

A. I. Nº - 088568.5056/13-9
AUTUADO - CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA. (JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA EM AR CONDICIONADO, PEÇAS E ACESSÓRIOS – EIRELI)
AUTUANTE - ANTONIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-06/16

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 nº 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 cientificação 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 7.799/00 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 Auto de Infração 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 nº 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 nº 7.799/00 no seu art. 1º prevê vendas realizadas a contribuintes, e não aos adrede mencionados, além do que não restam comprovadas as inaptidões e cancelamentos. Traz à lume a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 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 nº 7.799/00 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 oferecer ao contribuinte a oportunidade de refazer o Conta Corrente, apurando novos valores de débito e de crédito. Salaria que 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.

Pede diligência por estranho ao feito, para ao final 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 nº 7.799/2000 estabelece as exceções para as vendas a contribuintes, na condição de Especial, no seu parágrafo 3º do artigo 1º, vigente à época, e não se encontra entre as atividades econômicas previstas no parágrafo 3º, a do autuado, CNAE 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 nº 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 Junta de Julgamento Fiscal, 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. (fls. 107/108)

O auditor fiscal autuante informou 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 o autuante, na integralidade, o teor da informação fiscal, fls. 95 a 98, e solicita ao setor competente da INFAZ que também forneça cópia ao contribuinte para atendimento ao requerido em sua defesa. Anexa cópia do Acórdão nº 0455-13/13, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 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 nº 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 nº 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 1.344;
7. Acórdão nº 0455-13/13, fls. 1.345 a 1.356.

O sujeito passivo apresenta manifestação de fls. 1.364 a 1.373, na qual ratifica todos os termos de sua defesa, questões prejudiciais e de mérito. Reafirma que o Decreto nº 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 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 nº 0241-11/10, no qual o Consef 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, tais como nos meses de março, junho, setembro, novembro e dezembro, se aproximaram bastante. Então, em verdade, mesmo sem considerar as vendas glosadas no Auto de Infração, que seriam para contribuinte 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 nº 0002-21/06, que homologou decisões da 2ª JJF e 2ª CJF (Acórdãos nºs 0273-02/05 e 0349-12/05), reconhecendo que, até mesmo, as pessoas físicas podem ser consideradas para os efeitos do Decreto nº 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 a final, 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 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 do defendente, informa que atendeu ao pedido para o 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 fls. 1.369, 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 nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - Redução da Base de Cálculo Indevida 2010. Demonstrativo com 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, fls. 10 a 13;
2. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - Exercício de 2010. Compara mês a mês as saídas de mercadorias para CONTRIBUINTES com as saídas de mercadorias para NÃO CONTRIBUINTES, fls. 14 e 15;

3. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - Vendas para contribuintes habilitados. Contem 180 páginas, gravadas no CD. Demonstra todas as vendas mês a mês, que foram realizadas para contribuintes habilitados, consideradas para efeito de cálculo, fls. 16 a 18;
4. Uso do Decreto sem atingir o percentual mínimo - Vendas para não contribuintes. Contém 299 páginas também gravadas no CD. Relaciona todas as vendas realizadas com o benefício Dec. nº 7.799/00, que não poderiam ser realizadas por serem destinadas a NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, fls. 19 a 21;
5. Uso do Decreto, sem atingir o percentual mínimo - VENDAS PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. Relacionou as vendas para contribuintes em situação irregular no Cadastro da SEFAZ, por estarem com as inscrições estaduais Baixadas, Canceladas, Suspensas. Destaca que mesmo considerando esses valores como vendas regulares o autuado não atingiria o percentual mínimo de 65% previsto na legislação, fls. 22 a 26;
6. Uso do Decreto nº 7.799/00 sem atingir o percentual mínimo - VENDAS PARA INSCRITOS COMO ESPECIAL. Considera vendas para contribuinte 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;

Salienta que os percentuais de vendas apresentados pela defesa no demonstrativo de fls. 1.369, item 15, não representam a verdade dos fatos, tais percentuais estão claramente descritos nos seguintes demonstrativos de forma analítica e sintética:

1. Uso do Decreto nº 7.799/00 sem atingir o percentual mínimo, fl. 13;
2. Uso do Decreto nº 7.799/00 sem atingir o percentual mínimo - VENDA PARA CONTRIBUINTES HABILITADOS, fl. 16;
3. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - VENDA PARA NÃO CONTRIBUINTES, fl. 19;
4. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - VENDA PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS, fls. 22;
5. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - VENDA PARA INSCRITOS COMO ESPECIAL, fl. 27;
6. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual Mínimo - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA, fl. 10.

Analizando os demonstrativos acima descritos, fica evidenciado que, em nenhum mês, do ano de 2010 foi cumprido pelo autuado o percentual mínimo de vendas, previsto na legislação e acordado pelo contribuinte, quando assinou espontaneamente o TERMO DE ACORDO PARA ATACADISTAS.

Destaca que todos os demonstrativos, além do CD gravado e autenticado foram entregues ao contribuinte.

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

O presente PAF foi julgado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante o Acórdão JJF nº 0117-05/15, pela procedência do Auto de Infração, (fls. 13.117 a 13.125).

A sociedade empresária ingressa com Recurso Voluntário, fls. 13.136 a 13.154, ratifica todos os termos de sua defesa (questões prejudiciais e de mérito), e em preliminar suscita a nulidade da decisão recorrida, por supressão de instância e conseqüente cerceamento de defesa, na medida em que a Junta de Julgamento Fiscal não apreciou as alegações contidas nos itens 02 a 05 e 09 da petição protocolada em 26/06/2014, relativas à interpretação dos arts. 1º e 3º-B, § único do Decreto

nº 7.799/00. Apresenta várias questões no seu Recurso, para pedir, a final, a improcedência da infração 01.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 13.159 a 13.169, após analisar detidamente os pontos levantados pelo contribuinte no Recurso Voluntário, opina pelo seu Improvimento.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, fls. 13.171 a 13.179, decide, conforme o relato no Acórdão CJF nº 0393-12/15, pela reforma de Julgamento, posto que os julgadores de piso deixaram de apreciar razões defensivas pontuadas pelo sujeito passivo, o que implica em cerceamento de defesa do Contribuinte, sobretudo quando a matéria suscitada foi abordada em diversos momentos.

Concluem o julgado no sentido de que os julgadores de piso deixaram de apreciar as razões de defesa pontuadas em diversas oportunidades pelo sujeito passivo, o que em rápidas palavras, implica em cerceamento de defesa do contribuinte. Acolhe a preliminar suscitada, para com fundamento no art. 18, II e III do RPAF/BA., prover o Recurso Voluntário para julgar NULA a Decisão Recorrida, devendo os autos retornar à primeira instância para novo julgamento.

VOTO

Inicialmente destaco que o presente Auto de Infração retorna à esta Junta de Julgamento Fiscal, órgão de primeira instância do CONSEF/BA, para apreciação de questões as quais, segundo o entendimento manifestado no Acórdão CJF Nº 0393-12/15, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, não teriam sido devidamente enfrentadas por esta Relatora. Nesse sentido, o sujeito passivo aduziu a nulidade da Decisão recorrida, em sede de Recurso Voluntário, sob o argumento de que teriam os julgadores de piso deixados de apreciar as suas razões, relativas à interpretação dos artigos 1º e 3º-B, § único do Decreto nº 7.799/00, bem como de outros pontos suscitados em sede de defesa.

Consoante a descrição contida no Relatório do Acórdão CJF Nº 0393-12/15, na fl. 05, segundo parágrafo, está dito “*aduz a nulidade da Decisão recorrida em razão de não ter a Junta de Julgamento Fiscal, supostamente, apreciado as razões de defesa expostas nos itens 2, 3, 4, 5 e 9 da peça protocolada em 26/06/2014 e relativos à interpretação dos artigos 1º e 3º B, § único do Decreto nº 7.799/00*”. Na mesma linha argumentativa, assevera o defendente que também nos itens 7 a 10 da sua peça de impugnação levantou questões que não mereceram a devida atenção da Junta de Julgamento Fiscal, pois, igualmente, não teriam sido devidamente enfrentadas na Decisão de piso, entendido que tais fatos inquinariam de nulidade a Decisão combatida, motivo pelo qual requereu a nulidade da Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, também requerendo que o PAF seja redistribuído para outra Junta de Julgamento Fiscal.

Isto posto passo a analisar as questões suscitadas no Recurso Voluntário e que levaram à decisão pela Nulidade do Julgamento *a quo*, do qual fui Relatora, cujo processo administrativo fiscal encontra-se a mim vinculado, consoante o § 1º, III do art. 136 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), que dispõe: “O processo distribuído a um relator permanecerá a ele vinculado na hipótese de retorno dos autos para novo julgamento em virtude de decisão declarada nula”.

Assim, dentre as questões trazidas no Recurso, estão as alegações contidas nos itens 02 a 05 e 09 da petição protocolada no dia 26/06/2014, (SIPRO Nº 116884/2014-0), ou seja, a Impugnação a este Auto de Infração, relativas à interpretação dos arts. 1º e 3º-B, § único do Decreto nº 7.799/00 que dispõem *in verbis*:

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: **(Redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03.02.2003, DOE BA de 04.02.2003, com efeitos a partir de 01.01.2003).**

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); (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 9.547, de 20.09.2005, DOE BA de 21.09.2005, com efeitos a partir de 01.10.2005).

Art. 3º-B. *Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob o CNAE 4646-0/01 - comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, aplica-se a redução de base de cálculo prevista no art. 1º, sob as condições estabelecidas naquele dispositivo, observado o disposto nos artigos 4º, 5º e 7º. (Redação dada ao caput pelo Decreto nº 10.316, de 11.04.2007, DOE BA de 12.04.2007).*

Parágrafo único - *As condições estabelecidas no art. 1º, citadas no caput deste artigo, referem-se à correspondência entre as saídas destinadas a contribuintes do ICMS e o valor do faturamento total. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto nº 8.548, de 28.05.2003).*

Art. 7º A - *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.*

Descritos os dispositivos legais trazidos pelo sujeito passivo, os quais não teriam sido observados pela Junta de Julgamento Fiscal, passo à análise itemizada, cujos parágrafos foram numerados na impugnação apresentada pelo contribuinte, fls. 65 a 72 do PAF:

Item 2 - *Suscita a nulidade da ação fiscal, devido a ausência do Termo de Início de Fiscalização, e das suas prorrogações (se vencido o prazo inicial), vícios que contaminam o procedimento, de acordo com a norma matriz do CTN, conforme decidido pelo CONSEF no Acórdão CJF Nº 0157-11/09, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.*

Fala das regras de direito formal, que devem ser obedecidas além das regras de direito material. Regras de direito formal que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito tributário. O lançamento do crédito tributário é ato vinculado.

Apreciação do argumento: Quanto à falta do Termo de Início de Fiscalização, é de clareza solar o que dispõe o art. 26, III do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), quando tipifica que considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura da Intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Assim, quatro hipóteses elencadas são válidas para dar início ao procedimento fiscal tais como: I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização; III - intimação por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização; IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal. No mesmo sentido a previsão contida no COTEB (Lei nº 3.956/81), art. 127, II, em que considera-se iniciado o procedimento fiscal pela intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, exibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento de tributos.

Portanto, tendo sido intimada, a sociedade empresária, a fornecer livros e documentos fiscais para o início da ação fiscal, consoante o documento de fls. 07, a mesma tomou ciência do procedimento fiscal que estaria sendo implementado no seu estabelecimento, não lhe trazendo, outrossim, qualquer prejuízo a ausência de Termo de Início de Fiscalização, posto que a ação fiscal, no momento da intimação e sua ciência já estaria iniciada. Realmente a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, ou seja, ocorrendo o fato gerador a autoridade fiscal tem o dever de lançar, sem qualquer possibilidade de análise de conveniência e oportunidade para que o procedimento se inicie. Destaco que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram seguidos no processo ora em julgamento. Ultrapasso a nulidade suscitada nesta questão.

Item 3 - *De acordo com a intimação anexa, somente em setembro de 2012, a autuada teve conhecimento da cassação do seu Termo de Acordo. Não pode ser responsabilizada por imposto pertinente ao exercício de 2010, cujas operações foram informadas e, portanto homologadas pelo fisco.*

Menciona que o art. 7º-A do Decreto nº 7.799/00 determina que o “desenquadramento do 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”, contudo não autoriza qualquer cobrança retroativa.

Apreciação do argumento: Não houve no momento da ação fiscal, realizada no ano de 2013, sequer menção à cassação do Termo de Acordo, sendo que o sujeito passivo foi autuado e responsabilizado por não ter atendido às condições para usufruir dos benefícios fiscais previstos no Decreto nº 7.799/00, em especial no que tange à redução de base de cálculo, por não ter atingido nos meses do exercício de 2010, os percentuais mínimos de vendas destinadas a contribuintes do ICMS, como exigido no art. 1º do Decreto em análise.

Incorre em equívoco o autuado, ao mencionar que não pode ser responsabilizada pelo imposto pertinente ao exercício de 2010, vez que a cassação do seu Termo de Acordo somente teria ocorrido em setembro de 2012, e, nesse caso haveria a retroatividade, que se configura em uma ilegalidade.

Como bem colocado no Parecer da Procuradoria da Fazenda, anexo, fls. 13.159/13.169: *“Ocorre que o benefício estipulado no Decreto nº 7.799/00 consiste em uma relação jurídica de trato continuado ou sucessivo, que ocorre período a período, sempre sujeita à aferição ao longo do tempo”*.

Dessa forma não se pode acolher a tese de retroatividade de penalidade, mas ocorreu aferição por parte do fisco, para verificar se as obrigações pactuadas no Termo de Acordo teriam sido efetivamente cumpridas. Ademais, em nenhum momento da ação fiscal, ou no Auto de Infração está mencionado pelo autuante que a lavratura do Auto de Infração decorreu da cassação do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00. Apenas foi feita a verificação da regularidade do benefício concedido pelo Decreto nº 7.799/00, no exercício de 2010.”

Outrossim, também se constitui em obrigação do contribuinte a observância dos requisitos e condições estabelecidas no Termo de Acordo celebrado com a Fazenda Estadual, quando compete ao sujeito passivo verificar, mensalmente, se atendeu ao pactuado para gozar da redução de base de cálculo do imposto.

Assim, embora o patrono da empresa tenha, na sustentação oral argüido que o contribuinte não tem como saber antes do final do período de apuração que alcançou o percentual necessário para fruição do benefício fiscal, este argumento não é pertinente, pois o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS deve corresponder, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos percentuais de faturamento estabelecidos no Decreto nº 7.799/00.

Ademais, quando o contribuinte assina o Termo de Acordo, e opta por utilizar o benefício da redução da base de cálculo, veiculado no Decreto nº 7.799/00, está ciente de que o mesmo é condicionado, haja vista a locução conjuntiva condicional “desde que”, presente no art. 1º do Decreto em comento. Portanto, tem ciência de que em não satisfazendo a condição, o imposto será devido no momento em que ocorreu a operação.

Desta forma, ele se obriga a controlar as operações que realizar, sob pena de perda do benefício. É duvidoso o argumento de que só ao final do mês tem conhecimento da situação. O contribuinte tem conhecimento, mediante a emissão de documentos fiscais para acobertar as operações que realiza para quem está vendendo as mercadorias, devendo fazer o controle do percentual estabelecido desde o momento que fizer a opção pelo uso do benefício. Caso observe, pelos seus controles, que está vendendo mais do que deve para não contribuinte, fica caracterizado o seu perfil varejista e a sua inadequação ao Decreto nº 7.799/00.

Sobre o disposto no art. 7º-A do referido decreto que determina que o desenquadramento do contribuinte do tratamento tributário veiculado no Decreto nº 7.799/00, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo celebrado entre as partes e que não havendo a

denúncia o contribuinte pode usufruir dos benefícios, entendendo haver um equívoco de interpretação.

Para fruição do benefício em comento é **imprescindível** a celebração de Termo de Acordo, mas o contribuinte só poderá efetivamente utilizá-lo se preencher as condições estabelecidas no Decreto nº 7.799/00, relativas ao valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS x PERCENTUAIS DE FATURAMENTO. Se a condição não for satisfeita, o benefício não pode ser aplicado.

Obviamente, sem Termo de Acordo, ainda que a condição seja satisfeita, o contribuinte não pode fazer jus ao benefício veiculado pelo referido Decreto.

Dispõe o art. 38 da Lei nº 7.014/96:

Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Improcede portanto este argumento.

Item 04 - A autuada, por seu turno, uma vez intimada da “cassação”, automaticamente deixou de operar com o regime de atacadista, como pode ser auferido mediante diligência fiscal.

Resposta: Nego o pedido de diligência fiscal sob este argumento. A matéria foge ao âmbito desta lide, posto que o Auto de Infração em discussão reporta-se a fatos ocorridos em 2010, anterior portanto à cassação do Termo de Acordo.

Item 05 - Aduz que é nulo o Auto de Infração, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Argumenta que não existe no PAF (ao menos não foi submetida à autuada), a demonstração analítica da apuração dos percentuais de vendas para “contribuintes” e “não contribuintes”. Conforme constam nos autos, foi apresentada planilha Sintética das vendas, através da qual se demonstra que o Autuado não atingiu os percentuais de vendas previstos no Decreto nº 7799/00, sem, contudo existir uma correlação entre tal “demonstração” e planilhas analíticas, nota por nota.

Resposta: Constatado que não há insegurança jurídica na determinação da infração, tampouco cerceamento do direito de defesa. A infração foi descrita de forma clara, os demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração foram entregues ao contribuinte, inclusive em CD, e este pode se defender de forma ampla, sem que tivesse qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Assim, ressalto que todos os atos processuais foram submetidos aos princípios que regem o direito tributário e o procedimento administrativo fiscal. Ademais, o Auto de Infração, em sua lavratura, obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto às planilhas elaboradas pelo autuante e que embasam a acusação da infração 01, destaco que são claras, e foram entregues ao contribuinte. São as seguintes:

1. Uso de Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - Redução da Base de Cálculo Indevida 2010 - fls. 10 a 13; Consta o detalhamento das vendas realizadas com a nova carga tributária de 17%, após exclusão do benefício utilizado de forma irregular;
2. Uso do Decreto nº 7.799/00 sem atingir o percentual mínimo - Exercício de 2010. Compara mês a mês as saídas de mercadorias para CONTRIBUINTES com as saídas de mercadorias para NÃO CONTRIBUINTES, fls. 14 e 15.
3. Uso do Decreto nº 7.799/00, sem atingir o percentual mínimo - Vendas para contribuintes habilitados, fls. 16 a 18 - Demonstra todas as vendas mês a mês, que foram realizadas para contribuintes habilitados, consideradas para efeito de cálculo.
4. Uso do Decreto sem atingir o percentual mínimo - Vendas para não contribuintes, Relaciona todas as vendas realizadas com o benefício Dec. nº 7.799/00, que não poderiam ser realizadas por serem destinadas a NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, fls. 19 a 21;

5. Uso do Decreto, sem atingir o percentual mínimo - VENDAS PARA CONTRIBUENTES DESABILITADOS, fls. 22 a 26 - Relacionou as vendas para contribuintes em situação irregular no Cadastro da SEFAZ, por estarem com as inscrições estaduais Baixadas, Canceladas, Suspensas. Destaca que mesmo considerando esses valores como vendas regulares o autuado não atingiria o percentual mínimo de 65% previsto na legislação;
6. Uso do Decreto nº 7.799/00 sem atingir o percentual mínimo - VENDAS PARA INSCRITOS COMO ESPECIAL, fls. 27 a 29. Considera vendas para contribuinte Especial, que mesmo se consideradas não ajudariam a empresa a cumprir o percentual mínimo de 65% das vendas destinadas a contribuintes.

Logo, os percentuais das vendas estão claramente descritos nos demonstrativos acima mencionados, de forma analítica e sintética, os quais foram entregues ao contribuinte, juntamente com o CD.

Item 09 - Aduz que na época dos fatos geradores existiam contribuintes inscritos (normais), não inscritos (os que praticavam com habitualidade operações descritas como fato gerador do ICMS), “isentos” (pessoas jurídicas) e especiais (inscritos em cadastro especial). A norma que deve ter interpretação literal no caso, somente previa a condição de “contribuinte inscrito” para fins do benefício. Para fins de apuração dos percentuais, o mesmo regramento determinava que haveria de se considerar as vendas para “contribuintes”, incluindo assim, por ausência de vedação, aquelas vendas para “contribuintes de fato”, “contribuintes isentos de inscrição” e “contribuintes inscritos no cadastro especial”

Resposta: Não coaduno com a interpretação trazida pelo defendente quanto ao que seria considerado contribuinte para fins do Decreto nº 7.799/00, asseverando que as vendas totais a contribuintes seria em sentido amplo, ou seja, inscritos ou não, especiais, cancelados, inaptos, inclusive os isentos.

Dispõe o art. 1º do Decreto nº 7.799/00, com clareza, que os contribuintes são aqueles inscritos no CAD-ICMS, como segue:

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: **(Redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03.02.2003, DOE BA de 04.02.2003, com efeitos a partir de 01.01.2003).

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); (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 9.547, de 20.09.2005, DOE BA de 21.09.2005, com efeitos a partir de 01.10.2005).

Quanto às operações de saídas destinadas a contribuintes do ICMS na condição de especial, em face do disposto nos arts. 3º e 4º, o benefício é ampliado às vendas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS, uma vez abarcados nos códigos de atividades da norma, logo com restrição clara a extensão para os inscritos no cadastro na condição de especial.

É o que dispõe a norma em análise, especificamente o § 3º do art. 1º, com a redação do Decreto nº 10.156 de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11:

“§ 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.”

Assim, somente nestas hipóteses de vendas para estabelecimentos sob os códigos de atividade econômica nominadas no § 3º, é que deve ser somado o valor das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento

total previsto no caput do art. 1º; sendo que a atividade do sujeito passivo não guarda relação com as descritas naquele parágrafo.

No que concerne ao art. 3º-B, e parágrafo único do Decreto nº 7.799/00, que dispõe: “*Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob o CNAE 4646-0/01 - comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, aplica-se a redução de base de cálculo prevista no art. 1º, sob as condições estabelecidas naquele dispositivo, observado o disposto nos artigos 4º, 5º e 7º*”, constato que o estabelecimento autuado não possui a atividade sob o código CNAE 4646-0/01 - comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria. Argumento apresentado pelo defendente inócuo para modificar o lançamento, posto que inaplicável à atividade econômica do contribuinte e à situação apresentada na presente lide.

O parágrafo único reza: “*Para fruição do benefício de que trata este artigo, deverá ser observada a correspondência prevista no art. 1º entre o valor das saídas destinadas a contribuintes do ICMS e o faturamento total.*” Trata, portanto, especificamente, das situações elencadas no Art. 3º B, irrelevante para a utilização do benefício fiscal, pelo sujeito passivo, vez que o autuante verificou a correspondência entre as saídas destinadas a contribuintes inscritos do ICMS e o faturamento total, do que resultou o próprio Auto de Infração, haja vista que a infração 01 relata que, em nenhum dos meses do ano de 2010, foi alcançado o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS.

Saliento que em diligência, solicitada à fls. 107/108, o autuante reforçou o esclarecimento de que para entrega ao autuado, em anexo encontra-se cópia de todos os demonstrativos que subsidiaram a constituição do crédito fiscal, referente a infração 01 do Auto de Infração, que encontra-se também anexada ao PAF. Informa que todos os demonstrativos foram entregues ao representante do contribuinte em mídia gravada e autenticada, conforme recibo assinado pelo seu procurador, fl. 55, por economia de impressão e cumprindo o que determina a legislação.

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

1. Uso Decreto nº 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 1.344;
7. Acórdão nº 0455-13/13, fls. 1.345 a 1.356.

Quanto à questão dos itens que dizem respeito à utilização dos créditos fiscais que superam os 10% previstos pelo Decreto nº 7.799. Em razão de as operações autuadas terem sido tratadas como normais vez que a exigência fiscal exige ICMS em razão da utilização indevida de benefício fiscal que implica na redução da base de cálculo, o sujeito passivo deve pleitear junto à repartição fiscal do seu domicílio, que adotará as providências para análise e concessão da utilização do mesmo, tratamento dado à utilização de créditos extemporâneos.

Assim, os pontos abordados na defesa, como os itens 13, 15, 17, bem como o item 10, este último analisado acima, haja vista que a questão da utilização de créditos fiscais obedece a um procedimento específico cujas regras estão previstas no RPAF (Decreto nº 7.629/99), constato que o sujeito passivo adentra em digressões sobre a forma de agir do Estado, falta de obtenção de vantagens financeiras com as vendas ora “superfaturadas”, ou seja, que não fez “caixa”, não tendo retido receita suficiente para quitar o valor cobrado, notadamente quando onerado com multa e acréscimos, são questões que fogem ao teor da obrigação tributária, vez que esta surge com a ocorrência do fato gerador, ou seja, é a situação definida em lei como necessária e

suficiente à sua ocorrência. Segundo o Art. 116, I, do CTN, salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existente os seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.

Destaco que consoante o art. 133 do COTEB, na defesa será deduzido por escrito, de uma só vez, toda a matéria que o impugnante entenda útil, indicando ou requerendo as provas e juntando, desde logo, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

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 RAPF/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 nº 7799/2000, 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 nº 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, checkou 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 defendente que somente os fatos geradores ocorridos após a cientificação da cassação, podem gerar repercussão tributária. Menciona que o art. 7-A do Decreto nº 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 nº 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 Comercio 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 nº 7799/2000, 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 nº 7799/2000 estabelece condições para a eficácia do Termo Acordo, entre o particular (o contribuinte) e o Estado da Bahia.

Assim no artigo 7 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 nº 7.799/200, 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 nº 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 defendente, de que há nulidade na autuação, por falta de cassação do Termo de Acordo, que somente teria ocorrido após a lavratura do Auto de Infração, 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 parágrafo 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 papeleria
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 de o 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, mantenho 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, parágrafo 3º, não podem ser consideradas como vendas para contribuintes, exigência contida no Decreto nº 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 Acórdão nº 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 nº 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 inconstitucionalidade, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª 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. (JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA EM AR CONDICIONADO, PEÇAS E ACESSÓRIOS – EIRELI)**, 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 100% sobre R\$1.387,64, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA