo acarretava a rescisão automática do benefício fiscal, independentemente de qualquer comunicação. Como foi bem explicada pelo representante da PGE/PROFIS em seu Parecer, não há a possibilidade da aplicação retroativa dos Decretos nºs 7799/00 e 8409/02, uma vez que se trata de um benefício fiscal.

A Decisão recorrida, ao contrário do afirmado pelo recorrente, não se apresenta confusa ou contraditória. O voto proferido pela ilustre relatora abordou todos os argumentos articulados nas defesas e nas manifestações posteriores. A lide foi decidida com a devida fundamentação, não havendo vício que a macule de nulidade.

Quanto à diligência sugerida pelo recorrente, entendo que a mesma não é necessária, pois os elementos existentes no processo são suficientes para o deslinde da questão, conforme ficará demonstrado mais adiante.

Adentrando no mérito, constato que a acusação feita pelo autuante está baseada em demonstrativos, em documentos fiscais emitidos pelo recorrente com destino a contribuintes cancelados ou baixados, em declarações de contribuintes negando que tenham feito as aquisições e em extratos do SINTEGRA, estando todos esses elementos probantes acostados ao processo. Dessa forma, não pode prosperar a tese recursal de que a autuação está baseada em presunção.

O fato de alguns contribuintes estarem com a inscrição ativa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica não elide a autuação, pois esses contribuintes estavam com a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS cancelada ou baixada, conforme provam os extratos acostados ao processo. Mesmos que alguns contribuintes estivessem efetivamente ativo, esse fato não elidiria a autuação, pois as ocorrências citadas pelo autuante são apenas exemplos. Mesmo que se excluíssem os casos enumerados na Defesa e repetidos no Recurso Voluntário, a acusação ainda subsistiria, pois vários contribuintes estão comprovadamente cancelados e ou baixados, o que já seria suficiente para caracterizar a emissão fraudulenta de documento fiscal e, em consequência, justificar o cancelamento do benefício fiscal da redução da base de cálculo. Esse mesmo argumento serve para as declarações de fls. 141, 179, 180 e 190, já que mesmo excluindo da autuação essas declarações a infração ainda subsistiria.

De acordo com a legislação tributária vigente à época, os contribuintes tinham a obrigação tributária acessória de exigir dos outros contribuintes, nas operações que com eles realizassem, a exibição do então Documento de Informação Cadastral (DIC), sob pena de responder pelo imposto que deixar de ser recolhido (art. 142, inciso I, do RICMS-BA/97, com a redação da época). Portanto, o fato de o recorrente não ter, à época, acesso ao SINTEGRA não elide a autuação.

Apesar de já ter sido essa matéria explicada na Decisão recorrida, ressalto que não se está acusando o recorrente de ter efetuado “calçamento”, “clonagem” ou emissão de nota fiscal em duplicidade. O imposto que está sendo exigido é decorrente da utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo.

Quanto ao posicionamento do CONSEF em relação às notas fiscais como elementos probantes das

operações nelas descritas, o argumento do recorrente, além de já ter sido rechaçado na Decisão recorrida, não merece prosperar, pois, no caso em tela, restou comprovado que as notas fiscais emitidas pelo recorrente não se referiam a efetivas operações e foram emitidas com fins fraudulentos. Nessa situação, não há como se considerar que as operações descritas nesses documentos fiscais retratem a realidade dos fatos. Esses documentos fiscais, apesar de revestidos das formalidades legais, são inidôneos, nos termos do art. 209, V e VI, do RICMS-BA/97.

Em face do comentado acima, entendo que a infração está caracterizada e que, portanto, a utilização da redução da base de cálculo foi indevida. Ressalto que não pode ser atendido o pedido para que seja cobrado ICMS apenas em relação aos contribuintes com inscrição cadastral irregular, pois a relação de contribuinte em situação irregular é apenas exemplificativa.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, a qual está correta e não merece reparos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 206828.0003/03-0, lavrado contra **CHAFIK MAMED SUFI & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.182,54**, sendo R\$72.227,32, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$64.334,50 e 70% sobre o valor de R\$7.892,82, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e 70% sobre o valor de R\$4.955,22, prevista no art. 42, III, da citada Lei e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

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

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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