

PROCESSO - A. I. N.^o 206951.0006/02-5
RECORRENTE - DANTAS COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3^a JJF n.^o 0160-03
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INETERNET - 08.07.03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N.^o 0345-11/03

EMENTA: ICMS 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Foi retificado o levantamento, reduzindo-se o valor originalmente apontado. Infração parcialmente caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. PERDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A concessão do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto n^o 7.799/00 é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre as partes (SEFAZ e contribuinte). Afastada a nulidade do item 10 e decretado o retorno à primeira instância para análise do mérito. Recurso **PARCIALMENTE PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício com base no art. 169 inciso I, alínea a , item 1, do RPAF/99 após decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração que fora lavrado para reclamar diversas irregularidades, dentre as quais são objeto deste Recurso as seguintes infrações:

ITEM 2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas;

ITEM 10 - Falta de recolhimento do imposto referente a saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, infringindo o disposto nas Cláusulas quinta e sexta do Decreto n^o 7.799/00, uma vez que o contribuinte adquiriu e vendeu mercadorias com comprovado subfaturamento;

Com o julgamento pela procedência parcial a Relatora da 3^a JJF apresentou os seguintes fundamentos para os itens recorridos:

“A infração 2 cobra o imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. O autuado, mais uma vez, nega o cometimento da irregularidade apontada dizendo apenas que procedeu, de forma regular, ao registro das operações de entradas e saídas efetuando o pagamento do imposto devido, consoante os comprovantes que anexou. Examinando as fotocópias das notas fiscais e do livro Registro de Entradas, acostados às

fls. 3476 a 3499 (Anexo III), verifico que, efetivamente, foram registradas pelo contribuinte, no livro próprio, as seguintes Notas Fiscais, as quais devem ser excluídas do demonstrativo realizado pelos autuantes (fl. 87):

1. as Notas Fiscais nºs 17007, 17533, 18559, 19255, 19590 e 19891, emitidas pela empresa Pillon Ind. e Com. de Arroz Ltda, as quais foram indicadas pelos autuantes, à fl. 87, pelos números das **duplicatas** delas originadas, respectivamente, nºs 19312, 19632, 19875, 20338, 20534 e 20775, consoante o documento emitido pela remetente e juntado às fls. 128 e 129;
2. e as Notas Fiscais nºs 54208 e 48043, emitidas pelas empresas Arisco RMB Ltda. e Cargill Agrícola S/A.

Sendo assim, deve ser reduzido o valor do débito, relativo aos meses de fevereiro/00, maio/00, junho/00, setembro/00, outubro/00, novembro/00 e dezembro/00, para R\$ 686,48, R\$ 692,36, R\$ 234,64, R\$ 361,11, R\$ 541,66, R\$ 541,66 e R\$ 547,61, respectivamente, permanecendo inalterados os montantes referentes aos demais meses, haja vista que a irregularidade foi apurada através das notas fiscais capturadas no CFAMT, após a “circularização feita junto aos fornecedores da impugnante”, estando devidamente comprovada, a meu ver, pelos documentos anexados às fls. 87 a 129, dos quais o contribuinte obteve cópia (fl. 1756). Pelas razões expostas, o demonstrativo de débito deve ser alterado para o total de R\$ 7.618,85.

Infração 10 – os prepostos fiscais, neste item, exigiram o ICMS sem o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em razão da constatação de que o sujeito passivo praticou, a partir de dezembro/01, operações de saídas de mercadorias com subsfaturamento e através da emissão de documentos extrafiscais (orçamentos), conforme indicado nas infrações 9, 11 e 12 deste lançamento.

O artigo 7º do Decreto nº 7.799/00 assim se expressa:

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

Na situação em análise, o autuado assinou Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, no dia 28/08/01, nos moldes previstos no acima mencionado Decreto nº 7.799/00, consoante o documento acostado às fls. 305 a 308, com o objetivo de usufruir o benefício da redução de base de cálculo de 41,176% nas operações de saídas internas de mercadorias. O Termo de Acordo celebrado entre as partes estabelece ainda o seguinte:

Cláusula quinta – Implicará na imediata suspensão do direito de fruição do benefício a que se refere o presente Termo de Acordo o cometimento das infrações tipificadas a seguir, decorrentes de atos praticados pela ACORDANTE após a data de vigência deste Termo:

- a) realização de operação ou prestação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;
- b) entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal;

- c) utilização do mesmo documento fiscal para acobertar mais de uma operação ou prestação;
- d) emissão de documento fiscal com numeração ou seriação em duplicidade;
- e) consignação, no documento fiscal correspondente, de quantia diversa do valor da operação ou prestação;
- f) adulteração ou falsificação de documentos e livros fiscais ou contábeis;
(...)
- g) realização de qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente no RICMS/BA;
- i) utilização indevida de crédito, pela não entrada real ou simbólica da mercadoria no estabelecimento;
- j) consignação de informações divergentes entre as vias do mesmo documento fiscal, que impliquem recolhimento a menor.

Parágrafo primeiro – Tendo sido julgado procedente, em decisão definitiva no âmbito administrativo, o lançamento de ofício correspondente a uma ou mais infrações previstas no “caput” desta cláusula:

I – o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo de Acordo será considerado integralmente devido, desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista;
II – não será firmado novo Termo de Acordo.

Cláusula sexta - Constatada a ocorrência de infração distinta das mencionadas na cláusula anterior, decorrente de ato praticado pela ACORDANTE após a data de vigência do presente Termo de Acordo e que resulte na falta de pagamento do ICMS, a ACORDANTE perderá direito aos benefícios aqui tratados se o pagamento do imposto não ocorrer no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência do julgamento definitivo do respectivo processo na instância administrativa.

Assim, pelas regras do Termo de Acordo firmado, o contribuinte poderia usufruir o benefício fiscal de redução da base de cálculo em 41,176%, mas se obrigava, em troca, a não cometer ilícitos tributários. Em caso de constatação, pela fiscalização, de que o Acordante incorreria, após a celebração do acordo, na prática das irregularidades fiscais relacionadas na Cláusula quinta acima transcrita, pela gravidade com que se revestem tais procedimentos, poderiam advir duas consequências:

1. a imediata suspensão do direito de fruição do benefício fiscal, a partir do momento em que se constatou o comportamento ilícito;
2. a exigência do ICMS integral, incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do Termo de Acordo, portanto, sem a redução da base de cálculo, desde a ocorrência dos fatos geradores, e, ainda, a proibição de celebração de novo Termo de Acordo. Estas punições, contudo, somente poderiam ser aplicadas após a data em que o Auto de Infração lavrado em decorrência das irregularidades previstas na Cláusula quinta fosse julgado procedente em decisão definitiva no âmbito administrativo.

Observe-se, por oportuno, que o cometimento de outros ilícitos tributários, que não aqueles descritos na citada Cláusula quinta do Termo de Acordo, importa na perda do direito ao benefício fiscal somente se o Acordante deixar de pagar o imposto devido no prazo de 10 dias contados da ciência do julgamento definitivo do respectivo processo na instância administrativa.

Pelo exposto, verifica-se que, qualquer que seja a irregularidade tributária cometida pelo contribuinte, a perda do direito à redução da base de cálculo somente ocorrerá após o julgamento em definitivo, no âmbito administrativo, pela procedência do lançamento de ofício.

Neste Auto de Infração, está-se exigindo o ICMS sem a redução de base de cálculo de 41,176% porque os autuantes constataram, nesta mesma ação fiscal, a prática de subsfaturamento e emissão de documentos extrafiscais nas operações de saídas de mercadorias realizadas pelo autuado. Não foi relatada a existência de outro lançamento de ofício, já com julgamento definitivo pela procedência, lavrado contra este contribuinte e, sendo assim, consoante os termos do Acordo firmado entre o autuado e a SEFAZ/BA, a única consequência imediata deve ser a suspensão do direito de fruição do benefício fiscal.

Para que se possa exigir o ICMS sem a redução da base de cálculo, a partir dos fatos geradores, os prepostos fiscais devem aguardar a decisão final pela procedência desta autuação, no âmbito administrativo, e efetuar a lavratura de novo Auto de Infração nos moldes da infração 10. Entendo, assim, que deve ser declarada a nulidade deste item, por contrariar uma formalidade essencial prevista no Termo de Acordo multicitado, e refeito o procedimento fiscal no momento oportuno.

A propósito, efetivamente essa mesma matéria já foi objeto de Auto de Infração (nº 206766.0006/02-4), o qual foi julgado Procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF nº 0068/01-03. Entretanto, deve-se ressaltar que no PAF citado:

1. já havia sido lavrado anteriormente outro Auto de Infração, contra o contribuinte, comprovando-se a ocorrência de infrações à legislação tributária, o qual foi reconhecido e pago pelo autuado;
2. as regras previstas no Termo de Acordo, então celebrado contra o contribuinte – a empresa Andrade e Bergton Ltda. –, possuíam uma redação diferente daquelas constantes no Termo de Acordo firmado com o autuado neste PAF.

Para uma melhor compreensão, transcrevo a seguir o voto da Relatora Sra. CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA, no Acórdão JJF nº 0068/01-03:

“Quanto à infração 2 – a mesma diz respeito à perda do benefício da redução da base de cálculo, prevista no Dec. 7.488/98 e alteração mediante Decreto nº 7.799/00, que condiciona a fruição do benefício da redução a que o contribuinte firme Termo de Acordo a ser celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O defensor, em 03/04/99, celebrou Termo de Acordo com a SEFAZ (fls. 143 a 144), com base no disposto no Decreto 7.488/98. Em 25/10/2000 foi celebrado novo Termo de Acordo, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 7.799/2000, que alteraram o Decreto nº 7.488/98, conforme cópias xerográficas às fls. 145 a 147.

O Decreto nº 7.488/98 revogado pelo Decreto nº 7.799/00, trata de benefício concedido pelo Estado da Bahia a contribuintes cujos códigos de suas atividades econômicas foram estabelecidas no Anexo Único. Também, para que o beneficiário ‘possa usufruir

os benefícios, o próprio Decreto condiciona a que o contribuinte firme Termo de Acordo. Assim, as exigências previstas no Termo de Acordo devem ser respeitadas.

No Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ e o contribuinte autuado, estão disciplinadas todas as regras a serem observadas quanto aos casos em que poderão ser reduzidas em 41,176% a base de cálculo, nas operações e suas exceções, além da determinação quanto ao cumprimento das obrigações acessórias e seus prazos.

Especificamente, na cláusula sexta e seus parágrafos do Termo de Acordo celebrado em 25/10/00, conforme se verifica às fls. 145 a 147 dos autos, para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, estão consignados os termos quanto às situações em que haverá a perda do direito tratado e suas penalidades, conforme a seguir transcrevo:

Cláusula sexta – Constatada ocorrência de infração à legislação tributária estadual, decorrente de ato praticado pela ACORDANTE após a data de vigência do presente Termo de Acordo e que resulte na falta de pagamento do ICMS, a ACORDANTE perderá direito aos benefícios aqui tratados.

Parágrafo primeiro – Implicará na imediata suspensão do direito de fruição do benefício a que se refere o presente Termo, a falta de pagamento de débitos tributários apurados mediante lançamento de ofício, considerando-se, neste caso, o resultado do julgamento em definitivo do respectivo processo na instância administrativa.

Parágrafo segundo – Na hipótese de ocorrência da situação prevista no caput desta cláusula, o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo será considerado integralmente devido desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista, sujeitando-se, ainda, à atualização e acréscimos legais (grifos originais).

Como ficou evidenciado nos autos a constatação de subfaturamento, no período de setembro/00 a fevereiro/02, infração 01, além de ter sido identificado nos itens 3 e 4, a falta de escrituração fiscal e contábil de notas fiscais de aquisições de mercadorias, originando a falta de recolhimento de imposto por antecipação, nos casos das mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária, bem como, a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, em relação às mercadorias com tributação pelo regime normal de apuração. Assim, a perda do benefício da redução da base de cálculo, em relação ao período da autuação, ou seja, de setembro/00 a fevereiro/02, está devidamente caracterizada na legislação tributária e em especialmente disposta no Parágrafo segundo da Cláusula sexta do Termo de Acordo firmado em 25/10/00, com respaldo no disposto no Decreto nº 7.799/2000.

Mantendo, desta forma, a acusação fiscal, para exigir o pagamento do imposto no valor de R\$ 832.314,23, mais cominações legais “”.

VOTO

Neste Recurso de Ofício iremos analisar apenas os itens 2 e 10 da presente autuação.

O item 2, que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, foi corretamente julgado pela 3^a JJF uma vez haver comprovação de que efetivamente, foram registradas pelo contribuinte, no livro próprio, algumas notas fiscais que foram excluídas do demonstrativo ocasionando a redução do débito anteriormente apurado.

Relativamente ao item 10, que reclama falta de recolhimento do imposto referente a saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, infringindo o disposto nas Cláusulas quinta e sexta do Decreto nº 7.799/00, uma vez que o contribuinte adquiriu e vendeu mercadorias com comprovado subfaturamento restou comprovado que o contribuinte cometeu infrações à legislação tributária.

Entretanto, a dota 3^a JJF decidiu pela nulidade deste item por ter entendido que, somente poderia implicar a perda do benefício fiscal após a existência de decisão definitiva, no âmbito administrativo, pela procedência de Auto de Infração anteriormente lavrado, o que não é o caso dos autos.

“Data vénia”, discordo do entendimento expresso no Acórdão recorrido uma vez que se o presente Auto de Infração não tiver apreciação de mérito, todas as ações fiscais que se seguirem terão idêntico julgamento pela nulidade, e nunca se poderá decidir acerca desta matéria uma vez inexistir uma primeira apreciação de mérito, o que se tornará um círculo vicioso e sem solução.

O Parágrafo Primeiro do Termo de Acordo se refere ao fato de que, antes da existência de um primeiro julgamento pela procedência das infrações previstas, com decisão já em definitivo no âmbito administrativo, não há que se falar em perda do benefício, haja vista que o contribuinte não poderá ser prejudicado com a exclusão do benefício, antes da comprovação de que cometeu um ilícito e, somente após uma decisão final pela procedência deste tipo de infração é que se poderia exigir o ICMS sem a redução da base de cálculo, mas, para tanto é necessário que se proceda o primeiro julgamento com a devida análise do mérito.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao Recurso de Ofício devendo ser mantida a decisão do item 2 e afastada a nulidade do item 10, retornando o presente PAF à dota 3^a JJF, a fim de que o mérito da infração 10 seja apreciado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para reformar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração n.^o 206951.0006/02-5, lavrado contra **DANTAS COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo retornar os autos à 1^a Instância para apreciar as razões de mérito da infração 10.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGF/PROFIS