

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0003/05-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA.
(ATACADÃO RECÔNCAVO)
RECORRIDOS - CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA. (ATACADÃO RECÔNCAVO) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0141-02/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0304-11/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. a) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº. 7.799/00. O aludido benefício aplica-se sem restrições às mercadorias comercializadas pelo contribuinte, no período considerado, tendo em vista a previsão do art. 7º do Decreto nº 8.969/04. Insubsistente a infração “02”. **b) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO** DECRETO Nº. 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS INSCRITAS COMO “CONTRIBUINTE ESPECIAL”. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº. 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Subsistente a infração “08”. **c) REDUÇÃO INDEVIDA DA** BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº. 7.799/00. Exigências relativas à diferença a mais da “carga tributária” resultante da redução da base de cálculo. Os efeitos legais da Consulta feita pela ASDAB - ASSOCIAÇÃO DOS DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS DA BAHIA, não atinge ao autuado, por não constá-lo como signatário. Subsistentes as infrações “09”, “10”, “11” e “13”. **2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE** CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item parcialmente subsistente, após correções do débito relativo à infração “03”. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Refeitos os cálculos, com redução do débito referente ao item “04”. Não acatadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0141-02/06, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir a importância de R\$177.122,52, inerente ao exercício de 2004, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$886,62, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária por antecipação;
- 2 recolhimento de ICMS efetuado a menos, no valor de R\$77.689,93, em virtude da aplicação indevida de redução da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias não contempladas com o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00;
- 3 falta de recolhimento de ICMS devido, no valor de R\$14.475,89, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, conforme notas fiscais capturadas no sistema CFAMT ou obtidas junto a fornecedores;
- 4 falta de recolhimento de ICMS por antecipação, no valor de R\$4.480,97, nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 88, conforme notas fiscais capturadas no sistema CFAMT ou obtidas junto a fornecedores;
- 5 recolhimento de ICMS efetuado a menos, no valor de R\$1.561,74, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, através de ECF;
- 6 utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.665,52, referente a lançamentos de documentos fiscais em duplicidade;
- 7 falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$3.059,33, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;
- 8 falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$8.933,81, em virtude da aplicação indevida de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas saídas de mercadorias para pessoas não contribuintes do imposto, inscritas na categoria “contribuinte especial”;
- 9 falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$27.498,78, em virtude da aplicação indevida de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas saídas de mercadorias para pessoas não contribuintes do imposto;
- 10 recolhimento de ICMS efetuado a menos, no valor de R\$8.331,82, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível de 17% nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, cuja alíquota aplicada foi de 7%, entretanto foi concedida a redução de base de cálculo prevista no Decreto 7799/00 para os produtos contemplados com o benefício;
- 11 recolhimento de ICMS efetuado a menos, no valor de R\$232,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível de 17%, nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, cuja alíquota aplicada foi de 7%, nas vendas internas de leite fabricados fora do Estado da Bahia para contribuinte do ICMS ao adotar a alíquota de 7%, entretanto foi concedida a redução de base de cálculo prevista no Decreto 7799/00;
- 12 recolhimento de ICMS efetuado a menos, no valor de R\$232,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível de 17%, utilizando a alíquota de 7% nas vendas internas de leite fabricado fora do Estado da Bahia para não contribuintes do ICMS;
- 13 falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$23.228,47, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.826/00, nas saídas de leite fabricados fora do Estado da Bahia;
- 14 Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$2.426,19, nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$83.264,60, após ressaltar que o autuado não impugnou os itens 1, 5, 6, 7, 12 e 14; pediu a nulidade dos itens 2, 8, 9,

10, 11 e 13, alegando a existência de Consulta pendente de resposta, e a improcedência dos itens 3 e 4, alegando não haver infração.

No tocante às preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo autuado, a JJF teceu as seguintes considerações:

- *Salienta que, de fato, foi formulada Consulta pela ASDAB – Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia, em 7/1/04, acerca da interpretação do Decreto nº. 7.799/00, porém os efeitos daquela Consulta não amparam a Cerealista Recôncavo Ltda., pois o art. 59 do RPAF prevê que, quando a consulta for formulada por entidade representativa de classe de contribuintes, deve constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos, e, neste caso, ao formular a Consulta, a ASDAB não indicou o nome da Cerealista Recôncavo Ltda., conforme se vê na relação às fls. 572-573. Em face disso, o instrumento à fl. 543, datado de 25/10/05, em que a ASDAB declara que o autuado faz parte do seu quadro de associados, não tem importância jurídica no que concerne aos efeitos legais do instituto da Consulta.*
- *Outro aspecto questionado como preliminar diz respeito à falta de descrição, no Auto de Infração, dos motivos pelos quais os autuantes entenderam que determinadas mercadorias não poderiam ser objeto do benefício fiscal instituído pelo Decreto nº. 7.799/00. Embora em parte isso seja verdade, pois os fiscais não atentaram para o mandamento do art. 39, III, do RPAF, essa falha foi superada com as explicações prestadas pelos autuantes às fls. 562/565, das quais foi dada ciência ao contribuinte (fl. 598).*

Quanto aos pedidos de diligências solicitados pelo sujeito passivo foram indeferidos, por entender a JJF suficientes os documentos constantes nos autos para o convencimento dos julgadores.

No mérito, quanto ao 2º item, o qual diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da aplicação indevida de redução da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias não contempladas com o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00, a JJF aduz que:

- Inicialmente, o benefício atingia a atividade econômica do código 5191-8/00 – comércio atacadista de mercadorias em geral –, não fazendo, então, restrição alguma a tipos de mercadorias, bastando que as “saídas internas” de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos que se enquadrassem nos códigos de atividades econômicas constantes no anexo único do decreto. A redação originária do dispositivo em apreço vigorou até 26/12/02, quando, pelo Decreto nº 8.409/02, o benefício de redução da base de cálculo de 41,176% passou a ser condicionado a que se atendesse a uma lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do citado anexo. Alteração subsequente acrescentou o item 17 à lista do anexo único.
- Porém, por força do art. 7º do Decreto nº 8.969/04, abre-se exceção aos contribuintes que haviam obtido o benefício fiscal até 31 de janeiro de 2004. Nesse sentido, prevê o art. 7º do Decreto nº 8.969/04 que, para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799/00, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do seu anexo único, aplicam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 3 de janeiro de 2004. Logo a regra se aplica a todo o universo por ele contemplado.
- Sendo assim, em virtude do art. 7º do Decreto nº 8.969/04, voltaram a vigor as regras que vigoravam quando da assinatura, pelo autuado, do seu Termo de Acordo com a Fazenda Estadual. Não se trata de repristinação (repristinização), mas sim de norma com retroatividade expressa, por especificar os termos de início e fim de sua aplicação – desde a data da assinatura do termo de acordo até 31 de janeiro de 2004. Os fatos objeto do 2º item deste Auto

de Infração estão compreendidos entre janeiro e outubro de 2004. É, portanto, indevido o lançamento de que cuida o item 2º.

Quanto aos itens 8, 9, 10, 11 e 13, em relação aos quais a defesa pretende que se dê o mesmo tratamento atinente ao item 2º, salienta a JJF que cumpre notar que os fundamentos da autuação relativa a eles são distintos dos do item 2º, conforme adendos feitos na descrição dos fatos e informações constantes nos demonstrativos fiscais anexos ao Auto de Infração.

Nos casos dos itens 8 e 9, não se aplica a redução da base de cálculo, porque as vendas foram feitas a pessoas não contribuintes do imposto e a pessoas inscritas na categoria de “contribuinte especial” (não contribuintes), sendo que o tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 se aplica unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual.

Já nos casos dos itens 10 e 11, o contribuinte aplicou a “alíquota” de 7%, em vez de 17%, e, sendo ele signatário de termo de acordo, consoante Decreto nº 7.799/00, foi exigida apenas a “complementação da alíquota aplicada a menos”, de 7% para 10% (tecnicamente, não se trata de “alíquota”, mas sim de um “percentual” que traduz matematicamente a “carga tributária” resultante da redução da base de cálculo).

Por fim, no caso do item 13, o contribuinte adotou a redução da base de cálculo, valendo-se indevidamente do Decreto nº 7.826/00, sendo que a redução apenas se aplica ao leite produzido neste Estado, mas, por ser signatário de termo de acordo, nos termos do Decreto nº 7.799/00, foi exigida apenas a “complementação da alíquota aplicada a menos”, de 7% para 10% (ressalvando, mais uma vez, que, tecnicamente, não se trata de “alíquota”, mas sim de um “percentual” que traduz matematicamente a “carga tributária” resultante da redução da base de cálculo).

Note-se, ainda, que, nos casos dos itens 8, 9, 10, 11 e 13, a defesa não impugnou os cálculos, questionando apenas a legalidade da autuação, pretendendo que se reconhecesse estar a empresa amparada pelos efeitos de uma Consulta, matéria já apreciada preliminarmente.

No que concerne aos itens 3 e 4, A Decisão da JJF foi de que em face das alegações do autuado de que havia entre as notas fiscais algumas que não correspondiam a compras efetuadas pela sua empresa, e considerando que, além de notas fiscais captadas no CFAMT, havia outras Notas Fiscais, foi determinada a realização de diligência a fim de que os fiscais autuantes elaborassem novos demonstrativos, indicando, separadamente, as operações cujas Notas foram capturadas no CFAMT, e em demonstrativo distinto as que foram obtidas junto a fornecedores. Com relação às Notas Fiscais obtidas junto a fornecedores, foi solicitado que os fiscais informassem de que modo, exatamente, foram obtidas as cópias dos documentos. Ainda com relação às Notas Fiscais obtidas junto a fornecedores, foi solicitado que os fiscais consultassem o sistema CFAMT, para saber se consta a retenção das vias dos documentos fiscais em questão pelos postos fiscais deste Estado, e, em caso positivo, fossem juntadas aos autos. Os fiscais informaram que, tendo o autuado provado que não adquiriu as mercadorias objeto de determinadas Notas Fiscais, foram refeitos os demonstrativos das infrações 3 e 4. Aduzem que, como só foram mantidas notas fiscais capturadas pelo CFAMT, não há necessidade de elaboração de demonstrativos distintos, ou seja, um para notas fiscais obtidas através do CFAMT e outro para as notas fiscais obtidas através de fornecedores.

Assim, o demonstrativo do débito do item 3º foi refeito com base nas seguintes indicações:

DATA OCORR .	DATA VENC.	NOTA FISCAL	IMPOSTO
31/05/04	09/06/04	158679	752,39
30/06/04	09/07/04	84089	381,10
31/07/04	09/08/04	418641	489,60
31/10/04	09/11/04	74266 e 99730	765,17
Soma			2.388,26

Relativo à alegação de que não foram concedidos os créditos das notas fiscais, aduz que tais créditos poderão ser utilizados quando se escriturar os documentos (crédito fiscal extemporâneo – art. 101 do RICMS), pois o imposto exigido neste caso não é relativo às mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas, mas a omissão de saídas, com fundamento na presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Quanto ao item 4, os fiscais autuantes elaboraram demonstrativo à fl. 641 reduzindo o valor do imposto para R\$400,61 – parcela relativa a julho de 2004. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não tendo sido retido o imposto pelo remetente (em caso de não haver convênio ou protocolo nesse sentido), cabe ao adquirente proceder ao recolhimento do imposto por antecipação.

Em suma, julgou procedentes as infrações 1, 5, 6, 7, 12 e 14, por não terem sido impugnadas, e as infrações 8, 9, 10, 11 e 13; procedentes em parte as infrações 3 e 4, reduzindo o imposto para os respectivos valores de R\$ 2.388,26 e R\$ 400,61, e improcedente a infração 2.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 694 a 702 dos autos, diante das seguintes argumentações:

1. Entende que não foi corretamente apreciada pela JJF a preliminar de nulidade relativa à consulta feita pelo contribuinte através da ASDAB (Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia), vinculadas às infrações 02, 08, 09, 10, 11 e 13, pois, conforme evidenciado no documento de fl. 583 (linha 23), ao contrário do imaginado pelo relator, a empresa autuada é sim filiada à ASDAB. Requer que sejam julgadas NULAS estas infrações;
2. Apresenta argumentação para que seja desconstituída a parcela remanescente de R\$ 2.388,26 da infração 03, por entender que não foi descrita de forma suficientemente clara, conforme percebido pela JJF a declarar que “a descrição do fato foi feita de forma imperfeita”, por caracterizar a hipótese prevista no art. 18 do RPAF/99, que determina o julgamento pela nulidade da autuação. No mérito, ressalta ser indevida a presunção dos autuantes de que todas as saídas seriam tributáveis pelo ICMS, a alíquota de 17%, visto que grande parte das suas operações de saídas ocorreu com a fase de tributação encerrada, do que pede diligência para comprovação da alegação. Assim, requer ajuste na mesma proporção da real tributação, o que, segundo o recorrente, não foi apreciado pela JJF, caracterizando cerceamento de defesa.
3. Aduz que na infração 8 os autuantes, bem como o relator da JJF, entenderam que, ao dar saídas internas para contribuintes inscritos na condição de especial, o recorrente não poderia fazer uso dos benefícios concedidos pelo Decreto nº 7.799/00, sob a conclusão de que contribuinte inscrito na condição de especial não seria contribuinte inscrito no cadastro da SEFAZ. Ressalta que o citado Decreto não excepciona contribuintes cadastrados na condição de especial. Salienta a necessidade de ser levado a efeito o princípio da Tipicidade Cerrada, pois não há como validar uma autuação, na qual os prepostos do Fisco ultrapassam o quanto estabelecido na legislação. Assim, conclui que esta infração deve ser julgada improcedente, por pura falta de previsão legal que lhe dê sustentação.

Em suma, pede que sejam julgadas nulas as infrações: 2, 8, 9, 10, 11 e 13, com acolhida da preliminar de nulidade referente à consulta feita pela ASDAB; assim como a infração 03, pelo fato de sua descrição não ter sido clara no Auto de Infração, ou que seja julgada improcedente o valor remanescente desta infração 3, posto que a JJF sequer apreciou a argumentação defensiva de mérito apresentadas na impugnação, tendo em vista o disposto no art. 140 do RPAF/99, e que seja julgada improcedente a infração 8, posto que a exigência não tem sustentação legal, requerendo o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio de diligências fiscais.

Em seu Parecer, às fls. 712 a 715 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que:

1. Conforme restou evidenciado na Decisão recorrida, o art. 59 do RPAF estabelece que “quando a consulta for formulada por entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis, deverá constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos”. Entende a i. Procuradora, Dr^a. Cláudia Guerra, que se trata de requisito formal indispensável, objetivamente consignado na legislação, que impõe a especificação do rol de contribuintes a quem a entidade está representando quando da apresentação da consulta. Destaca que, no caso em exame, esta exigência não foi atendida, razão pela qual não há como atribuir os efeitos pretendidos pelo autuado.
2. No que se refere à alegação de configuração de cerceamento do direito de defesa, o opinativo é que há de se observar que, apesar do lançamento originário da infração 3 conter vícios quanto à regular descrição dos fatos, a série de procedimentos no curso do processo administrativo, consubstanciado em informações detalhadas do autuado, realização de diligências e elaboração de novos demonstrativos de cálculos, em relação aos quais foi aberta oportunidade ao autuado se manifestar, afastou os apontados defeitos de constituição do ato administrativo, do que conclui que não houve cerceamento do direito de defesa.
3. Por fim, quanto à possibilidade de aplicação do benefício de redução de base de cálculo nas vendas destinadas aos contribuintes especiais (infração 8), entende ser preciso analisar o aspecto teleológico da previsão contida no Decreto nº 7.799/00, o qual tem por objetivo desonerar o impacto tributário da operação, quando há efetiva prática de operação tributável subsequente, razão de se exigir como destinatário das mercadorias pessoa inscrita no cadastro da SEFAZ como contribuinte do imposto, o qual irá dar continuidade às operações tributáveis. Salienta que, no caso em exame, os chamados “contribuintes especiais” são aqueles que não praticam fato gerador do ICMS, mas que, por exigência da legislação estadual, está obrigado a manter-se inscrito no cadastro da SEFAZ, porém assumindo o *status* de consumidor final, ou seja, sem realizar operações tributáveis subsequentes, logo não é cabível a aplicação do benefício fiscal, uma vez que essa operação foge do fundamento jurídico que embasa a previsão do Decreto nº 7.799/00.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo integralmente do débito relativo à infração 02 e parcialmente das infrações 03 e 04, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, no que tange às infrações: 02, 03, 08, 09, 10, 11 e 13 do Auto de Infração.

Da análise do Recurso Voluntário observo que, tanto a título de preliminares quanto de mérito, não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

1º) Em relação à preliminar de nulidade relativa às infrações 02, 08, 09, 10, 11 e 13 do Auto de Infração, sob a alegação de que as matérias de tais infrações se encontravam sob Consulta, à SEFAZ, acerca da interpretação dada ao tema: Decreto nº. 7.799/2000, feita pelo contribuinte através da ASDAB – ASSOCIAÇÃO DOS DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS DA BAHIA, concordo com a Decisão recorrida de que não atingem ao autuado os “efeitos legais do instituto da Consulta”, mais propriamente de que nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da Decisão final da consulta, conforme previsto no art. 62, inciso III, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Tal conclusão deve-se ao fato de que, apesar do sujeito passivo constar como associado àquela entidade, conforme alega o recorrente, mesmo assim, *“os efeitos daquela Consulta não amparam a Cerealista Recôncavo Ltda”*, uma vez que a consulta foi formulada por entidade representativa de classe de contribuintes e, neste caso, deve constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, *com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos*, consoante previsto no art. 59 do RPAF, o que não ocorreu em relação ao recorrente, consoante “ATA”, às fls. 571 a 573 dos autos, pois a ASDAB não indicou o nome do recorrente, o vinculando à Consulta formulada.

Assim, comungo com o entendimento da Decisão recorrida e do Parecer da PGE/PROFIS de que os efeitos legais do instituto da Consulta não podem beneficiar o autuado, mesmo fazendo parte do quadro de associados da consulente, uma vez que *“se trata de requisito formal indispensável, objetivamente consignado na legislação, que impõe a especificação do rol de contribuintes a quem a entidade está representando quando da apresentação da consulta”*.

Por fim, como o recorrente apenas se restringiu à preliminar de nulidade das infrações 2, 9, 10, 11 e 13, ora em análise, *entendo corretos os valores exigidos relativos às infrações: 9, 10, 11 e 13 do Auto de Infração*, haja vista que a improcedência do item 2 será objeto de análise quando do Recurso de Ofício.

2º) Em relação à argumentação para que seja desconstituída a parcela remanescente de R\$2.388,26 do item 03, por sustentar que tal infração não foi descrita de forma suficientemente clara, devendo ser julgada nula, nos termos do art. 18 do RPAF/99, entendo também insuficiente para modificar a Decisão recorrida, pois, conforme bem ressaltado na voto do i. relator, como também no Parecer da PGE/PROFIS, a “suposta” descrição precária da acusação fiscal originária não acarretou o alegado cerceamento do direito de defesa, uma vez que no curso do processo o contribuinte se manifestou por diversas vezes sobre informações fiscais do autuante, realização de diligência e elaboração de novos demonstrativos, manifestando plenamente conhecimento do que estava sendo acusado. Em razão disso rejeito a nulidade suscitada pelo recorrente.

Também considero incapaz de modificar a Decisão recorrida o seu argumento de que é indevida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, pois tal autorização está prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, devendo ser aplicada ao caso concreto, visto que o recorrente não comprova sua alegação de que “grande parte” das operações de saídas ocorreu com fase de tributação encerrada, pois para o *“ajuste na mesma proporção da real tributação”* caberia ao contribuinte trazer aos autos os levantamentos e demonstrativos referentes à sua alegação, uma vez que se trata de fatos vinculados à sua escrituração fiscal, cuja prova simplesmente poderia ter sido por ele juntada ao PAF, consoante previsto no art. 147, I, “b”, do RPAF/99, razão que indefiro a diligência solicitada neste sentido.

3º) Finalmente, quanto ao mérito da infração 08, concordo com o entendimento da JJF e da PGE/PROFIS sobre a inaplicabilidade dos benefícios concedidos pelo Decreto nº. 7.799/00 nas saídas internas para **empresas inscritas no cadastro do ICMS** na condição de **contribuinte especial**, pois estes equivalem a não contribuintes, consoante art. 150, V, “b”, do RICMS, por se tratarem de pessoas jurídicas não obrigadas a inscreverem-se no Cadastro de Contribuintes, mas que, por opção própria, requerem inscrição, sendo que o aludido benefício fiscal se aplica, unicamente, nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes do ICMS no cadastro estadual, com a efetiva prática de operação tributável subsequente, objetivando minimizar o preço final ao consumidor. Assim, mantenho a procedência desta infração 08.

No tocante ao Recurso de Ofício, impetrado pela 2ª JJF, por ter desonerado o sujeito passivo integralmente da exigência relativa à infração 2 e, parcialmente, às infrações 3 e 4, concordo com a Decisão Recorrida, em razão das seguintes considerações:

1. Inerente à segunda infração, o art. 7º do Decreto nº 8.969/04 prevê a manutenção do tratamento previsto no Decreto nº 7.799/00 para os atacadistas já habilitados ao benefício fiscal até 31 de

janeiro de 2004, como é o caso do recorrente, cujo benefício atingia a atividade econômica do código 5191-8/00 – comércio atacadista de mercadorias em geral – não fazendo restrição alguma a tipos de mercadorias. Sendo assim, reativaram as regras que vigoravam quando da assinatura, pelo recorrente, do seu Termo de Acordo com a Fazenda Estadual;

2. Relativo às infrações 3 e 4, os débitos remanescentes decorreram de diligências fiscais, nas quais foram refeitos os demonstrativos das citadas infrações, em razão das provas documentais constantes aos autos, trazidas pelo próprio sujeito passivo, as quais comprovam o lançamento no Livro Registro de Entrada da Nota Fiscal de nº 109934 (fl. 548); a natureza da operação de simples remessa da Nota Fiscal nº 20689 (fl. 263); a remessa de vasilhame relativo à Nota Fiscal nº 12807 (fl. 271); a falta de obrigatoriedade do lançamento no Livro Registro de Entradas da Nota Fiscal de Prestação de Serviço nº 2074 (fl. 262); a aquisição por terceiros das Notas Fiscais nº: 16570, 16666, 17900, 18425 e 19424, conforme Cartas de Correção, às fls. 619 a 622 do PAF, sendo os referidos documentos fiscais excluídos dos demonstrativos originais, às fls. 259 e 274, remanescendo para a terceira infração o débito de R\$ 2.388,26, referente às Notas Fiscais nº: 158679, 84089, 418641, 74266 e 99730, e R\$ 400,61 para a quarta infração, relativo à Nota Fiscal nº 418641, conforme apurado na Decisão recorrida (fl. 677).

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281078.0003/05-4**, lavrado contra **CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA. (ATACADÃO RECÔNCAVO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.264,60**, acrescido das multas de 60% sobre R\$80.876,34 e 70% sobre R\$2.388,26, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS