

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0002/05-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e R.R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - R.R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0018/06
ORIGEM - COFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 29/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0254-12/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infrações caracterizadas. Diligência fiscal reduz o valor do débito. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O autuado comprovou na defesa apresentada que o imposto foi recolhido na sua totalidade. Infração não caracterizada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. O processo em que o contribuinte propôs a celebração de Termo de Acordo para a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações de venda em atacado, foi indeferido pela autoridade fazendária. A legislação tributária determina que a utilização do benefício fiscal requerido pelo contribuinte só pode ocorrer depois da celebração do Termo de Acordo, fato que não ocorreu. Infração comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à mercadoria adquirida com imposto antecipado. Infração caracterizada. b) FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. Exige-se o estorno do crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias quando estas forem**

objeto de saída com alíquota inferior à da aquisição. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Em obediência ao art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00 a 3ª JF recorreu de ofício da presente Decisão. O contribuinte por sua vez inconformado com a Decisão que não lhe fora inteiramente favorável apresenta o seu Recurso Voluntário. Observo que a presente resolução foi retificada exclusivamente para ser acrescentado o necessário Recurso de Ofício.

Para que tenhamos uma idéia concreta do ocorrido passamos a resumi-los sem prejuízo de que todos os fatos e argumentos apresentados e que embasaram os respectivos Recursos, sejam devidamente analisados.

O lançamento de ofício, lavrado em 31/03/2005, exige ICMS e multas e se referem às seguintes infrações:

1. *Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - R\$60.943,88 (2002).*
2. *Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício - R\$65.761,94 (2003).*
3. *Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o contribuinte protocolou pedido de Termo de Acordo para redução de base de cálculo nas saídas de mercadorias, nos termos do Decreto 7.799 de 09/05/00, que foi INDEFERIDO. Mesmo assim, o contribuinte emitiu e escriturou suas notas fiscais, aproveitando-se do benefício a que não tinha direito, referente aos exercícios de 2000 a 2003 - R\$2.532.368,55.*
4. *Efetudou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o contribuinte utilizou incorretamente a TVA - R\$32.188,39.*
5. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Consta, no campo da descrição dos fatos, que também se creditou em duplicidade do ICMS incidente sobre as notas fiscais de nº 159067, 9996 e 10192, lançadas no livro de entrada de mercadorias - R\$27.327,21.*

6. *Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte adquiriu leite do Estado de Pernambuco, creditando-se de 12%, sem efetuar o estorno do crédito de 5%, resultado da diferença entre a alíquota aplicável às operações de leite que é de 7%, e a alíquota de aquisição do produto originário do Estado de Pernambuco - R\$43.953,73.*
7. *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$10.064,57.*

Em seu voto o Sr. relator assim se manifesta: “*impugnante suscitou a nulidade do lançamento fiscal sob a alegação de que no momento que tomou conhecimento do Auto de Infração, não foram entregues pela fiscalização todos os demonstrativos contidos no mesmo e ainda que o prazo de trinta dias concedido para a apresentação da defesa ser insuficiente. Esta JJF determinou a realização de diligência para que fosse entregue todos os demonstrativos, o que foi feito mediante a entrega de um CD, conforme recibo juntado à fl. 5609 e reaberto o prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa, conforme documento juntado à fl. 5610. Rejeito tal pedido, tendo em vista que já na defesa inicial o autuado apresentou argumentos em relação ao levantamento quantitativo procedido pela fiscalização, o que demonstra ter conhecimento dos demonstrativos juntados aos autos e após a diligência determinada por esta JJF, foi entregue ao autuado todos os demonstrativos constantes do Auto de Infração em meio magnético e também reaberto o prazo de defesa, o que possibilitou ao defendente exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer impedimento que cerceasse seus direitos constitucionais. Ademais, o impugnante entendeu perfeitamente a matéria em discussão e apresentou nos autos uma defesa clara e totalmente voltada ao foco da questão.*”

Rejeito o pedido formulado pelo autuado de revisão fiscal por estranho ao feito, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção, nos termos do art. 147 do RPAF/BA.

O autuado alegou que houve refiscalização de exercícios já homologados. O autuante contestou tal argumentação, afirmando que ocorreu anteriormente fiscalização nos exercícios de 2000 e 2001, relativa à omissão de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias oriundas do sistema CFAMT. É pacífico o entendimento jurisprudencial de que a Fazenda Pública tem o direito de revisar os lançamentos tributários. Conforme explicitado pelo autuante, na situação presente foi desenvolvido roteiro de auditorias sumárias nos exercícios de 2001 e 2002, relativo a falta de escrituração de notas fiscais, e nada impede que outros roteiros de auditorias sejam aplicados ao mesmo estabelecimento, e respeitando os prazos de decadência e o imposto exigido não guarda correlação com o mesmo fato gerador do imposto que foi apurado anteriormente.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações. Na defesa apresentada o autuado não impugnou as infrações, 5 e 6, relativas a utilização indevida de crédito fiscal e falta de estorno de crédito fiscal, o que implica ter tacitamente reconhecido as mesmas, devendo ser admitido como verdadeiras as infrações apontadas na autuação e mantidos integralmente os valores exigidos, nos termos do art. 140 do RPAF/99.

Com relação às infrações 01 e 02, o autuado alegou que o levantamento quantitativo de estoques foi feito por agrupamento de mercadorias e não por espécie de mercadorias, o que no seu entendimento contradiz o tipo de levantamento e conduz a distorções nas quantidades de entradas, saídas, base de cálculo e imposto apurado. Por sua vez o autuante contestou que à vista da escrituração dos inventários, não era possível fazer o levantamento por espécie de mercadorias. Verifico que à vista da cópia do livro de Registro de Inventário juntado às fls. 42 a 51, pode se constatar que a maioria dos itens foram escriturados agrupados, a exemplo do item

balas (fl. 42), que foi escriturado como “diversas”; coxa e s/coxa, que foi indicada a quantidade sem especificar a marca; leite desnatado e integral, também não indica a marca; arroz 30 x 1, que não foi indicado a marca. Assim sendo, está devidamente comprovado que pela escrituração dos estoques no livro de Registro de Inventário, não era possível fazer o levantamento quantitativo de estoques considerando as espécies de mercadorias e fornecedor, motivo pelo qual não pode ser acatada a argumentação defensiva de que o levantamento fiscal deveria ter sido feito por espécie e não por agrupamento de mercadorias.

O autuado alegou também, que em se tratando de "presunção de omissão de saídas", não restou demonstrado na sua contabilidade a insuficiência de recursos para presumir-se a aquisição de mercadorias com recursos de omissões de saída. Observo que conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a constatação de entrada de mercadorias não registradas. No presente caso, em relação a esta infração, os autuantes procederam a um levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, com base nas quantidades registradas no Livro de Inventário, as quantidades adquiridas relativo a notas fiscais registradas no Livro de Registro de Entrada de Mercadorias e nas quantidades consignadas nos documentos fiscais de vendas, devidamente registrados no Livro de Registro de Saída de Mercadorias e constataram a omissão de entradas de mercadorias. Considerando que na aplicação do roteiro de auditoria, foram utilizados dados com base na escrituração fiscal do contribuinte e nos documentos fiscais que deram suporte à escrituração, poderia o autuado demonstrar quais quantidades foram indicadas de forma incorreta, tanto nos inventários como nos documentos fiscais. Assim sendo, em se tratando de presunção, é facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da mesma e não o tendo feito, é legal a presunção de omissão de saídas anteriores tributadas, apontada na infração.

O autuado destacou que após ter conferido o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, constatou erros de soma de diversos produtos que indicou à fl. 5437 e apresentou um demonstrativo resumo à fl. 5452 (2002) e 5455 (2003), o que foi contestado pelos autuantes. Verifico que no levantamento quantitativo elaborado pelos autuantes, foram indicadas as quantidades de mercadorias registradas nos inventários e consignadas nas notas fiscais de entrada e de saída do estabelecimento autuado. Entendo que para elidir a acusação, o autuado deveria indicar quais quantidades foram indicadas incorretamente nos demonstrativos elaborados pelo autuantes ou documentos fiscais não considerados. Os demonstrativos resumos ora apresentados na defesa, não fazem prova de que ocorreram erros nos levantamentos fiscais.

O autuado alegou ainda, que o levantamento fiscal não considerou as perdas naturais dos produtos. Observo que as normas contábeis prevêm o registro na escrituração das perdas ocorridas, bem como a legislação tributária, devendo proceder ao estorno do crédito fiscal. Como nada disso foi provado, não pode ser acolhida esta alegação.

Esta JJF determinou a realização de diligência à Inspetoria Fazendária de origem (fl.5598), tendo os autuantes apresentado novo demonstrativo de débito conforme planilha juntada às fls. 5605 a 5608, que acato como do presente lançamento e julgo:

- a) totalmente procedente à infração 1, com valor devido de R\$60.943,88;
- b) parcialmente procedente à infração 2, devendo ser retificado o valor exigido de R\$65.761,94 para R\$63.309,33 conforme demonstrativo juntado à fl. 5605.

No que se refere à infração 03, o autuado alegou na sua defesa (fls. 5434 a 5442), que exercia a atividade de comércio varejista/atacadista de gêneros alimentícios em geral e que celebrou com a Secretaria da Fazenda um Termo de Acordo para redução de base de cálculo do ICMS conforme disposto no Decreto nº 7.799 de 09/05/00 e que somente quinze meses depois o processo foi indeferido.

Por sua vez, os autuantes alegaram que a proposta feita pelo contribuinte não se materializou, tendo em vista que o contribuinte estava cadastrado na SEFAZ com o código de atividade 5.213-2/01 - Minimercado, a qual não era contemplada no Decreto nº 7.799 de 09/05/00,

Pela análise dos documentos juntados ao PAF verifico que:

- a) Em 26/06/01, o autuado requereu a continuidade dos benefícios estabelecidos no citado Decreto, conforme cópia do documento juntado à fl. 2308 a 2312;
- b) Em 16/08/01, o processo foi distribuído para o Auditor Giovani Aguiar “para exame e Parecer” (fl. 2316), o qual intimou a empresa em 14/11/01 (fl. 2317), para apresentar livros e documentos, além de informar o percentual mensal de vendas em internas nos últimos seis meses, o que foi atendido em 22/11/01 (fl. 2318);
- c) Em 07/12/01, o diligente exarou Parecer atestando que o contribuinte atendia as condições impostas pela norma (fl. 2319), opinando pelo deferimento do benefício requerido;
- d) A Inspetoria Fazendária juntou à fl. 2320, cópia de documento de consulta ao sistema da Secretaria da Fazenda no qual constava que o autuado possuía dívida relativa ao Auto de Infração nº 086974.0052/01-0. Em 15/02/02, tendo o autuado quitado o citado Auto de Infração, o Inspetor Fazendário homologou o Parecer pelo deferimento do diligente (fl. 2321);
- e) Em 21/02/02, o processo foi indeferido pelo Coordenador do Comércio Atacadista e homologado pelo Gerente do Comércio (fl. 2322), tendo em vista que o contribuinte estava cadastrado com o código de atividade de Mini-mercado, que não é contemplado pelo Dec. 7999/90, tendo sido comunicado ao contribuinte em 09/05/02, conforme documento juntado à fl. 2327.

Pela acima exposto e da análise dos documentos juntados ao PAF, verifico que embora o diligente tivesse opinado favoravelmente à concessão do benefício fiscal requerido pelo autuado, e o seu Parecer tivesse sido homologado pelo Inspetor Fazendário, à vista dos documentos acostados às fls. 2.309 a 2.312 dos autos, em nenhum momento houve a celebração do Termo de Acordo entre o Diretor de Administração Tributária e o estabelecimento autuado.

O art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, com as alterações dadas pelos Decretos de nºs 8.409/02 e 8.435/03 e o art. 7º com as alterações dadas pelo Decreto nº 7.848/00, abaixo transcritos estabelecem que:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, 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 inscritos no CAD-ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento: ...”

...

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º e 3º-A fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Logo, o art. 1º do mencionado Decreto estabelece quais os códigos de atividades que são contemplados pelo benefício fiscal regulamentado, e na situação presente, o estabelecimento autuado estava inscrito com código de atividade (5213-2/01- Minimermercado) que não era prevista no citado Decreto. Por sua vez o art. 7º do referido Decreto estabelece que a utilização do

benefício fiscal fica condicionada “à celebração de Termo de Acordo específico a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda/DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado...”, porém, conforme documento juntado à fl. 2312, em nenhum momento da tramitação do processo, ocorreu a assinatura do Diretor da Administração Tributária que só ocorreria após o Parecer final.

Quanto à alegação defensiva de que o processo deveria ser deliberado ou homologado num prazo de noventa dias, tal procedimento não é previsto na legislação que regulamenta o benefício fiscal requerido, objeto da autuação e o § 3º; do art. 61 do Dec. 7.629/99, trata de procedimento relativo à consulta e não de benefício fiscal, logo não se aplica à situação presente. Por sua vez, o documento juntado à fl. 2327 comprova que o estabelecimento autuado foi comunicado, mediante recibo e entrega de cópia do Parecer, de forma regular.

Portanto, concluo que não houve celebração de Termo de Acordo entre o acordante (autuado) e a autoridade fazendária (Diretor do DAT) e dessa forma, conforme disposto no art. 7º do Decreto nº 7999/90, o estabelecimento autuado não poderia utilizar o tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º e 3º do citado Decreto e julgo acertado o procedimento fiscal, conforme demonstrativo original, totalizando R\$2.532.368,55.

Em relação à infração 4, recolhimento a menos do ICMS por antecipação, o autuado alegou que os autuantes deixaram de considerar os recolhimentos efetuados, e juntou ao PAF os comprovantes de recolhimento do imposto (fls. 5455 a 5508), o que foi acatado pelos autuantes. Verifico que pelo confronto do demonstrativo juntado pelos autuantes à fl. 5264 com o apresentado na defesa à fl. 5455 e dos comprovantes de recolhimentos de imposto por antecipação (fl. 5456 a 5509), que não ocorreu recolhimento a menos do imposto. Dessa forma, deve ser afastada totalmente a exigência do ICMS por antecipação relativa à infração 4.

No que se refere à infração 7, na segunda manifestação, o autuado alegou que as notas fiscais coletadas no CFAMT não comprovam as aquisições de mercadorias que lhe foram destinadas, tendo em vista que as operações não estão registradas na sua contabilidade. Pela análise dos documentos juntados ao processo, constato que com o demonstrativo à fl. 5414, os autuantes acostaram cópias das notas fiscais de habituais fornecedores do estabelecimento autuado, empresas estas bastante conhecidas no mercado nacional, como Perdigão e Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce, nas quais foram indicados transportadores na sua maioria residentes em Feira de Santana, que é a mesma praça onde o estabelecimento autuado está localizado. Entendo que tendo as mercadorias consignadas nos documentos fiscais coletados nos postos fiscais, sido destinadas ao seu estabelecimento, caberia ao autuado intervir junto aos fornecedores e transportadores habituais para comprovar que efetivamente não recebeu as mercadorias que circularam fisicamente e lhe foram destinadas. Vale ressaltar que as notas fiscais de n. 4660, 5005 e 6016 foram emitidas pelo estabelecimento matriz do próprio autuado em operações de transferências de mercadorias e neste caso não há nenhum impedimento para que o autuado comprove as irregularidades por ele alegadas na autuação. Assim sendo, deve ser mantida integralmente a multa aplicada.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada é confiscatória e não é adequada à capacidade contributiva, verifico que todas as multas aplicadas na autuação estão previstas na Lei 7.014/97, portanto, é legal e não compete a este Conselho decretar a sua inconstitucionalidade.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração e acato o demonstrativo juntado pelos autuantes às fls. 5607 e 5608, como o do presente lançamento, totalizando R\$2.737.967,26.

Dentro do prazo legal e através de advogada legalmente habilitada o contribuinte apresenta um Recurso Voluntário fazendo inicialmente referência às infrações mencionadas no Auto de

Infração e que realizava operações com os benefícios do Acordo instituído pelo Decreto nº 7.799/200 e suas alterações e que efetuava o cálculo do ICMS com redução da Base de cálculo de modo que a alíquota praticada era de 10% (dez por cento) durante quatro anos embora a presente autuação diga respeito aos exercícios de 2000 e 2003. Afirmar ter protocolado o Termo de Acordo em 2001 *“e após mais de quatro utilizando a isenção parcial normalmente, não fora assinado pela autoridade competente, mormente diversas fiscalizações tenham ocorrido no estabelecimento sem qualquer questionamento de irregularidades”*. Afirmar que a empresa sofreu durante este período *“diversos procedimentos administrativos fiscais”* e que *“foi credenciada a recolher de forma especial o “ICMS Parcial” nas compras em outras unidades da federação”* e que durante quatro anos as autoridades fiscais não levantaram dúvidas quanto à regularidade do Termo de acordo. Desta forma concluiu que a *“recorrente pratica as suas operações com pleno conhecimento do fisco estadual. Há inclusive duas diligências que opinam pelo deferimento do benefício fiscal pelo Inspetor Fazendário apesar do indeferimento por parte do Coordenador do Comércio Atacadista, sob a alegação de tratar-se de um “Mini-mercado”*. Considera que este fato deveria ser objeto de uma correção de ofício ou de uma diligência para se buscar a verdade material. Alega que a comunicação foi recebida pelo Contador, mas não chegou ao conhecimento da empresa e que pode ter havido algum ato fraudulento por parte de sua gerência pois a comunicação dizia respeito a uma fato que modificaria completamente a vida da empresa. Entende que o ato administrativo *“que isenta reconhece apenas a ocorrência dos pressupostos legais para a concretização do efeito exoneratório típico da isenção – de estarem configurados os requisitos legais para o gozo da isenção”*. Entende que exclusão do recorrente fere os objetivos do regime exonerativo, bem como a igualdade de todos, a generalidade dos tributos e o interesse público. Cita e transcreve o art. 1º do Decreto nº 7799/00. Entende que preenche todos os requisitos exigidos pelo aludido Decreto inclusive quanto ao percentual de faturamento, fato este apurado pelo próprio Auditor Fiscal. Entende também que a *“redução de base de cálculo de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.799 é incentivo fiscal de natureza setorial visando alcançar, entre outros os comerciantes atacadistas de gêneros alimentícios”*. Transcreve um texto do Prof. José Souto Maior Borges sobre o que este autor denominou de *“desigualdade jurídica material ou verdadeiro arbítrio”*. Aduz que *“...a questão pendente trazida ao processo pelo contribuinte/recorrente, irresignado com a Decisão do julgador singular, cinge-se a sabermos se o fato de uma classificação do código de atividade(5.213-2/01 = mini-mercado) implicaria na revogação da isenção e se estando o contribuinte sob fiscalização para verificar se este atende ou não, poderia as autoridades fiscais designadas, orientar este contribuinte a adequar as formalidade para a concessão do benefício fiscal, ou mesmo se não seria factível uma advertência a este contribuinte que ele somente poderia fazer uso da redução após o seu deferimento ou, mais, por que não lavrar um Auto de Infração logo no início por esta prática. A conclusão que se chega é que a prática do contribuinte é de pleno conhecimento do Fisco...”* Cita comentários de alguns autores sobre a expressão *“incentivo setorial”*. Volta a citar *“o Prof. Souto Maior sobre a interpretação que deve ser dada as isenções objetivas e subjetivas. Quanto às infrações 1 e 2 diz que embora se tratasse de levantamento “por espécie de mercadorias, foram agrupados diversos produtos”, o que no seu entendimento contradiz o tipo de levantamento e leva a distorções nas quantidades de entradas, saídas, base de cálculo e imposto apurado. Alega que em se tratando de “presunção de omissão de saídas”, não restou demonstrado na sua contabilidade a insuficiência de recursos para presumir-se a aquisição de mercadorias com recursos de omissões de saída. Refere-se também a erro cometido quando do cálculo do imposto referente às mercadorias da cesta básica fato que não foi revisado pelo fisco e que pediu revisão de apuração do estoque sem que fosse atendida. Entende também que apesar da Decisão da JJF o “ônus da prova é do fisco” em face do princípio da verdade material”*. Cita texto doutrinário sobre o papel do fisco. Refere-se à necessidade do *“devido processo legal”* e que a Junta de Julgamento não reconheceu o seu direito. Pede a Improcedência da acusação.

A PGE/PROFIS através da sua representante emite Parecer opinativo onde após breve relatório conclui: *“da análise dos autos, observo que o contribuinte não preencheu os requisitos formais ao gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo, uma vez que o Termo de Acordo, condição sine qua non, foi indeferido pelo Fisco, apesar dos Pareceres favoráveis do auditor e inspetor. Discordo do argumento do recorrente que o código de atividade estando errado poderia ter sido corrigido de ofício pelo Fisco uma vez que o próprio contribuinte que informa qual a sua atividade comercial, não cabendo ao Fisco duvidar, sem razões para tal. Observo também que o contribuinte foi notificado do indeferimento do seu pleito (renovação do Termo de acordo) e ainda assim continuou reduzindo indevidamente a base de cálculo. Por fim entendo como frágil o argumento de que durante todo esse período outras fiscalizações não identificaram a redução indevida da base de cálculo, pois os roteiros aplicados muitas vezes não permitem uma análise abrangente da escrita do contribuinte. O importante é que a fiscalização observou, dentro do prazo legal, a irregularidade e lavrou o competente instrumento de cobrança. Opina pelo Não Provimento”*.

VOTO

Inicialmente devo manifestar a minha opinião sobre o Recurso de Ofício. Sobre ele entendo que foi correta a decisão da JJF que considerou parcialmente procedente a infração 2 como resultado inclusive da diligência realizada pela Inspetoria Fazendária de origem (fl. 5598) onde os autuantes apresentam um novo demonstrativo de débito (fls. 5605 a 5608).

Quanto às infrações 1 e 2 mantenho a decisão da JJF, pois como bem disse o Sr. relator da JJF *“está devidamente comprovado que pela escrituração dos estoques no livro de Registro de Inventário, não era possível fazer o levantamento quantitativo de estoques considerando as espécie de mercadorias e fornecedor, motivo pelo qual não pode ser acatada a argumentação defensiva de que o levantamento fiscal deveria ter sido feito por espécie e não por agrupamento de mercadorias.”*

Quanto à infração descrita no item 3 entendo que ela é a mais importante e diz respeito à discussão já trazida quando da impugnação pelo recorrente: a possibilidade ou não de ser considerada regular a utilização de um tratamento tributário diferenciado previsto no Decreto 7.799/00. Creio que apesar do comportamento dos funcionários fiscais encarregados da condução do processo não ter sido pautado na melhor técnica, observo, como fez a Sra. procuradora, que o contribuinte não preencheu os requisitos formais ao gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo, uma vez que o Termo de Acordo, condição sine qua non, foi indeferido pelo Fisco, apesar dos pareceres favoráveis do auditor e inspetor. Concordo também com a representante da PGE/PROFIS no sentido de que a correção no código de atividade deveria ser feito pela contribuinte e não pelo fisco. Registro, entretanto, que este argumento não fulminaria o deferimento do pedido, pois restou demonstrado que efetivamente se trata de uma empresa predominantemente atacadista. Por outro lado restou provado que o ora recorrente foi notificado do indeferimento do seu pleito. E, apesar da comunicação, não alterou a forma como vinha agindo. Acresça-se que a literalidade da norma deixa claro que no Termo de Acordo *“serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.”* Como poderia o contribuinte agir sem saber quais seriam estas condições?

Também concordo com a Sra. procuradora no sentido de que o fato de outras fiscalizações não identificarem a redução indevida da base de cálculo, não significa uma homologação tácita de tudo quanto aconteceu na vida fiscal do contribuinte.

Somos, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão da JJF na íntegra.

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 **206888.0002/05-0**, lavrado contra **R.R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.727.902,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.603.649,49 e 70% sobre R\$124.253,20 previstas no art. 42, II, “a” e “d”, VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$10.064,57** prevista no art. 42, IX da citada lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

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