

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0002/07-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MERCANTIL RODRIGUES LTDA.
RECORRIDOS - MERCANTIL RODRIGUES LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0040-02/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/10

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO FISCAL DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. A falta de apresentação dos demonstrativos analíticos das vendas a varejo e no atacado e a inexistência de ato formal prévio aos fatos geradores de revogação do Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda tornam indeterminada a base de cálculo e incerto o cometimento da infração atribuída ao sujeito passivo. Preliminar acolhida para decretar a nulidade da infração 1. Modificada a Decisão recorrida. **b)** MERCADORIAS, EM ESTOQUE, RETIRADAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Recolhimento a menos do imposto, decorrente de erro na apuração dos valores da base de cálculo, relativa às mercadorias em estoque, quando às saídas do regime de substituição tributária. Exigência reconhecida. Débito parcelado. Recurso prejudicado. 2. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. ESTORNO PROPORCIONALMENTE A MAIOR. Exigência reconhecida. Débito parcelado. Modificada a Decisão recorrida para restabelecer a exigência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO** Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão não unânime. **PREJUDICADO** em relação à infração 8. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº. 0040-02/08, 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 apura a falta de recolhimento do ICMS, no total de R\$ 4.490.175,27, sendo objeto do Recurso de Ofício a infração 2, julgada improcedente, e do Recurso Voluntário, as infrações 1 e 8, julgadas procedentes, as quais foram lavradas em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1:

Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 1.402.464,44, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

ANEXO 1 – folhas 20 a 76

1ª Infração – Contribuinte com Termo de acordo de atacadistas, realizou vendas a não contribuintes, portanto varejo com ECF em percentual superior a 50% em todos os meses do exercício de 2005 e período de jan a abril de 2006, ferindo dessa forma, o estabelecido no Art. 1º, inciso IV do Decreto nº 7799 de 09 de maio de 2.000, tendo inclusive, cassado seu Termo de acordo.

2ª Infração – Contribuinte realizou vendas pelo atacado via notas fiscais a não contribuintes cfe. artigo citado acima.

Tudo cfe; demonstrativos anexados.

INFRAÇÃO 2: (ICMS de R\$ 792.381,40)

Deixou de efetuar 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.

ANEXO 02 – folhas 77 a 87.

Contribuinte calculou a maior o ICMS relativo ao estorno de crédito de 10% para 17% nas entradas internas na proporção das saídas a 17% no varejo-ECF, em seu livro de registro apuração ICMS cfe. demonstrativos em anexo.

INFRAÇÃO 8: (ICMS de R\$ 811.245,12)

Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

ANEXO 08 – folhas 383 a 421.

Contribuinte ao excluir o ICMS da subst. tributária das mercadorias em estoque saídas deste regime, o fez com cálculos de recuperação a maior, gerando erro na apuração do imposto nos meses em que esta recuperação foi realizada.

Tudo cfe. demonstrativo e livro registro de apuração ICMS em anexo.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$ 3.697.793,87, sendo em relação às citadas infrações, em razão das seguintes considerações:

Quanto à infração 1:

Inicialmente, afasta a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que a descrição da infração foi feita de forma clara, salientando que a imputação (utilização indevida do benefício fiscal) decorreu de duas situações, as quais foram especificadas. Observa a Decisão recorrida que ambas as situações guardam perfeita identidade com a acusação consignada na infração 1, pois resultaram em falta de recolhimento do ICMS, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo. Afirmar que não são fatos autônomos e, se confirmados, não revelariam infrações autônomas, como alegou o impugnante. Por fim, destaca que ambas as situações estão previstas no *caput* do artigo 1º, c/c o inciso IV do Decreto nº 7.799, com a redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, efeitos a partir de 01/01/03. Assim, observa a JJF que o embasamento legal da infração é único, uma vez que a infração é única.

Também, aduz o órgão julgador que não pode ser acolhido o argumento de cerceamento do direito de defesa, pois o autuante acostou aos autos e entregou ao sujeito passivo os demonstrativos e documentos, às folhas 22 a 76, que embasaram a autuação, conforme protocolo às fls. 17 e 18 dos autos, além de que o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido cópia da informação fiscal, sendo reaberto o prazo de defesa em mais 30 dias.

No mérito, a JJF destaca que o autuado não poderia realizar vendas no varejo em percentual igual ou superior a 50% e, ao mesmo tempo usufruir do benefício fiscal c/c o artigo 1º, inciso IV do Decreto nº 7.799, como alegou o impugnante, conforme foi comprovado. Também, salienta que, para fruição

condição, prevista no art. 1º do Decreto nº. 7799/00, não foi cumprida pelo autuado, ou seja, de que as vendas sejam realizadas para contribuintes do ICMS. Assim, mantém a infração.

Quanto à infração 2:

Entendeu a JJF que assiste razão ao autuado quando alega que, sendo procedente a infração 01, as operações listadas na infração 02 não mais estariam sendo objeto da “redução de base de cálculo”, desaparecendo a necessidade de se fazer o “estorno”. Assim, concluiu o órgão julgador que, não havendo saída com base de cálculo reduzida, não há que se falar que o autuado deveria estornar o crédito, sendo improcedente a infração 02.

Quanto à infração 8:

Inicialmente, a Decisão recorrida afasta a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que a descrição da infração foi feita de forma clara, como também o autuado recebeu os demonstrativos e documentos que embasaram a autuação, além de que foi reaberto o prazo de defesa em mais 30 dias, após a realização da informação fiscal, oportunidade em que o autuante esclareceu, mais uma vez, o motivo da autuação. Assim, aduz a JJF que também não pode acolher o argumento de cerceamento do direito de defesa.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo autuado foi o mesmo indeferido, por entender o órgão julgador que os elementos acostados aos autos eram suficientes para decidir a presente lide.

No mérito, a JJF concluiu que o impugnante não aponta de forma objetiva, apesar de diversos prazos que teve, onde estão os supostos erros do autuante. De igual modo, afirma que não pode ser acolhida a alegação defensiva de que as mercadorias foram tributadas pelas vendas, com base de cálculo acrescida de todos os ônus, inclusive MVA, uma vez que o argumento não foi comprovado pela defesa. Ressalta que as mercadorias foram retiradas do regime de substituição, logo, não há de se falar em MVA, como alegou a defesa. Assim, acolhe os demonstrativos elaborados pelo autuante, uma vez que o autuado ao proceder aos cálculos do ICMS normal e da substituição das mercadorias excluídas do regime de substituição tributária, os fez com valores maiores. Por fim, ressalta que o autuado já teria reconhecido e parcelado o débito relativo à infração 08, em seu valor integral, conforme comprovado às fls. 490 e 491 dos autos. Mantém o valor exigido.

A 2ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 533 a 545 dos autos, relativo às infrações 1 e 8, onde renova o pedido de nulidade das aludidas infrações, sob a alegação de que, inerente à primeira infração, o lançamento é viciado ao descrever três hipóteses distintas de infrações, maculando a autuação por insegurança na determinação da infração, acarretando preterição aos princípios do contraditório e da ampla defesa, diante da diversidade de infrações apontadas no mesmo item. Quanto à oitava infração, aduz o recorrente não existir clareza sobre a metodologia utilizada para a mensuração de “diferença”, assim como não há nexo de causa e efeito entre o fato narrado e os dispositivos indicados como infringidos, que tratam das regras gerais do “regime normal de apuração” e dos “prazos de recolhimento”. Sustenta que a JJF não permitiu o aclaramento da infração, ao denegar o pedido de diligência, como também transferiu para o contribuinte a responsabilidade de sanear os vícios que contaminam a ação fiscal, uma vez que houve reabertura de prazo, como se fosse o contribuinte obrigado a fazê-lo. Cita jurisprudência do CONSEF sobre nulidade.

No mérito, aduz que as referidas infrações são improcedentes, cujas razões coincidem, em parte, com aquelas suscitadas nas preliminares.

No que tange à infração 1, registra que o autuado não foi formalmente notificado da “cassação” do seu benefício, apesar de admitir que tomou conhecimento, de maneira informal, do ato em julho de 2006. Assim, entende que, até este mês não pode ter o direito à redução da base de cálculo negado, protegido que se encontra pelo direito adquirido a agir em conformidade com a orientação da autoridade fazendária. Salienta que, em nome da segurança jurídica da relação entre fisco e contribuinte, a retroatividade da “cassação” do Termo de Acordo é ilegal, muito menos para a “cassação” extemporânea via a própria autuação. Aduz que, como os fatos geradores do lançamento de ofício se reportam a períodos anteriores à “cassação”, resta flagrante a ineficácia do lançamento. Cita jurisprudência do CONSEF sobre a impossibilidade da retroatividade da “cassação” de regimes especiais e parecer da PGE/PROFIS, conforme Acórdão CJF nº. 0458-11/06, que instaurou Representação acolhida, no qual preconiza que: *“Tal circunstância, ressaltasse, vem sendo afastada em reiteradas decisões do Poder Judiciário, sob o fundamento de que, pelo princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, é necessário dar ciência ao interessado de eventual “penalidade” imposta pela administração pública”*.

Registra que a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal orienta que: *“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*.

Salienta que, se o “Termo de Acordo” se encontrava em vigor, como asseverou a JJF, é imperativa a sua aplicação, o que ensejaria a redução da base de cálculo até os limites percentuais de faturamento concedidos pela SEFAZ, exigindo-se o imposto sobre os percentuais excedentes pelo regime normal. Assim, se esse procedimento não foi adotado pela JJF, entende o recorrente que o regime especial foi cassado, revelando os erros e vícios já apontados. Contrário senso, se a cassação foi efetivamente praticada, somente poderia ser adotado o regime normal a partir do ato de conclusão de sua formalização, acatado pelo autuado como sendo em julho de 2006. Neste sentido, entende que a decisão da JJF é conflitante, pois impõe, ao mesmo tempo, a manutenção, sem os efeitos pertinentes, e o impedimento à fruição do regime, que é o mesmo que a sua cassação.

Relativamente ao item 08, aduz o recorrente que os cálculos apresentados pela fiscalização estão incorretos, pois não espelham a previsão regulamentar sobre a matéria, bem como deixam de alcançar a totalidade das mercadorias em estoque em outubro de 2005, consoante foi apurado pela empresa. Alega também que seu procedimento não acarretou prejuízos ao erário, uma vez que, excluídas da substituição tributária, as mesmas mercadorias foram tributadas pelas vendas, com base de cálculo acrescida de todos os ônus, inclusive MVA. Invoca o princípio da não-cumulatividade, a fim de recuperar parte do ICMS debitado por duas modalidades distintas. Entende que a manutenção da exigência caracteriza “bis in idem”.

Reitera que, como abordado na questão prejudicial, não existe compatibilidade entre o método utilizado na apuração com os dispositivos tidos como infringidos, do que entende que não houve infração. Sustenta que somente fez uso do direito assegurado pelo Decreto nº. 6.547/2005, que não foi observado na autuação, conforme a seguir:

Art. 5º Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, inscritos no CAD-ICMS na condição de normal, poderão utilizar como crédito fiscal tanto o valor do imposto da operação normal como o imposto antecipado relativo às mercadorias existentes em estoque dia 30/09/05 que foram excluídas por este decreto do regime de substituição tributária.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a revisão para a conferência da apuração do item 08 e a repercussão econômica do fato, como também do Recurso, a fim de que seja declarada a nulidade ou improcedência

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 549 a 551, é pelo não provimento do Recurso Voluntário, eis que, em relação às nulidades suscitadas, não vê qualquer irregularidade nas descrições das infrações, que foram claras e, sobretudo, permitiram o exercício da ampla defesa.

Quanto ao mérito, em relação ao item 1, salienta o opinativo que o recorrente parece pretender confundir duas situações que devem ser bem esclarecidas: a cassação do regime especial e o descumprimento das regras do regime especial. Salienta que, de fato, o autuante indica que o regime especial do autuado foi cassado, mas não é esse o fundamento da autuação.

A motivação da autuação é o descumprimento do Termo de Acordo, ou seja, o contribuinte não cumpriu as regras acordadas e por essa razão não faz jus aos benefícios fiscais previstos, já que se trata de ato comutativo, o que impõe ônus e bônus para ambas as partes.

Salienta que, o parágrafo primeiro da cláusula primeira do Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ e o autuado, à fl. 465, estabelece que a fruição do benefício fiscal dependerá do cumprimento das condições previstas no Decreto nº 7.799/00.

Assim, o fato de o Termo de Acordo ter tido validade até julho de 2006, quando a parte foi formalmente notificada da cassação, não significa que até então o contribuinte tinha o direito absoluto à redução da base de cálculo, pois tal benefício estava condicionado ao cumprimento das regras, dentre as quais, a de comercializar no percentual mínimo de 50% com contribuintes de ICMS, ou seja, para fazer jus à redução da base de cálculo a empresa deveria dar saída em, no mínimo, 50% de vendas por atacado.

Destaca que este fato está claramente descrito no campo da infração 1 e é complementado pela informação de que foram detectadas saídas a atacadistas via notas fiscais de consumidores finais, numa demonstração de deturpação do percentual de saídas anteriormente mencionado.

No tocante à infração 8, aduz a PGE/PROFIS não vislumbrar igualmente a nulidade suscitada, pois a infração é clara e foi acompanhada de demonstrativos de cálculos e documentos que poderiam ser, eventualmente, impugnados.

No mérito, diz que o recorrente não parece ter melhor sorte, já que em nenhum momento se contrapôs aos números e documentos trazidos pelo autuante, não havendo qualquer prova de que comercializou em percentual maior com atacadista ou que procedeu de forma correta nos cálculos de ajuste de recuperação das saídas de mercadorias substituídas.

Salienta que no estoque de 30/09/05 havia indicação de R\$ 394.327,87, fl. 384, e no RAICMS, nos meses de outubro e novembro/05 e janeiro/06, fls. 419 a 421, foram lançados totais de R\$ 1.205.572,96, gerando a diferença apurada de R\$ 811.245,12, que permanece sem justificativa.

Diante disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de Julgamento, datada de 03/02/2009, a Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade solicitou e obteve vista dos autos. Na sessão de julgamento seguinte, datada de 05/02/2009, foi deliberada, por esta Câmara de Julgamento Fiscal, a remessa dos autos ao autuante para que fossem anexados os demonstrativos analíticos, referentes a todo o período constante no lançamento (jan./2004 a abr/2006), capazes de ratificar os percentuais de venda a varejo apurados por ele, supostamente realizada pelo autuado, em montante superior a 50% (fls. 21, 23 e 30 do PAF).

Em cumprimento a diligência deliberada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, foram anexados os mesmos demonstrativos já existentes nos autos, além da mídia (CD) de fl. 572, e apresentadas as seguintes explicações pelo preposto fiscal:

“A base de dados para elaboração dos demonstrativos são os arquivos sintegra da empresa, que refletem todas as operações de entradas e saídas de mercadorias.

Em CD anexo –fl. 572- existem demonstrativos com todos os detalhes comprovando os valores das saídas com redução da base de cálculo par contribuinte (2ª. Infração)

As vendas a varejo – ECF foram obtidas através do registro 60R gerado pelo arquivo sintegra da empresa – vide fls. 564-565-569 e as vendas por notas fiscais foram obtidas pelos registros 50 – 54 -75 do sintegra – fls. 562-563-568.

Importante afirmar que as vendas brutas de 2005 e 2006 estão perfeitamente compatibilizadas com os totais constantes no livro registro de apuração do ICMS – vide fls. 44 a 75 – portanto os números são fidedignos, extraídos que foram da escrita fiscal do contribuinte.

Conforme consulta feita e parecer 6232 de 29/05/2006 fls. 36 a 39 – este contribuinte, a época tardiamente estava preocupado com o descumprimento do termo de acordo, ou seja, vendo que as vendas a varejo estavam superando em 50% o total de suas saídas, queria expurgar das vendas brutas o valor das vendas das mercadorias adquiridas sob o regime de subst. tributária, alíquota de 7% e as isentas.

E, com esses expurgos nossos cálculos foram realizados, como pode ser visto pelos demonstrativos às fls. 561 e 567 colunas 4, 5, 6.

EXERCÍCIO DE 2005:

Analisando o demonstrativo à fl. 561 podemos constatar que em 2005, o faturamento bruto da empresa foi de R\$143.097.639, (coluna 3), que expurgadas as saídas com subs. tributária, saídas das isentas, saídas das mercadorias com 7%, 12% e 27%, no total de R\$65.086.819 – (coluna 6), somou um total de saídas a 17% de R\$78.010.820 – coluna 9

Desse total acima de R\$78.010.820 – (coluna 9), R\$31.736.756 representam as saídas por atacado com notas fiscais – (coluna 7) e R\$46.274.074 representam as saídas a varejo com emissão de cupom fiscal. – (coluna 8).

Pela coluna 8 do demonstrativo à fl. 561, podemos verificar mês a mês a superioridade das vendas a varejo em relação às vendas a atacado, começando em janeiro com 51% e terminando em dezembro com 67%.

Descumprido o termo de acordo, o que fizemos?

Baseado nos arquivos sintegra e apoiado em nossos programas de fiscalização, recalculamos todas as saídas com notas fiscais (atacado), aplicando a alíquota de 17% estornando dessa forma os cálculos realizados com a carga tributária de 10% (vide quadro I fl. 566) e, o mesmo para as entradas quando demos o crédito de 17% nas compras dentro do estado, estornando o uso da alíquota de 10%, na proporção da participação das saídas a atacado em relação às saídas totais. (vide quadro II – fl. 566).

Isto feito, foi gerado um débito total no valor de R\$1.159.616 para o exercício de 2005.- quadro III – coluna E – fl. 566.” (sic)

Em seguida, passa o autuante a tecer as mesmas explicações para os exercícios de 2006.

Destaca ainda o autuante que:

Aliado a esta infração acima relata, a autuada realizou vendas a não contribuintes com a carga tributária de 10%, praticando outra infração da mesma natureza, já que ele só podia realizar vendas por atacado com notas fiscais para contribuinte cadastrado na Sefaz, ou seja, contribuinte com inscrição estadual. – vide fl. 571.

Para melhores esclarecimentos em relação a esta infração anexamos ao CD planilhas onde podemos ver todo o detalhamento por nota fiscal e mercadorias das saídas a não contribuinte. fl. 572.

Destacamos que o débito pelas vendas a varejo superior a 50% do total de suas vendas e as vendas a não contribuintes se constitui na mesma infração, ou seja, “Infração 03.02.06 = Saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo”, vide folha 21, onde existe a junção das infrações. (sic)

Assim, entende o autuante que “Melhor seria uma diligência realizada por um auditor alheio ao processo”.

Por fim, ressalta o autuante que “Todo o material relativo a esta infração 01, foi entregue em 13/04/2007 – vide fl. 17, para análise e conferência e, como a ciência do auto de infração foi dada em 27/06/2007, podemos afirmar que a autuada teve 74 dias para oferecer seus números e contestações, sem nada a oferecer no entanto”. (sic)

Cientificada da conclusão da diligência e do “CD” (fl. 572), conforme documentos às fls. 573 e 574 dos autos, o patrono do recorrente se manifesta aduzindo que o autuante não atendeu à ordem da CJF para que anexasse os demonstrativos analíticos, capazes de rati a varejo por ele apurados, limitando-se a apresentar informações €

não terem sido solicitadas, não substituem os demonstrativos analíticos perseguidos, a exemplo de que os demonstrativos foram elaborados com base nos arquivos SINTEGRA da empresa.

Por fim, destaca o recorrente que os demonstrativos analíticos são elementos imprescindíveis à formação do lançamento e devem ser ofertados ao contribuinte no momento da intimação acerca da lavratura do Auto de Infração, sob pena de nulidade (art. 46 do RPAF) e que sequer o julgamento de primeira instância poderia ter sido realizado, do que requer a nulidade das infrações 01 e 02.

A PGE/PROFIS, à fl. 588, considerando a sugestão do autuante, entende que os autos devam seguir em diligência a fiscal estranho ao feito para efetivo cumprimento da solicitação da CJF, de fl. 554.

Submetido o PAF a pauta suplementar, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu *pela desnecessidade da realização da diligência solicitada*, uma vez que nos autos já constavam os arquivos analíticos dos percentuais de vendas a varejo e atacado (conforme, por exemplo, consignado às fls. 22 e 23 dos autos, relativo ao exercício de 2005), consoante demonstrado às fls. 24 a 27 do PAF e reiterado às fls. 561 a 565, cujos dados foram extraídos da escrita fiscal e dos arquivos do SINTEGRA do próprio contribuinte (vide fls. 45), cujas planilhas foram entregues ao sujeito passivo em documentos e em “CD”, conforme recibos às fls. 22/23 e 423/424 dos autos, cuja mídia eletrônica foi novamente entregue ao sujeito passivo quando da ciência da diligência realizada pelo autuante, consoante documentos às fls. 573 e 574 dos autos.

Às fls. 591 a 623 dos autos, constam documentos relativos aos processos de parcelamento das infrações 2 a 8, inclusive Termo de Interrupção de Parcelamento.

Por fim, às fls. 624 e 625 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, uma vez que entende que as alegações de nulidade da autuação são descabidas, como também porque a manifestação do autuante, às fls. 557 a 571, revela que os dados utilizados para a caracterização das infrações já se encontravam nos autos, tendo sido obtido da escrita do contribuinte e de seus arquivos SINTEGRA.

Assim, considerando que todos os elementos que embasaram a acusação das infrações já se encontravam nos autos, tendo o contribuinte, desde a intimação inicial, os recebidos, o que permitiu o exercício da ampla defesa e contraditório, a Dr^a. Maria Dulce Baleeiro Costa, Procuradora que subscreve o Parecer da PGE/PROFIS, reitera os termos do parecer anterior (fls. 549 a 551), no qual opinou pelo afastamento das nulidades suscitadas e, no mérito, pela procedência das infrações remanescentes.

A representante da PGE/PROFIS presente, Dr^a. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, se manifestou contrário ao parecer anteriormente exarado, solicitando que fosse consignado no relatório seu entendimento pelo provimento do Recurso Voluntário, quanto à infração 01, por vislumbrar que, antes da revogação formal do Termo de Acordo, só poderia se exigir o ICMS sobre a diferença do valor da base de cálculo que ultrapassasse ao percentual de 50% estabelecido das vendas a varejo. Sustenta que a denúncia deve ser um ato formal.

Na assentada de julgamento, o Conselheiro Nelson Brandão declarou-se suspeito por motivo íntimo, nos termos previstos no art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil inciso II, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, conforme previsto no art. 180 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

VOTO (Vencedor com relação às infrações 2 e 8 e Vencido com relação à infração 1)

Trata-se de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo do dé infração 2, como também de Recurso Voluntário interposto pelo modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 01 e 08

Inicialmente, da análise dos autos, devo ressaltar que o sujeito passivo reconheceu os débitos relativos às infrações 02 a 08 do presente Auto de Infração, no valor principal de R\$ 3.087.710,85, ao efetuar o pedido de parcelamento, inclusive realizando o pagamento da parcela inicial, conforme atestam o extrato gerado pelo SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária); Relação de DAE e Relatório Débito do PAF, consoante documentos acostados às fls. 460, 461, 490 e 491, como também às fls. 592 a 601 dos autos.

Nesse contexto, comprovada a consolidação do processo de parcelamento integral relativo aos débitos exigidos nas citadas infrações (2 a 8), nada mais há para discussão nesta instância administrativa, devendo ser confirmado o lançamento e, conseqüentemente, declarada a extinção da lide, relativa às aludidas infrações 02 a 08, visto que, comprovado o recolhimento da parcela inicial do parcelamento e a confissão do débito, o contribuinte renuncia ao direito de discutir na esfera administrativa, salvo se verificasse a existência de alguma nulidade flagrante, o que não restou apurado nos autos, que ensejasse a se decretar de ofício a nulidade do lançamento.

Assim, diante da confissão e parcelamento dos débitos relativos às infrações 2 a 8 e da consequente renúncia ao direito de discuti-las na esfera administrativa, verifica-se que fica PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário interposto pelo patrono do recorrente, em relação à oitava infração, devendo ser apreciado apenas quanto às razões apresentadas relativas à primeira infração, a qual não foi objeto de reconhecimento pelo sujeito passivo.

Da análise das preliminares de nulidade consignadas no Recurso Voluntário, relativas à infração 1, onde o recorrente reitera suas alegações suscitadas na impugnação ao Auto de Infração, sob a visão de que o lançamento é viciado ao descrever três hipóteses distintas de infrações, maculando a autuação por insegurança na determinação da infração, acarretando preterição aos princípios do contraditório e da ampla defesa, diante da diversidade de infrações apontadas no mesmo item, devo esclarecer que comungo com o entendimento da Decisão recorrida de que a descrição da infração é clara ao atribuir a existência da irregularidade a duas situações, as quais guardam perfeita identidade com a acusação fiscal, pois resultaram em falta de recolhimento do ICMS, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo, ao contrariar regras claras para a fruição do citado benefício fiscal, previstas no *caput* do artigo 1º, c/c o inciso IV do Decreto nº. 7.799/2000, uma vez que o aludido benefício da redução da base de cálculo estava condicionado a que o contribuinte comercializasse no percentual mínimo de 50% com contribuintes de ICMS, o que não ocorreu. Tal fato está descrito na infração 01 e é agravado pela constatação de que também foram detectadas vendas pelo atacado, via notas fiscais, destinadas para não contribuintes do ICMS.

Assim, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo recorrente, uma vez que o lançamento do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que a referida infração 01 foi devidamente tipificada, quantificada e documentada.

Por fim, quanto ao Recuso de Ofício, inerente à segunda infração, observo que a Decisão recorrida está equivocada, pois, conforme já dito, tal exigência foi objeto de reconhecimento e parcelamento do débito pelo contribuinte, não havendo sequer lide. Logo, salvo a hipótese de nulidade flagrante do lançamento de ofício, o que não se verificou, não poderia o órgão julgador eximir o contribuinte desta exigência.

Por outro lado, ao cotejar os demonstrativos que fundamentaram a primeira infração, relativo à redução indevida da base de cálculo das vendas a atacado, às fls. 21 e 22 dos autos, com os demonstrativos que sustentam a segunda infração, às fls. 78 e 83, observo que não existe duplicidade das exigências, como entendeu a Decisão recorrida pois conforme já dito a primeira infração exige o imposto relativo à redução indevida da base de cálculo das vendas a atacado, após a anulação dos estornos de débitos e dos estornos de créditos. Assim, a infração prevista no art. 6º do Decreto 7799/00, em razão da inobservância da condição para

a segunda infração, a exigência é em razão de o contribuinte ter se utilizado a “**maior**” do ICMS sobre as entradas internas, ao realizar “estorno de crédito fiscal” na proporção, de 10% para 17%, das saídas a varejo – ECF.

Assim, diante de tais considerações, concluo pelo restabelecimento do valor originalmente exigido de R\$ 792.381,40, relativo à segunda infração.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, quanto às razões relativas à primeira infração, sendo PREJUDICADO em relação à oitava infração, por ter sido objeto de parcelamento do débito, e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para restabelecer o valor original da segunda infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1)

É objeto da divergência apenas a infração 1 da autuação, através da qual foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Segundo o autuante, tal exigência resulta de duas irregularidades: a) contribuinte com Termo de Acordo de atacadistas realizou vendas a não contribuintes em percentual superior a 50% em todos os meses do exercício de 2005 e no período de janeiro a abril de 2006, ferindo o estabelecido no art. 1º, IV, do Decreto nº 7.799/2000, tendo sido, em virtude disso, cassado o referido Termo; e b) contribuinte realizou venda pelo atacado via notas fiscais a não contribuintes.

Da análise dos autos, constata-se que, em 27/04/2006, foi revogado o Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que concedia ao sujeito passivo o benefício da redução da base de cálculo em 41,176%, nas operações internas, e crédito equivalente a 16,667% do valor do imposto destacado no documento final, nas operações interestaduais, conforme previsto no Decreto nº 7.799/2000.

O motivo para revogação do Termo de Acordo e para a alteração, *ex officio*, da atividade do contribuinte para COMÉRCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL – ÁREA DE VENDA SUPERIOR A 5.000 m2 (CNAE 5211600), foi a constatação da predominância da atividade varejista, mediante levantamento fiscal (fls. 33/34).

Às fls. 38/39, por sua vez, há parecer desta SEFAZ em processo de consulta formulado pelo sujeito passivo, concluindo que ***“para apuração dos percentuais mínimos [de faturamento a que faz referência os incisos I e IV, do artigo 1º, do Decreto nº 7.799/2000], o contribuinte consulente deverá considerar o valor global das operações de saídas destinadas a contribuintes do ICMS, expurgando-se desse valor os decorrentes de operações de saídas cujas mercadorias tenham sido adquiridas com o imposto substituído ou antecipado e de operações que por qualquer outro mecanismo ou incentivo tenham sua carga tributária reduzida”***.

Para comprovar a sua acusação de que o sujeito passivo realizou vendas a varejo em percentual superior ao admitido na legislação vigente, o autuante trouxe aos autos, inicialmente, os demonstrativos sintéticos de fls. 22/32. Esta Câmara de Julgamento Fiscal, contudo, entendeu que tais demonstrativos eram insuficientes para demonstrar o descumprimento das normas instituidoras do benefício tratado no presente voto, determinando o envio dos autos ao autuante, em diligência, para que fossem anexados os demonstrativos analíticos do período de janeiro de 2004 a abril de 2006, capazes de ratificar os percentuais de venda a varejo indicados nas planilhas sintéticas.

O autuante, contudo, limitou-se a anexar novos demonstrativos sintéticos às fls. 561/571, que não contêm as informações detalhadas acerca das operações de saídas realizadas pelo sujeito passivo, de modo a demonstrar que as vendas a varejo, de fato, superaram o citado Decreto nº 7.799/2000. Os dados gravados na mídia magnética não se prestam a suprir a deficiência apontada por esta Câmara.

diligência que foi determinada, pois igualmente deixa de indicar as informações analíticas das operações de saída realizadas pelo recorrente.

Verifica-se, assim, haver uma insegurança quanto à ocorrência da infração que foi atribuída ao sujeito passivo no item 01 desta autuação e, por conseguinte, há também indeterminação da base de cálculo do imposto lançado. Saber se houve ou não descumprimento do Decreto nº 7.799/2000, ou seja, se o contribuinte efetuou ou não vendas a varejo em percentual superior ao permitido pelo Decreto dos atacadistas, é ponto fulcral para a manutenção do lançamento de ofício.

Dada a importância do fato do descumprimento, deveria ele ter sido suficientemente comprovado no processo, com indicação, operação por operação, das vendas saídas promovidas pelo sujeito passivo, e não simplesmente mediante a apresentação de relatórios e planilhas sintéticos, que usurpam do Órgão de Julgamento a completa verificação da acusação fiscal.

Esse fundamento, só por si, é suficiente para a decretação da nulidade do item 1, com alicerce no art. 18, IV, a, do RPAF, em virtude da inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração dela objeto.

Mais existe, ainda, uma outra questão, igualmente relevante, que reforça a nulidade do lançamento contido nessa infração 1.

Refiro-me ao ato de revogação do Termo de Acordo que concedia o benefício de redução da base de cálculo, matéria muito bem lembrada pela representante da PGE/PROFIS que atuou no momento do julgamento do feito.

Segundo o art. 7-A, do Decreto nº 7.799/2000, o desenquadramento do contribuinte, por iniciativa do Fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.

Da leitura do mencionado dispositivo, verifica-se, num primeiro momento, que a denúncia é ato formal e, por imposição dos primados constitucionais da amplitude de defesa e do contraditório, deve ser precedida do devido processo legal, outorgando-se ao sujeito passivo a oportunidade de produzir as provas tendentes a respaldar a sua defesa.

Esse procedimento, do que se extrai do parecer de revogação de fls. 33/34, parece ter sido devidamente seguido pela SEFAZ, contudo o processo não foi integralmente reproduzido neste PAF, deixando o autuante de anexar todos os demonstrativos que igualmente demonstram o descumprimento das determinações do Decreto nº 7.799/2000, no que concerne ao percentual de vendas a varejo.

Registre-se que a falta dos demonstrativos possui repercussão exclusivamente para este processo, porque implica deficiência na sua instrução, não trazendo qualquer efeito para o processo de revogação do Termo de Acordo, que tramitou em autos diversos e deve seguir rito próprio, não cabendo sequer rever, nesta oportunidade, o ato que concluiu pelo desenquadramento.

Todavia, mesmo em se mantendo o ato de revogação, não há, no Decreto nº 7.799/2000, qualquer dispositivo que atribua efeito retroativo ao ato de desenquadramento ou à denúncia do Termo de Acordo. Assim, por imperativo de legalidade, apenas após a revogação do Termo de Acordo, ocorrida em 27/04/2006, poderia ser desconsiderado o benefício da redução da base de cálculo, a não ser que ficasse demonstrada a má-fé do sujeito passivo no pedido de enquadramento como atacadista, já que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Outra possibilidade, aventada pela PGE/PROFIS, seria, relativamente ao período em que o Termo de Acordo estava vigente, cobrar o imposto com alíquota cheia apenas do percentual que extrapolasse os 50% previstos na legislação. Numa hipótese ou em outra, a infração 1 é nula, por indeterminação da base de cálculo, já que não há, nos autos, elementos que permitam fazer a conta a partir de tal parâmetro (alíquota cheia nas operações que 50% de vendas a varejo) e, ainda, estando vigente o Termo de benefício da redução da base de cálculo, nada havendo a ser exigido

Por todo o exposto, estribado nos fundamentos ora delineados e, ainda, naqueles veiculados pela representante da PGE/PROFIS em mesa de julgamento, divirjo do entendimento firmado pelo nobre Relator e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar NULO o item 1 do presente Auto de Infração, com fulcro no art. 18, IV, a, do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PARCIALMENTE PROVER** o Recurso Voluntário apresentado quanto à infração 1 e, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise da infração 8, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0002/07-8**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.087,710,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.759.219,50 e 70% sobre R\$328.491,33, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Sandra Urânia Silva Andrade e Valnei Sousa Freire.

VOTO VENCIDO (Quanto à infração 1) – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR/VOTO
(Vencido quanto à infração 1)

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à infração 1)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS