

A. I. Nº - 088568.5056/13-9
AUTUADO - CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 17.07.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-05/15

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS. 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, ou seja, a fruição do benefício fiscal dependerá do cumprimento das condições previstas no Decreto nº 7.799/00. Infração caracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração comprovada. 3. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o valor de maior expressão monetária. No caso, o das operações de entradas. Infração procedente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/06/2013, exige ICMS no valor de R\$ 886.394,65, por meio das seguintes infrações:

Infração 01 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Exercício de 2010 – Empresa signatária do Termo de Acordo para Atacadistas, previsto no Decreto 7.799/2000, não atingindo em nenhum dos meses do ano de 2010, o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS. Por este motivo as reduções da base de cálculo do tributo, foram consideradas indevidas. Tudo conforme Anexo nº 01 e demais demonstrativos anexos ao PAF, que comprovam o cometimento das infrações, passando a serem partes integrantes deste Auto de Infração. ICMS no valor de R\$ 883.389,30 e multa de 60%.

Infração 02 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Exercício de 2010 – Erro na determinação da alíquota de algumas vendas realizadas, conforme anexo nº 02, que passa a ser parte integrante deste Auto de Infração. ICMS no valor de R\$ 1.617,71 e multa de 60%.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, 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. ICMS no valor de R\$ 1.387,64 e multa de 100%.

O autuado, por meio de patrono legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 65 a 72, e em preliminar suscita a nulidade da ação fiscal devido a ausência do termo de início da fiscalização, e das suas prorrogações (se vencido o prazo inicial), vícios que contaminam o procedimento, de

acordo com a norma matriz do CTN e decisão do CONSEF em caso análogo, Acórdão CJF nº 0157-11/09. Ainda em preliminar suscita a nulidade do item 01 do Auto de Infração, posto que de acordo com a intimação anexa, somente em setembro de 2012, a autuada teve conhecimento da “cassação” do seu Termo de Acordo, não podendo ser responsabilizada por imposto pertinente ao exercício de 2010, cujas operações foram homologadas pelo fisco. Aduz que somente os fatos geradores ocorridos após a científica da cassação, com todos os desdobramentos alusivos ao direito à ampla defesa e ao contraditório, podem gerar repercussão tributária. Nesse sentido o art. 7º-A do Decreto nº 7.799/99 referenda a questão, quando não autoriza qualquer cobrança retroativa. Contudo, uma vez intimada da cassação, deixou de operar com o regime de atacadista. Além disso, aduz que é nulo o AI por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, posto que não existe no PAF a demonstração analítica da apuração dos percentuais de vendas para “contribuintes” e “não contribuintes”. Foi apresentada uma planilha sintética de vendas, através da qual se tenta demonstrar que a autuada não atingiu os percentuais de vendas previstos no Decreto 7.799/99, sem contudo existir uma correlação entre tal “demonstração” e planilhas analíticas, nota por nota.

Assevera que os demais demonstrativos apresentados dizem respeito às vendas para “inscritos”, “isentos”, “especiais” e “inaptos ou cancelados”, mas que o Decreto 7.799/00 no seu art. 1º prever vendas realizadas a contribuintes, e não aos mencionados adrede, além do que não restam comprovadas as inaptidões e cancelamentos. Traz à lume a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acordão nº 0241-11/10, na qual foi acolhida a preliminar de nulidade em semelhante situação.

No mérito afirma que a infração é improcedente haja vista que o Decreto 7.799 exige que 65% das vendas sejam para “contribuintes”, englobando os inscritos, isentos de inscrição, bem como os contribuintes especiais, logo suas vendas para contribuintes inscritos podem ser beneficiadas com a redução de base de cálculo. Destaca que os contribuintes inscritos como especiais, à época, não perdiam a condição de contribuintes de ICMS, inclusive sendo obrigados a pagar a complementação de alíquota nas aquisições para uso e consumo, ativo, etc.

Argumenta que outro ponto implícito na norma, diz respeito às mercadorias vendidas sem tributação, que naturalmente não devem ser consideradas, eis que destinadas notadamente a entes públicos que possuem benefícios específicos. Conforme demonstrativo específico, utilizado na auditoria de estoques, 18,604% das saídas em 2010, foram “não tributadas”, o que igualmente repercute na apuração, para efeito do faturamento total e percentuais.

Finalmente, afirma que a autuada não obteve vantagem financeira com as vendas ou seja não fez caixa, e não possui receita suficiente para quitar o valor cobrado, notadamente quando onerado por multa e acréscimos. Ademais o vendedor repassa o benefício aos adquirentes, mediante descontos incondicionais, que inclusive não devem compor a base de cálculo do ICMS. Reclama da forma de agir do Estado, que no mínimo deveria dar ao contribuinte a oportunidade de refazer o conta corrente, apurando novos valores de débito e de crédito. Salienta que mesmo em se mantendo o ato de revogação, não há no Decreto 7.799/2000, qualquer dispositivo que atribua efeito retroativo ao ato de desenquadramento ou à denúncia do Termo de Acordo.

Pede diligência por estranho ao feito, para afinal ser julgado improcedente ou procedente em parte, o item 1 do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 95 a 98, e destaca que intimou o contribuinte em 12/04/2013 para apresentar a documentação fiscal, fl. 07, procedimento que substitui a lavratura do termo de início de fiscalização. Ratifica que entregou ao contribuinte todos os demonstrativos e cópias de documentos gravados em CD, que fazem parte deste PAF, conforme recibos de arquivos magnéticos, fl. 55.

No mérito destaca que não foi falado em desenquadramento ou termo de denúncia do Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA.

Afirma que o autuado descumpriu, em todos os meses de 2010, o disposto no art. 1º, I do Decreto nº 7.799/2000, perdendo assim o direito ao benefício da redução de base de cálculo ali previsto. Quanto às vendas para empresas com inscrição estadual na condição de especial, o Decreto 7.799/2000 estabelece as exceções para as vendas a contribuintes, na condição de especial, no seu § 3º do artigo 1º, vigente à época, e não se encontra entre as atividades econômicas previstas no § 3º, a do autuado, 4649-4/01, “comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico”. Ademais, também se fossem consideradas as vendas para contribuintes inscritos como “especial”, para o cálculo do percentual previsto no Decreto 7.799/2000, o resultado em todos os meses de 2010, continuaria aquém do mínimo necessário (65%), para fazer jus ao benefício da redução da base de cálculo, conforme demonstrativo fls. 14/15 do PAF. Lista os demonstrativos que foram elaborados e entregues ao sujeito passivo, e reafirma a legitimidade da infração 01. Mantém a autuação em sua inteireza.

Na sessão de julgamento o patrono da empresa requereu o prazo de 10 dias para tomar conhecimento da informação fiscal, no que foi concedido pela JJF, ao tempo em que o PAF foi diligenciado ao autuante para que fossem anexados os demonstrativos analíticos de todo o período autuado, com referência à infração 01, com a sua entrega ao contribuinte.

O auditor fiscal autuante informa que todos os demonstrativos foram entregues ao representante do contribuinte, em mídia gravada e autenticada, conforme recibo de fl. 55, por economia de impressão e cumprindo o que determina a legislação.

Mantém na integralidade o teor da informação fiscal, fls. 95 a 98, solicitando ao setor competente da INFRAZ que também forneça cópia ao contribuinte. Anexa também cópia do Acórdão 0455-13/13, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 11/11/2013, mesma infração cometida pelo autuado, com julgamento procedente em favor do fisco. Salienta o não cumprimento do percentual mínimo de 65% das vendas a contribuintes do ICMS, inscritos, e destaca que “o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 destina-se a contribuinte Atacadista, que realize vendas a outros contribuintes, acima do percentual de 65% de suas vendas.”

Anexa os seguintes demonstrativos que embasam a constituição do crédito tributário:

- 1 – Uso Decreto 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo – fls. 113 a 114;
- 2 – Venda para contribuintes habilitados – fls. 115 a 294;
- 3 – Venda para contribuintes desabilitados – fls. 295 a 299;
- 4 – Vendas para inscritos como especial – fls. 300 a 329;
- 5 – Vendas para não contribuintes – fls. 330 a 628;
- 6 – Redução da base de cálculo indevida – fls. 628 a 1344;
- 7 – Acordão nº 0455-13/13, fls. 1345 a 1356.

O sujeito passivo apresenta manifestação de fls. 1.364 a 1373, na qual ratifica todos os termos de sua defesa, questões prejudiciais e de mérito. Reafirma que o Decreto 7.799/00 previa a condição de contribuinte inscrito, para fins de aplicação do benefício, e que sua interpretação deve ser literal. Assim, se as vendas são para pessoas jurídicas, suas vendas para contribuintes devidamente inscritos, podem ser beneficiadas com a redução de base de cálculo. Como visto, o Decreto tratou de definir duas normas: uma para a qualificação do contribuinte como atacadista e outra determinando quais as operações que poderiam ser beneficiadas com redução, uma vez sendo considerado o mesmo atacadista. Também limitou o crédito fiscal a 10%, no que deixa claro o legislador que a exigência maior não se aplica na apuração dos percentuais de vendas, e sim, tão somente, na própria aplicação da carga tributária menor (nas vendas para contribuintes inscritos).

Reclama da incidência de multa e acréscimos, como se o contribuinte tivesse agido de forma dolosa, e que no mínimo deveria ser dado a oportunidade de refazimento do conta corrente,

apurando os novos valores de débitos e créditos, pagando o resíduo voluntariamente, tal como no sentido da norma consignada no art. 7-A. Insurge-se contra a forma de agir do Estado, por ferir a segurança jurídica e financeira do sujeito passivo. Ademais, é ilegal a autuação, como se espera não seja homologada por este CONSEF, como já o fez o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, Primeira Câmara Cível, Relatora Des. Silvia Carneiro Santos Zarif, de acordo com decisão anexa. Cita o Acórdão CJF 0241-11/10, no qual o Conseg com apoio da representante da Douta PGE na respectiva assentada de julgamento, já condenou cobrança retroativa e a forma de apuração, semelhantes ao presente caso, como transcreve.

Na situação em tela, conforme demonstrativos e DANFEs anexos, em 2010, o autuado realizou as vendas cuja situação segue nos demonstrativos sintéticos e analíticos, anexos em meio magnético. Apresenta um sintético o qual aponta que nos meses de janeiro, fevereiro, abril e julho, pelo menos, os índices superam o nível de exigência regulamentar. Em outros, março junho, setembro, novembro e dezembro, se aproximaram bastante. Então em verdade, mesmo sem considerar as vendas glosadas no AI, que seriam para contribuintes inaptos, etc, as vendas da autuada, no ano, para contribuintes, atingiram média de 63,91%, não sendo justa a cobrança total, com a desclassificação do regime, conforme, inclusive já se pronunciou a PGE.

Destaca a conclusão da Câmara Superior do CONSEF, através do Acórdão CS 0002-21/06, que homologou decisões da 2ª JJF e 2ª CJF (Acórdãos 0273-02/05 e 0349-12/05), reconhecendo que, até mesmo, as pessoas físicas podem ser consideradas para os efeitos do Decreto 7.799/00, na medida da equiparação feita pelo art. 36, § 1º do RICMS, os reproduz parcialmente.

Conclui o pensamento, no sentido de que haveria que se cobrar o imposto, apenas sobre o excedente das vendas no varejo, como admitiu a PGE, no parecer mencionado, ou seja, apenas sobre o percentual de vendas, no varejo, que ultrapassou os limites do decreto, o complemento do ICMS poderia ser cobrado.

Protesta pela nulidade do lançamento, ou do seu item 1, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, completa revisão por fiscal estranho ao feito, pede e espera que afinal, seja julgado improcedente, ou dependendo do resultado da revisão, procedente em parte, depois de corretamente equacionada a carga tributária e deduzidos os créditos de direito.

O autuante presta informação fiscal, fls. 13.109 a 13.111, e mantém a informação de fl. 95, onde fica claramente demonstrado que cumpriu integralmente as previsões legais, não podendo haver qualquer alegação de cerceamento de defesa. Quanto aos itens 02 a 22 da nova manifestação informa o seguinte:

Atendeu o pedido para fornecimento de cópia de todos os demonstrativos, anexos ao Auto de Infração, apesar de ter feito a entrega de CD gravado, devidamente autenticado, aberto no momento da entrega do auto para verificação, e assinatura.

Descreve os demonstrativos anexados no PAF, e rebate que os percentuais das vendas apresentadas pela defesa, no demonstrativo fl. 1369, item 15, não representam a verdade dos fatos. Ademais, tais percentuais estão claramente descritos nos seguintes demonstrativos, de forma analítica e sintética:

- 1 – Uso de Decreto 7.799, sem atingir o percentual mínimo – fl. 13;
- 2 – Uso do Decreto sem atingir o percentual mínimo-venda para contribuintes habilitados, fl. 16;
- 3 – Uso do Decreto sem atingir o percentual mínimo-venda para não contribuintes , fl. 19;
- 4 – Uso do Decreto, sem atingir o percentual mínimo-venda para contribuintes desabilitados, fl. 22;
- 5 - Uso do Decreto sem atingir o percentual mínimo-venda para inscritos como especial, fl. 27;
- 6 - Uso do Decreto sem atingir o percentual - redução de base de cálculo indevida fl.10.

Mantém a informação fiscal, fls. 95 a 98, para a infração 01, na sua integralidade. Quanto às infrações 02 e 03, a alegação do defendantre restringe-se à falta de formalidades legais, fatos também já esclarecidos.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação dos pedidos de nulidade formulados na peça defensiva, sendo que o primeiro decorre da “falta de Termo de Início de Fiscalização, e de suas prorrogações”. Consoante o art. 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que elenca as hipóteses que ensejam o início do procedimento fiscal, no inciso III, temos como suficiente para tal mister, *a intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.* Consta nos autos a Intimação para a apresentação de livros e de documentos fiscais, na fl. 07, datada de 12/04/2013, quando foi iniciada a ação fiscal.

Quanto aos demonstrativos e planilhas que fazem parte integrante do Auto de Infração, vejo que foi observado o dispositivo contido no RPAF/99, art. 28, § 4º, inciso II, em que “O Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.”

Em decorrência desta obrigatoriedade, o autuante elaborou demonstrativos e planilhas, que foram devidamente entregues à sociedade empresária, quando da entrega do Auto de Infração, além de cópias gravadas em CD, conforme recibos de arquivos magnéticos, de fl. 55.

São as seguintes planilhas que fazem parte integrante do Auto de Infração:

-Uso do Dec.7799/00, sem atingir o percentual mínimo -Redução da Base de Cálculo Indevida-2010- Fls. 10 a 13 - Neste demonstrativo que tem 719 páginas gravadas no CD entregue, consta o detalhamento das vendas realizadas com a nova carga tributária de 17%, após exclusão do benefício utilizado de forma irregular;

*-Uso do Decreto 7799/00 sem atingir o percentual mínimo-Exercício de 2010- Este demonstrativo compara mês a mês, as saídas de mercadorias para **CONTRIBUINTES** com as saídas de mercadorias para **NÃO CONTRIBUINTES** .(FLS. 14 e 15);*

-Uso Dec. 7799/00 sem atingir o percentual mínimo- Vendas para contribuintes habilitados- Neste demonstrativo composto de 180 páginas, gravadas no CD entregue,demonstramos todas as vendas mês a mês, que foram realizadas no ano de 2010 para contribuintes habilitados, e por nós consideradas para efeito de cálculo. Fls.16 a 18;

*-Uso Dec. 7799/00 sem atingir o percentual mínimo - Vendas para não contribuintes- Este demonstrativo que contem 299 páginas, também gravadas no CD entregue,relacionamos todas as vendas realizadas com os benefícios de Dec.7799/00, que não poderiam ser realizadas por serem destinadas a **NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS**. Fls.19 a 21;*

-Uso do Dec. 7799/00 sem atingir o percentual mínimo - Vendas para contribuintes desabilitados- Neste demonstrativo composto de apenas 05 folhas, páginas 22 a 26, relacionamos as vendas para contribuintes em situação irregular no Cadastro da SEFAZ, por estarem com as Inscrições estaduais Baixadas, Canceladas, suspensas. Mesmo isentando o contribuinte da responsabilidade de verificação cadastral das empresas com que comercializa, estes valores não influenciarão no seu desenquadramento para efeito de cobrança do Dec.7799/00, quero dizer que considerando estes valores como vendas regulares o autuado não atingiria o percentual mínimo de 65% previsto na legislação;

-Uso do Decreto 7799/00 sem atingir o percentual mínimo- Vendas para Inscritos como especial- Este demonstrativo, composto de 30 páginas entregues ao contribuinte no CD gravado, relaciona vendas para contribuintes inscritos no cadastro como Especial, que mesmo se consideradas, não ajudariam a empresa a cumprir o percentual mínimo de 65% das vendas destinadas a contribuintes. Fls. 27 a 29."

Deste modo, a infração encontra-se devidamente documentada e tipificada.

Assim, ultrapasso as preliminares de nulidades trazidas na defesa, haja vista que não há vícios que maculem a autuação, passíveis de invalidar o lançamento tributário, conforme a previsão contida no art. 18 do RPAF/99, vez que contém elementos suficientes para se determinar, com

segurança, a infração e o infrator, e preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

No mérito, a autuação centra-se no fato de que o autuado possui Termo de Acordo Atacadista com o Estado da Bahia, normatizado pelo Decreto 7.799/2000, deixando de atingir o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS, e por este motivo, as reduções de base de cálculo realizadas no Exercício de 2010, foram consideradas indevidas.

De fato, reza o Decreto 7.799/2000, no seu art. 1º:

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

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Face a normativa legal, a ação fiscal centrou-se em verificar se as condições estabelecidas para fazer jus ao benefício ali estabelecido, teriam sido alcançadas, e em que montante, haja vista que o percentual mínimo de faturamento da ordem de 65%, nas saídas destinadas a contribuintes do ICMS deveria ser alcançado pelo estabelecimento.

De tal sorte, partiu o autuante, em sua auditoria fiscal, para verificar nos documentos e lançamentos se o percentual mínimo havia sido atingido no exercício de 2010, em todos os seus meses, quando então elaborou a planilha de fls. 14/15, na qual separou as saídas a contribuinte, das saídas a não contribuintes, e encontrou o percentual mensal de vendas a contribuintes do ICMS, procedimento no qual poderia constatar se o faturamento de tais vendas, a contribuinte do ICMS, teria alcançado o percentual de 65%. Verificou que este percentual não fora alcançado, em nenhum mês do exercício de 2010, posto que, anteriormente, checou quais saídas foram destinadas para contribuintes com situação ativa, com as respectivas saídas internas, consoante planilhas fls. 16/18. Prosseguiu auditando quais foram as vendas realizadas para não contribuintes, tais os isentos de inscrição estadual, os desabilitados (cancelados, suspensos, baixados no cadastro estadual). Da mesma forma verificou a totalidade das saídas para os inscritos como especial, tudo conforme planilhas fls. 19 a 29.

Na peça de defesa o patrono da empresa suscita duas questões que envolvem diretamente o mérito da autuação: A primeira diz respeito, em preliminar, ao fato de que somente em setembro de 2012, a autuada teve conhecimento da “cassação do seu Termo de Acordo”, e por tal fato, não poderia ser responsabilizada por imposto pertinente ao exercício de 2010, cujas operações foram homologadas pelo fisco. Entende o defendant que somente os fatos geradores ocorridos após a cientificação da cassação, podem gerar repercussão tributária. Menciona que o art. 7-A do Decreto 7.799/00 não autoriza qualquer cobrança retroativa.

A segunda questão seria a delimitação do que sejam vendas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, tal como disposto no Decreto 7.799/2000, condição para que a sociedade empresária faça jus à redução de base de cálculo, nas saídas internas para tais sujeitos.

Da análise da primeira questão, constato que o sujeito passivo teve o Termo de Acordo Comércio Atacadista cassado em 05/09/2012, por meio do Processo nº 17329120127, em cujo Parecer Final, assinado pelo Diretor da DPF, Sr. Luis Henrique de Sousa Alexandre, traz como causa da cassação que “De acordo com as constantes fiscalizações, inclusive com lavratura de Auto de Infração, foi constatada que a atividade preponderante da referida empresa é varejista, o que vem de encontro ao Decreto 7.799/2000, e por isso somos pela Cassação do referido Acordo”.

Ocorre que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/06/2013, ocasião em que o Termo de Acordo já havia sido cassado. O fato de se reportar a fatos geradores ocorridos em 2010, salvo

melhor juízo, não impediria que os mesmos fossem alcançados, pela fiscalização, haja vista que o Decreto 7.799/2000 estabelece condições para a eficácia do Termo Acordo, entre o particular (o contribuinte) e o Estado da Bahia.

Assim no artigo 7º encontramos a normativa de que “ A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º- B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F e 3º-G 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.”

E o art. 7-A dispõe que “ O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.”

Tratando-se de Decreto, cuja motivação foi abranger unicamente o comércio atacadista no Estado da Bahia, nas vendas internas, com o fito de incrementar o comércio estadual, o fato de o sujeito passivo não desenvolver a atividade de atacadista o afastaria dos benefícios concedidos pelo Decreto 7.799/2000, por ser específico para a atividade atacadista. Ora, desenvolvendo o comércio varejista, motivo da cassação do Termo de Acordo, não fazia jus, desde o momento em que procedeu à assinatura do Termo de Acordo, por faltar correspondência entre os fatos exigidos para a validade da obtenção dos benefícios estipulados no Decreto, entre eles, e o primeiro, o de ser atacadista, o que torna o Termo de Acordo inválido desde a sua celebração. Diria até que o ato de Celebração do Termo de Acordo foi ineficaz haja vista que desde a sua origem careceu de elementos fundamentais que permitiriam o seu reconhecimento, a sua validade. Sendo caso de nulidade absoluta, opera ex-tunc, retroage para alcançar todos os atos praticados desde a sua formação, ou seja a Celebração do Termo de Acordo.

Independentemente desta análise, destaco que outras motivações foram encontradas para a lavratura do presente Auto de Infração, ou seja, além desta questão, é preciso alcançar as outras condições previstas no Decreto 7.799/2000, tais como o percentual de faturamento, previsto no inciso I, do art. 1º daquela normativa, o que levou a fiscalização à presente autuação.

Ademais, quanto ao mérito da autuação, o parágrafo único da cláusula primeira do Termo de Acordo estabelece que “a fruição do benefício de que trata este Termo de Acordo dependerá de que a ACORDANTE atenda a todas as condições previstas no referido Decreto”. No mesmo sentido, o art. 11 do RICMS prevê que “Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição”.

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, ou seja, a fruição do benefício fiscal dependerá do cumprimento das condições previstas no Decreto nº 7.799/00.

Destaco que a alegação trazida pelo defendant, de que há nulidade na autuação, por falta de cassação do Termo de Acordo, que somente teria ocorrido após a lavratura do AI, não possui o condão de se opor à presente autuação, pois não se tem como fundamento do lançamento o cancelamento do Termo de Acordo, mas a exigência fiscal da infração 01, reporta-se ao fato de que a empresa não atendeu à condição estabelecida no Decreto Estadual nº 7.799/00, que concede benefício fiscal de redução de base de cálculo para atacadistas localizados neste Estado. Deste modo, especificamente, não foi atendido o disposto no Art. 1º, I, pelo fato de que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS não correspondeu, no mínimo, no exercício de 2010, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), por se tratar de estabelecimento cuja receita bruta do exercício ser inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais). Foi contrariada a regra prevista no caput do art. 1º, c/c o inciso I 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 65% com contribuintes de ICMS, o que não ocorreu.

O sujeito passivo inconformado com o lançamento aduz que as notas fiscais emitidas para os inscritos na condição de Especial deveriam ser consideradas para o cálculo do benefício fiscal, contudo, além de o art. 36 do RICMS impor a habitualidade e o volume para caracterizar intuito comercial nas operações de circulação de mercadorias, o Decreto Estadual nº 7.799/2000 estabelece as exceções para as vendas a contribuintes na condição de especial, através do seu § 3º do artigo 1º (vigente, à época), que dispõe: "*§ 3º - Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial.*", o autuado está inscrito no CNAE 4649-4/01, comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico e não é alcançado pelo regime de exceção, reproduzido no Anexo Único do mencionado Decreto que abarca:

ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
13	4647-8/01	Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria
14	4649-4/04	Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria
14-A	4672-9/00	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas
14-B	4673-7/00	Comércio atacadista de material elétrico
14-C	4679-6/99	Comércio atacadista de materiais de construção em geral

Ademais, o autuante esclareceu que mesmo que fosse considerado o valor das vendas para contribuintes inscritos na condição de especial para o cálculo do percentual previsto no Decreto Estadual nº 7.799/2000, o resultado, em todos os meses de 2010, continuaria aquém do mínimo necessário (65%) para ele fazer jus ao benefício de redução de base de cálculo, conforme demonstrativo fls. nº 14 e 15 do PAF.

Destaco que todas as vendas a varejo foram obtidas por meio do Registro 60-R e por estar devidamente tipificada a autuação, com seus demonstrativos fazendo parte integrante do Auto de Infração e por não ter o sujeito passivo efetuado a contra-prova de que teria alcançado o percentual de 65% para fazer jus à redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, mantendo a infração em sua totalidade.

Assim, as vendas para não contribuintes, vendas para contribuintes inaptos, desabilitados, em situação irregular no cadastro da SEFAZ, por estarem com suas inscrições cadastrais baixadas, canceladas ou suspensas, e os especiais que não atendam às condições previstas no art. 1º, § 3º, não podem ser consideradas como vendas para contribuintes, exigência contida no Decreto 7.799/00.

Quanto ao mencionado ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/10, trazido como paradigma para sustentar o pedido de nulidade da autuação, trata-se de situação divergente da presente, posto que no outro caso, a sociedade empresária teve a revogação do Termo de Acordo e 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), em decorrência da constatação da predominância da atividade varejista, mediante levantamento fiscal, e aqui a autuação exige ICMS apenas das diferenças de saídas por não ter atingido em nenhum dos meses de 2010 o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS.

Ressalto que esta sociedade empresária, em decorrência de fatos semelhantes, foi autuada e por meio do Acordão 0455-13/13, vimos a decisão pela procedência do Auto de Infração.

Dado que os fatos alegados pelo autuante encontram-se suficientemente comprovados, no processo administrativo fiscal, com indicação das saídas promovidas pelo sujeito passivo, que atingiram percentual inferior ao estabelecido no Decreto 7.799/00, para contribuintes, julgo procedente a infração 01.

Infração procedente.

Quanto às infrações 02 e 03, foram reconhecidas e seus valores pagos, consoante os extratos de pagamentos de fls. 101/102. Infrações procedentes.

A multa aplicada está em consonância com a disposição contida na Lei nº 7.014/96, e não cabe a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo, a teor do art. 167, I, III do RPAF/BA.

Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088568.5056/13-9**, lavrado contra **CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$886.394,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$885.007,01 e de 100% sobre R\$1.387,64, previstas no art. 42, II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2015.

ÂNGELO MÁRO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR