

A. I. N° - 298942.1201/14-2
AUTUADO - CHOCOSUL DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/12/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-03/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Os produtos objeto da autuação estão enquadrados no regime de substituição tributária. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A redução de base de cálculo não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, e foi apurado recolhimento a menos da antecipação tributária, conforme levantamento fiscal. 3. ALÍQUOTA. a) APLICAÇÃO INCORRETA. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. b) REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. O Decreto nº 7.799/00 condicionou o gozo do benefício da redução da base de cálculo do ICMS a celebração de termo de acordo, e o deficiente requereu o termo de acordo tendo preenchido os requisitos para sua concessão. Acusação fiscal insubstancial. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2014, refere-se à exigência de R\$1.926.546,88 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2010 a novembro de 2011. Valor do débito: R\$16.051,61. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a abril de 2010. Valor do débito: R\$20.251,25. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010 e de janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$45.991,88. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$1.834.719,86. Multa de 60%.

Infração 05 – 01.06.01: Estorno de débito do ICMS efetuado em desacordo com a legislação do imposto. Estorno de débito lançado no livro RAICMS como se obtivesse Termo de Acordo Atacadista, nos meses de. **Valor do débito: R\$. Multa de 0%.**

O autuado apresenta impugnação às fls. 263 a 284. Informa que reconhece como parcialmente devida a infração 01, especificamente no valor de R\$ 8.047,26, relativo à utilização indevida de crédito sobre as mercadorias Amendoin Salgado e Confete, porque deveriam ser tratadas por substituição tributária.

Quanto às mercadorias formadas pelos produtos Kelloggs – NCM 19.04.10.00 alega que não existe qualquer recolhimento a ser feito, porque fazem parte do grupo de sucríios e não do grupo de salgados. Sendo assim, os referidos produtos estão enquadrados no regime normal de recolhimento do ICMS, não havendo razão para a cobrança da diferença indicada nesta infração.

Anexa à defesa, levantamento a respeito, efetuado conforme planilha que elaborou (doc. 01), indicando o valor que considera devido. Também informa que anexa comprovante de recolhimento aos cofres do Estado da Bahia do valor ora reconhecido, de R\$ 8.047,26, relativo à utilização indevida de crédito sobre as mercadorias Amendoin Salgado e Confete pugnando pela procedência parcial desta imputação, com a exclusão dos demais valores, que entende ser indevidos.

Infração 02: Alega que recolheu o ICMS antecipado com base de cálculo reduzida, conforme autorização no Decreto 7.799/2000, como será melhor explanado no item 04 deste auto, lembrando que firmou com o Estado da Bahia Termo de Acordo a que tinha e tem direito, por preencher todos os requisitos para utilização de tal benefício legal, e este autoriza a utilização desta base de cálculo reduzida, nada devendo neste item.

Também informa que o Termo de Acordo em destaque foi por muitos anos utilizado com a chancela da Administração Tributária estadual, que homologou vários exercícios de utilização do mesmo, como 2003, 2004, 2005, 2008, conforme documentação anexa. Para melhor concatenação, informa que em relação aos itens 02, 04 e 05 será elaborada defesa conjunta sobre o Termo de Acordo que autorizou os benefícios fiscais que agora estão sendo questionados, no item 04, para não ficar repetitivo.

Registra o posicionamento da Procuradoria Fiscal, no sentido de reconhecer a legalidade do Termo de Acordo em questão, ao opinar pelo provimento do Recurso Voluntário do autuado, em Parecer de nº PROCESSO PGE/2014295599-O, SIPRO N°117145/2008-7, de fls. 4.269/4.273 exarado no Auto de Infração nº 293575.0602/08-3, da lavra do Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Júnior, sendo este posicionamento acompanhado pela Procuradora Assistente Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, datados de 02/09/2014 e 04/09/2014.

Frisa que de acordo com a previsão constante na Constituição Estadual da Bahia e normas infraconstitucionais de âmbito tributário, cabe à Procuradoria Geral do Estado, através da sua Procuradoria Fiscal, emitir parecer nos processos em grau de recurso neste Conselho de Fazenda e ainda a responsabilidade pelo controle da legalidade das autuações fiscais. Diz que este controle no âmbito da Administração Pública foi feito pelo CONSEF e pela Procuradoria, estando previsto justamente para que não se levem à diante cobranças sem amparo legal e que, certamente, podem ser desconstituídas no Judiciário, com prejuízo para a Fazenda Pública ao dispender tempo de seus servidores, recursos para promover julgamentos em diversas instâncias administrativas e que, após ajuizamento, impliquem em gastos com pagamento de honorários sucumbenciais.

Ressalta que o CONSEF tem se destacado no cumprimento dos ditames Constitucionais, que visa não só o bem do Estado, mas também o bem comum, respeitando os autuantes e os Contribuintes, e, na busca da verdade material, certamente acompanhará o posicionamento da PGE no sentido de reconhecer a validade do Termo em questão e, assim, encerrar esta cobrança. Traz à colação, os fundamentos do Parecer PGE/PROFIS atestando a validade do Termo de Acordo de Atacadista

firmado pelo autuado com o Estado da Bahia, elaborado no Processo Administrativo Fiscal nº 293575.0602/08-3.

Diz que, após análise dos fatos, da documentação também aqui trazida para apreciação, o Procurador chegou à conclusão acerca da validade do uso do Termo de Acordo, chamando a atenção de todos que a concessão de benefício fiscal é "um ato administrativo vinculado e declaratório, em que a Administração Pública" "*reconhece um direito que já existe, ratificando-o*".

Diante do cumprimento dos requisitos legais previstos no Decreto 7799/2000 para concessão do benefício de redução fiscal dado aos atacadistas, afirma que a Administração Pública deve ratificá-lo, e não se trata de faculdade e sim obrigação a sua concessão. Alega que adquiriu o direito ao exercício do benefício de redução da base de cálculo, assegurado em lei e, como certificado pela SEFAZ, em diversas instâncias, pôde exercitá-lo, sem, contudo implicar em qualquer violação à ordem tributária.

Afirma que a redução de base de cálculo é direito subjetivo da empresa, exercido e reconhecido neste caso pelo Estado e, uma vez reconhecido não pode ser destituído sem uma motivação razoável, dentro dos limites legais impostos à segurança das relações sociais.

Informa que sendo esta infração reflexa da infração 04, mais razões para impugná-la serão adiante postas. Pugna pela improcedência desta infração, e se assim não for entendido, o que não acredita, pede o sobrerestamento ou reunião ao auto nº 293575.0602/08-3 para julgamento único.

Infração 03: Diz que a presente autuação fiscal considerou que o deficiente aplicou alíquota de ICMS de 17% nos produtos colônia e deo-colônia, quando deveria ser alíquota de 27%, sendo 25% alíquota normal do imposto e 2% referente ao Fundo de Pobreza.

Entende que esta imputação não procede, porque os produtos comercializados pela empresa são do grupo de perfumes, por terem em sua composição de 15 a 40% de essência, cuja alíquota é realmente de 17% conforme está previsto na Lei 7.014/96 e RICMS, a seguir explicitados.

Alega que de acordo com os arts. 15, inciso I e 16, inciso II letra "h", da Lei nº 7.014/96 (Lei Estadual do ICMS) e o art. 51 inciso II letra "h" do RICMS/97, ambos do Estado da Bahia, é de 25% a alíquota do ICMS nas operações relativas a perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deo-colônia; sendo 17% para as operações de saída de lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antitranspirantes, conforme os mencionados dispositivos que transcreveu.

Alega que os produtos intitulados "deo-colônia" ou "desodorantes colônia" são considerados desodorantes, nos termos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado NBM/SH 3307.20.0100, produtos de primeira necessidade, e, assim, devem ser tributados sob a alíquota de 17% e não de 25%.

Diz que o Tribunal de Justiça do Estado, bem como as Varas de Fazenda Pública da Bahia tem entendido neste sentido, ou seja, de forma reiterada entende que os produtos Deo-colônia e Desodorante Corporal, lavanda, seiva de alfazema, loções após barba conforme sua natureza e espécie são caracterizados como produtos de higiene pessoal, como uma das espécies de desodorante e são abrangidos pela alíquota de 17% de ICMS, uma vez que se aplica o princípio da seletividade por ser produto de higiene pessoal e ao ICMS ser facultado a aplicação de alíquotas graduadas em razão da essencialidade, de modo que o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado.

Como apoio a este entendimento, e ainda para melhor visualizar o espírito da lei baiana - que exclui estas mercadorias da alíquota de 25% e mais o adicional de 2% chegando a 27%, diante da sua essencialidade - os artigos 1º e 3º da Lei 6.360/76, que regula a competência da Agência de Vigilância Sanitária do Ministério Público de Saúde, adota classificação de produtos dietéticos, nutrimentos, de higiene, perfumes e cosméticos e, segundo eles, desodorante é produto de higiene ligada a nossa sobrevivência social, ao estilo de vida que temos hoje.

Diz que a ANVISA, órgão controlador desses aspectos, estabelece que desodorante e deo-colônias estão enquadrados como material de higiene e estão ligados às necessidades elementares da vida em comum, restado acertada a aplicação da norma baiana aqui cumprida. Sendo assim, deve ser tributado em 17% e não 25%, tendo em vista o princípio da seletividade. Estando corretos os recolhimentos com base na alíquota de 17%, no estrito cumprimento da lei, pugna pela improcedência deste item.

Infração 04: Informa que apresenta a defesa ao Auto de Infração com a confiança e a certeza de que a vitória da lei sobre o arbítrio, bem como das relações mantidas entre Fisco e Contribuinte passa pela análise, coerente e imparcial dos julgadores, como vem passando todos estes anos, vista nos diversos exemplos de Autos anulados por este Órgão Julgador, por falta de amparo legal.

Diante da defesa e da prova dos autos, afirma que os julgadores reconhecerão o total descompasso da cobrança, de suas absurdas razões e a persistência da empresa em manter-se regular com o Fisco, sua diligência para auferir o direito ao Termo de Acordo de Atacadista e sua determinação em cumprir com seus objetivos sociais assentados nos atos e fatos vividos, a certificá-la do seu direito.

Diz que se equivoca o autuante, quando fundamenta a sua cobrança de valor tão exorbitante de diferença de ICMS alegando, sem provar, que o autuado "*não possui Termo de Acordo de Atacadista devidamente homologado no período da ocorrência do fato gerador*".

Observa que no item 02 da defesa e reconhecido no Auto de Infração nº 293575.0602/08-3 pela PGE, o autuado, nos termos da Lei, firmou Termo de Acordo, provando preencher os requisitos para fazer jus ao benefício de redução de base de cálculo como atacadista, com a outorga da Fazenda Estadual.

Repete que o direito ao benefício foi reconhecido pelo Estado, usufruído pelo autuado em diversos exercícios fiscais, todos homologados pela SEFAZ. Tudo conforme documentação anexa. Diz que o benefício de redução de base de cálculo foi criado para dar maior competitividade aos atacadistas do Estado da Bahia para que concorressem em iguais condições com os atacadistas de outros Estados, principalmente do sul do País, que vendiam e vendem seus produtos com sujeição à alíquota de 7% e internalizavam na Bahia mercadorias a preços muito baixos, desestimulando o comércio local, prejudicando a geração de emprego e renda aqui na Bahia.

Diante da instituição do benefício fiscal, concedido a Atacadistas pelo Estado da Bahia, em três oportunidades: dia 30/02/2002, 11/07/2003 e 28/08/2003 o autuado afirma que protocolou na Inspetoria de Eunápolis, requerimento e solicitação de Termo de Acordo visando a utilização da redução de base de cálculo de ICMS no fornecimento de mercadorias. Diante destes pleitos, a Sefaz, através da parecerista Sra. Maria Auxiliadora Falcão Menezes, nos dias 22/05/2002, 12/08/2003 e 03/10/2003 respectivamente, emitiu parecer pelo indeferimento do pedido de Termo de Acordo, alegando que a empresa estava cadastrada com o código de atividade 51.39-0/08 – Comércio atacadista de chocolates, confeitos, balas, bombons e semelhantes, que não constam no anexo único do Decreto 7.799/2000".

Informa que comprovou junto à Sefaz a sua condição de Atacadista, sendo a revenda de bombons e chocolates uma das suas atividades e não a sua atividade principal, comprovando estar sua atividade elencada no Anexo Único do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000 e nas orientações para Análise de Pedidos do Termo de Acordo – ATACADISTA. Assim, após toda a certificação do enquadramento do autuado nas condições exigidas pela legislação estadual para gozo do seu direito à redução da base de cálculo, dia 07/11/2003, o Estado da Bahia (SEFAZ), representado pelo Sr. Carlos Henrique Rebouças Oliveira (Supervisão de Comércio da SEFAZ), emitiu parecer reconhecendo o preenchimento dos requisitos descritos em norma (lei/decreto/orientações) estadual, opinando pela assinatura do termo de acordo por parte do

autuado, certificou o atendimento por parte dele dos requisitos previamente estabelecidos em Lei para fruição do benefício.

Reafirma que não se trata de utilizar Termo de Acordo sem "devida homologação", como apontado equivocadamente nesta autuação. O Ato administrativo de concessão do benefício fiscal de atacadista, como acima exposto no item 02 e reconhecido pela PGE, é ato administrativo vinculado e declaratório, de reconhecida validade por parte do Fisco que homologou seu uso em diversos exercícios, como os de 2003, 2004, 2005, 2008 e sem qualquer amparo, em 2009 e 2010 passou a questioná-lo através do auto de infração 293575.0602/08-3 sem qualquer amparo legal e o que é pior, sem provar a sua alegação.

Informa que após estes encaminhamentos administrativos certificando o preenchimento por parte do defendant dos requisitos elencados no Decreto Estadual 7.799/00, a sócia Maria Ofélia Lázaro Siloti Oliveira assinou o respectivo Termo de Acordo e, de posse dos pareceres acima citados, conforme cópias anexas, entendendo reconhecido pela Administração Pública seu direito, iniciou a utilização dos benefícios do referido Decreto em suas operações mercantis.

Diz que em nenhum momento foi comunicado do impedimento do gozo dos referidos benefícios do Decreto. Se algum mal entendido de falta de registro no sistema do Termo ou coisa parecida, este não pode ser imputado ao Autuado que não pode sofrer as consequências previstas para descumprimento de acordo de tamanha envergadura. Informa que recebeu a visitas de vários Auditores Fiscais e nas diversas vezes que foi fiscalizado, em nenhum momento foi encontrada anormalidade pelo fato de praticar o benefício fiscal da redução da base de cálculo nos moldes do Decreto 7.799/00, pactuado com o Estado, através da Secretaria da Fazenda, do que se retira a sua chancela, sua homologação no que tange ao seu direito de fruição dos benefícios.

Também afirma que a Administração sabia e chancelou a utilização deste benefício pelo autuado, como se prova através da documentação anexada com a defesa, em especial, cópia do livro de Registro de Ocorrências anexo, através do qual se registrou diversas fiscalizações, com homologação dos lançamentos até então efetuados pelo defendant, chancelando a escrita da empresa, os seus recolhimentos fiscais, sempre reconhecendo validade à utilização do benefício de redução de base de cálculo para atacadista, nos moldes como solicitado em 21/10/2003. A prática da Administração Pública/Fazenda neste caso demonstra ser incompatível com a cobrança retratada pelo Autuante nas Infrações 02, 04 e 05. Estas não encontram respaldo na Lei e nos fatos.

Neste sentido, diz que é fácil se observar que o benefício foi chancelado pela Administração e utilizado pela Empresa, pois respaldada sua legalidade pelo Estado nos anos de 2003, 2004, 2005, ou seja, de outubro de 2003 a dezembro de 2005. Assegura que sempre cumpriu com suas obrigações dispostas na legislação tributária estadual necessária à fruição do benefício, nunca se distanciando dela, sempre manteve relacionamento cordial com os representantes da Sefaz, cumprindo com as determinações descritas em lei e em seus atos administrativos próprios, a ponto de lhes ser deferido regimes especiais de tributação previstos em lei, tais como recolhimento do imposto na antecipação tributária de produtos substituídos total no dia 25 do mês subsequente; alteração na padronagem (cor) da 2ª via das notas fiscais de saídas e reformulação de ordem, fatos estes ocorridos a partir de outubro de 2003 até a presente data, significando, com estas concessões especiais, estar a Empresa e seus sócios regularmente em dia com suas obrigações e direitos originários da legislação tributária, verdadeiramente significando surpresa o entendimento da Autuação de falta de homologação do Termo de acordo de atacadista.

Ressalta que o Termo de Acordo solicitado em 21/10/2003 e deferido através do processo 54711620031 foi assinado pela sócia. Após a lavratura do auto acima citado o autuado tomou conhecimento que, por deliberação da própria Sefaz "havia necessidade da substituição do modelo de Termo de Acordo assinado pelo novo modelo constante do PRI (A-INFRAZ-BF-004)".

Também afirma que até a presente data nunca foi intimado regularmente para trocar o Termo, permaneceu usando o seu direito ao benefício fiscal, crescendo, gerando emprego e renda para a região sul da Bahia, certo de não estar violando legislação tributária estadual alguma. Que os seus representantes legais se dirigiram à Sefaz e lá tomaram conhecimento de parte do processo administrativo de pleito do benefício descrito e descobriu que, por determinação da SAT/DPF/GECES, lhes foi dirigida comunicação para comparecimento à Sefaz para substituir/assinar o novo Termo de Acordo e assim adequar-se ao novo modelo, sendo baixado o processo à Inspetoria de Eunápolis para tal fim. Acontece que a ciência de tal fato foi dada a uma pessoa totalmente estranha à empresa, de nome “VLADIMILSON BORGES LANDIN CRUZ”, em 28/11/2003.

Assegura que nunca recebeu este “convite”, nunca chegou ao seu conhecimento a necessidade de nova assinatura em modelo novo porque a intimação se deu em pessoa estranha à Empresa. O Senhor VLADIMILSON BORGES LANDIN CRUZ que assinou como representante do autuado é totalmente estranho, não faz e nunca fez parte dos quadros da Chocosul e nunca a representou perante a Secretaria da Fazenda.

Como prova da nulidade desta ciência anexou junto com a defesa cópia da Certidão Simplificada da empresa (Inteiro Teor), onde se registra a composição societária e a cópia de RAIS deste período, para que sirva como prova de que esta pessoa que assinou a ciência jamais poderia falar ou responder pela autuada, sendo sua ciência nula de pleno direito, ato inexistente perante o ordenamento jurídico nacional, vilipendiador e desencadeador de tamanha desordem e dano imputado à Autuada nas Infrações 02, 04 e 05.

Diz que a ciência da necessidade de comparecimento da Empresa para regularizar a substituição do modelo de Termo de Acordo, em 5 (cinco) dias, nunca chegou ao conhecimento da Empresa, dos seus sócios, de seus empregados ou representantes legais, sendo nula à luz da CF, do CPC, do RPAF e da lei que rege os processos e procedimentos administrativos no Estado. Reafirma que não tem legitimidade para responder pela empresa o Sr. VLADIMILSON BORGES LANDIN CRUZ, pessoa totalmente estranha a ela, jamais podendo ser considerada válida sua intimação para atos relativos ao exercício de direitos, prerrogativa e sujeições da Chocosul, resultando inexistente no mundo fenomênico, inválido por violar o direito de defesa, nulo nos termos do art. 18, II do RPAF (Decreto 7.629/99) o ato por ele praticado.

Observa que jamais se poderia arquivar pleito de Contribuinte sem intimá-lo de tal desiderato. Há visivelmente nulidade neste ato, pois praticado com preterição do direito de defesa, sem fundamentação, restando aos olhos do bom Direito a esta Junta reconhecer a sua nulidade nos termos do art. 18 do RPAF (Decreto 7.629/99).

Não se tendo por válida a ciência da necessidade de troca do modelo de Termo de Acordo pelo autuado, se perpetua no tempo e legalidade do Termo até então assinado pela Empresa, a legitimar todos os atos por ela praticados de redução de base de cálculo de ICMS constante nos benefícios instituídos e regulados pelo Decreto 7.799/00 utilizados, restando sem fundamento legal a imputação descrita na Infração 01, como se pleiteou na defesa o reconhecimento e à adequação à lei e ao Bom Direito.

Entende que a lavratura de Autos de Infração seguidos cobrando homologação de Termo de Acordo de Atacadista assinado e sob guarda da SEFAZ/Eunápolis, com base na Lei e direito reconhecido, mais se assemelha a perseguição ou falta de compreensão do que se trata uma norma cogente, capaz de criar direitos tais, livre do arbítrio e da discricionariedade abusiva de agentes públicos que nos envergonha. Que não se pode perder de vista que houve o reconhecimento pelos representantes da SEFAZ em diversos graus e instâncias administrativas do cumprimento dos requisitos autorizadores do direito à redução da base de cálculo do ICMS para atacadista para a Autuada fixados em lei, e concessão/homologação do Termo nestes casos é obrigatória, em razão de se tratar de ato administrativo vinculado e declaratório.

Assim, como ato administrativo vinculado, a concessão do benefício fiscal prevista no Decreto 7799/00 é obrigatória ao atacadista que o requereu e preencheu os requisitos para tal, como certificado pela SEFAZ/Inspetoria conforme explanado nas razões de defesa.

O defendente reafirma que podia, entre janeiro de 2009 e dezembro de 2011 se utilizar do benefício que lhe foi concedido de redução de base de cálculo estatuído pelo Decreto 7.799/00 e que não poderia o autuante fundamentar a infração em tela nos artigos 124, 125 do RICMS (Decreto nº 6.284/97) criando condição onde a lei não impunha. Já havia Termo de Acordo reconhecido, com fruição regular do benefício fiscal em tela, já certificado no processo administrativo descrito e operava. Portanto, o fundamento trazido pelo autuante não encontra nenhum amparo legal, sequer terminológico como pretendeu sustentar ao tentar dar um cunho de legalidade a interpretação inaplicável das palavras contidas no texto, indo de encontro ao verdadeiro sentido exegeta da norma.

Entende que neste período outra não poderia ser a interpretação a não ser a de que era legal sim se fazer a redução da base de cálculo nos termos do benefício fiscal concedido à autuada nos casos de vendas tributadas. Que nenhuma condição foi sequer comunicada à empresa Autuada e a decisão unilateral de arquivamento mais se assemelha à omissão antijurídica causadora de dano. Não se perfez o ato administrativo de chancela da não concessão do Termo de Acordo. Os meios utilizados pelo Estado para intimar o Autuado não foram atingidos. Já havia certificação da inclusão da empresa como apta ao gozo dos benefícios da lei.

Conclui que as infrações 02, 04 e 05, como se apresentam, violaram o princípio da precaução que deve ser exercido de maneira a coibir excessos e insuficiências da Administração. Sobre o tema, destaca ensinamentos da doutrina.

Diz que não pode ficar à mercê de adivinhar que mais de 4(quatro) anos da concessão e assinatura do Termo, seu processo administrativo estaria irregular e contados hoje mais de 11 anos sem qualquer manifestação razoável da Inspetoria a respeito. Que a redução de base de cálculo é uma espécie de isenção parcial do ICMS e de aplicabilidade imediata, não necessita de integração legislativa posterior, face ao caráter de aplicabilidade imediata da norma prevista no art. 155, § 2º., da CF. Assim, trata-se de direito da Empresa. Uma vez previsto no ordenamento jurídico passa a ser um direito e não um instrumento de política.

Comenta sobre o princípio da legalidade citando julgamento do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 174.478-SP no dia 17/03/05, entendendo que a redução de base de cálculo do ICMS equivaleria a uma espécie de isenção parcial. Em sendo assim, não há como o operador do direito fugir a tal concreção conceitual, devendo, desta forma, circunscrever sua lógica no entendimento das questões relativas à base de cálculo sempre no sentido da natureza jurídica da redução de base de cálculo, ou seja, como uma espécie de isenção.

Também esclarece que além da aplicabilidade imediata da redução da base de cálculo, em razão do STF lhes ter reconhecido o caráter de isenção parcial, trata-se de direito adquirido a utilização do direito ao benefício descrito acima, com validade mesmo a partir do enquadramento nos requisitos legais, provado desde solicitação do termo de Acordo, ainda em 21/10/2003.

Pede o reconhecimento da improcedência desta autuação, em especial dos itens 02, 04 e 05, reconhecendo como legal e correta a utilização do benefício de redução da base de cálculo e assim se aplicar o Bom Direito. Alternativamente, assim não entendendo, que sobresem o julgamento dos itens 02, 04 e 05 para aguardar julgamento definitivo do processo administrativo fiscal nº 293575.0602/08-3, ou então ordenem a reunião destes autos, também para julgamento único.

Infração 05: Alega que estornou o débito relativo às devoluções efetuadas, descritas no auto de infração ora impugnado, tendo em vista que tem o direito à redução da base de cálculo, prevista no Decreto 7799/2000. Como se trata de infração reflexa da infração nº 04 – 03.02.02 e na desnecessidade de repetição do quanto acima colocado, requer que esta Junta considere as razões

de defesa descritas no item 04, como se aqui transcritas e julgue improcedente este item, diante da legitimidade do Termo de Acordo de Atacadista que autoriza o estorno.

Pede que os julgadores requeiram junto à Infaz/Eunápolis cópia do Processo Administrativo nº 54711620031. Diz que reconheceu e pagou parte do item 01 deste auto e, uma vez sendo totalmente improcedente a restante dela, nada mais é devido neste processo.

Diante das razões de fato e de direito exposta, requer o reconhecimento da improcedência e/ou nulidade deste Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 360/361 dos autos. Quanto à infração 01, diz que o autuado alegou que produtos Kelloggs - NCM 1904.10.00 estaria enquadrado no regime normal de tributação e consequentemente passível de aproveitamento de crédito. Esclarece que o item 29.1 do art. 353 do RICMS/97 (vigente à época) é categórico ao enquadurar o NCM acima especificado no rol dos produtos sujeitos a antecipação tributária e o produto é fabricado a base de cereais (milho), portanto, improcedente a alegação.

Sobre a infração 02 diz que o defendantte alegou que possui Termo de Acordo de Atacadista e com isso teria direito a redução da base de cálculo. Apresenta o entendimento de que, mesmo que o contribuinte tivesse com Termo de Acordo, o art. 4º, inciso I do Decreto 7799/2000 é claro, quando prevê que a redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária. Informa que foi apurado recolhimento a menos da antecipação tributária e essa não dá direito à redução da base de cálculo nem para contribuintes atacadistas.

Infração 03: Destaca que o defendantte contesta a infração mencionando que as mercadorias intituladas "deo-colônia ou desodorantes colônia" são consideradas desodorantes e não sujeitas a alíquota de 27%.

Entende ser esse mais um absurdo. Primeiramente, porque a infração não é somente de deo-colônia e colônia. Existem outros produtos que também houve erro na determinação da alíquota (balas, pirulitos, etc.). Com relação a deo-colônia e colônia, diz que o próprio contribuinte transcreve o art. 51, Inciso II, Item "h", onde é claro - inclusive colônia e deo-colônia. Não foram considerados produtos com alfazema, lavanda e muito menos desodorantes. Conclui que é totalmente improcedente a contestação.

Infração 04: Afirma que o contribuinte, em uma longa defesa, alega que possui o Termo de Acordo e anexa parecer da PGE favorável a seu pleito, menciona que houve fiscalizações que foram homologadas e que entendeu o direito do contribuinte.

Esclarece que durante os trabalhos de fiscalização constatou que o contribuinte, apesar de utilizar a redução prevista no Decreto 7799/2000, não constava como possuidor do Termo de Acordo. Diz que analisou os documentos do contribuinte arquivados na Inspetoria e constatou várias negativas e uma positivação no sentido de conceder o Termo de Acordo de Atacadista ao defendantte. Também verificou que o Termo de Acordo não foi consolidado, uma vez que, quando encaminhado o mesmo à autoridade competente para a concessão, havia mudado de formulário, certamente, os termos também devem ter sido modificados. Houve a intimação do contribuinte e uma pessoa assinou essa intimação solicitando a troca de formulário. Verificou no histórico do contribuinte uma autuação (em 1998 - A.I. 293575.0602/08-3) referente à falta de Termo de Acordo e nessa autuação o CONSEF julgou procedente em 1ª Instância em 2014, houve recurso e ainda não foi julgado. Diante dos fatos, diz que foi obrigado a retroagir a fiscalização para 2009, onde não havia cobrado o débito.

Diz que procurou o contribuinte e o orientou no sentido de que fosse providenciado novo pedido e que fosse requerida a retroatividade, se possível, da fruição do benefício. Informa que o TERMO DE ACORDO assinado pela autoridade competente foi realizado em 23/02/2015, no entanto, a vigência não foi concedida de forma retroativa.

Salienta que a PGE é um órgão muito respeitável e que o autuante deve se pautar pelas decisões daquele órgão. Lembra que o benefício é dado apenas, após cumprido formalidades e essas formalidades não foram cumpridas em sua totalidade. O contribuinte não poderia utilizar um benefício apenas com despachos intermediários. A legislação é clara e o benefício é concedido pela autoridade competente e essa autoridade jamais concedeu o benefício. Desvincular esse benefício sem aprovação pela autoridade competente, seria desvirtuar as coisas e mais invalidar a legislação vigente.

Diz que reconhece o benefício a partir da satisfação da legislação, uma vez que, a legislação é clara e outorga o benefício após a convalidação da autoridade competente, e que não pode ter outro entendimento, sob pena de um órgão ou servidor ter poder maior que a legislação vigente.

Infração 05: Informa que este item está intrínseco com a infração 04, ou seja, se for reconhecido o benefício do Termo de Acordo sem a assinatura da autoridade competente, essa infração é improcedente, no entanto, se convalidar a infração 04 - o valor é devido.

Pede a procedência do presente Auto de Infração, em sua totalidade.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2010 a novembro de 2011.

O defendente reconheceu como parcialmente devida esta infração, no valor de R\$ 8.047,26, relativo à utilização indevida de crédito sobre as mercadorias Amendoim Salgado e Confete, porque deveriam ser tratadas por substituição tributária.

Quanto às mercadorias formadas pelos produtos kelloggs – NCM 1904.10.00 alega que não existe qualquer recolhimento a ser feito, porque fazem parte do grupo de sucrípios e não do grupo de salgados. Sendo assim, entende que os referidos produtos estão enquadrados no regime normal de recolhimento do ICMS, não havendo razão para a cobrança da diferença indicada no levantamento fiscal.

Os mencionados produtos (kelloggs) são fabricados com a utilização de variedades distintas de cereais, ou seja, são encontrados diversos tipos de cereais nesses produtos, e na própria embalagem há informação de que “*oferece uma ampla gama de cereais ricos em fibras*”.

Observo que em relação ao código de NCM, a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária.

No caso em exame, concordo com o posicionamento do autuante de que o item 29.1 do art. 353 do RICMS/97 (vigente à época) enquadra o código de NCM acima especificado no rol dos produtos sujeitos a antecipação tributária (29.1 - *salgados produzidos à base de cereais* - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00) e o produto é fabricado a base de cereais (milho), portanto, não acato a alegação defensiva e concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a abril de 2010.

O autuado alegou que recolheu o ICMS antecipado com base de cálculo reduzida, conforme Termo de Acordo assinado com a SEFAZ/BA, por isso, tinha e tem direito, por preencher todos os requisitos para utilização de tal benefício legal, e este autoriza a utilização desta base de cálculo reduzida, nada devendo neste item.

Observo que o Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. A utilização do tratamento tributário previsto no referido Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico.

O art. 4º do referido Decreto 7799/00, estabelece que o disposto nos arts. 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária e aquelas que já tenham sido contempladas com redução de base de cálculo do ICMS.

Acompanho o entendimento do autuante de que, mesmo se reconhecendo o Termo de Acordo previsto no Decreto 7799/2000, a redução de base de cálculo não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, e foi apurado recolhimento a menos da antecipação tributária, conforme demonstrativo às fls. 54 a 64 dos autos. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010 e de janeiro a dezembro de 2011.

Diz que a presente autuação fiscal considerou que o defensor aplicou alíquota de ICMS de 17% nos produtos colônia e deo-colônia, quando deveria ser alíquota de 27%, sendo 25% alíquota normal do imposto e 2% referente ao Fundo de Pobreza.

Entende que esta imputação não procede, porque os produtos comercializados pela empresa são do grupo de perfumes, por terem em sua composição de 15 a 40% de essência, cuja alíquota é realmente de 17% conforme está previsto na Lei 7.014/96 e RICMS, a seguir explicitados.

Na informação fiscal, o autuante esclarece que os arts. 15, inciso I e 16, inciso II letra "h", da Lei nº 7.014/96 (Lei Estadual do ICMS) e o art. 51 inciso II letra "h" do RICMS/97, ambos do Estado da Bahia, estabelecem a alíquota de 25% para as operações relativas a perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deo-colônia; sendo 17% para as operações de saída de lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antitranspirantes.

No RICMS/97, que está de acordo com a Lei 7.014/96, encontram-se detalhados os produtos, da seguinte forma:

"Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-dealfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados para banhos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH

3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquilagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquês e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);”

Conforme o dispositivo legal acima reproduzido, verifica-se que não há dúvida de que perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia são produtos que estão enquadrados no mesmo código NBM/SH 3303.00, e por isso, deve ser exigido o imposto na forma como foi apurado pelo autuante.

Considerando que o lançamento tributário é um ato vinculado, ou seja, há uma dependência absoluta da atividade do autuante em relação à lei, de modo que não pode ele agir livremente na aplicação da lei, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

O defensor alegou que se equivoca o autuante, quando fundamenta a sua cobrança de valor tão exorbitante de a diferença de ICMS alegando, sem provar, que o autuado “não possui Termo de Acordo de Atacadista devidamente homologado no período da ocorrência do fato gerador”.

Foi anexado aos autos (fls. 334/336) cópia do Termo de Acordo assinado por representante do Contribuinte em 08/07/2013, sem qualquer assinatura do Diretor da Administração Tributária, o que confirma a informação de que, por deliberação da própria Sefaz “havia necessidade da substituição do modelo de Termo de Acordo assinado pelo novo modelo.

Entretanto, o defensor afirmou que não foi intimado regularmente para trocar o mencionado Termo, e permaneceu utilizando o benefício fiscal, certo de não estaria violando a legislação tributária estadual. Também informou que seus representantes legais se dirigiram à Sefaz e lá tomaram conhecimento de que, por determinação da SAT/DPF/GECES, lhes foi dirigida comunicação para comparecimento à Sefaz para substituir/assinar o novo Termo de Acordo e assim adequar-se ao novo modelo.

Na informação fiscal, o autuante disse que houve a intimação do contribuinte e “uma pessoa” assinou essa intimação, mas não informou se essa “pessoa” era o representante legal do defensor. Também informou que em 1988, foi realizada uma autuação (A.I. 293575.0602/08-3) referente à falta de Termo de Acordo e nessa autuação o CONSEF julgou procedente em 1^a instância em 2014 e houve recurso à 2^a instância.

O autuante também concluiu que a infração 05 está legada à infração 04, ou seja, se for reconhecido o benefício do Termo de Acordo, essa infração 05 é improcedente.

Observo que o referido PAF foi julgado pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/15 de 08 de julho de 2015, com a conclusão de que:

“pela análise do quanto trazido aos autos, fl. 4.193 observo que a autoridade fazendária não concluiu o procedimento de celebração do termo de acordo, em razão da necessidade de substituição do modelo do termo de acordo assinado, pelo novo modelo.

É incontrovertido no processo o fato que o recorrente preenchia os requisitos para a outorga do benefício fiscal. Comungo do entendimento externado pela PGE/PROFIS de que termo de acordo tem caráter meramente declaratório, assim, restando comprovado que o recorrente requereu o benefício, bem como que preenchia os requisitos para sua concessão, não há discricionariedade para vedar o benefício.

O art. 1º. do Decreto nº 7.799/00 condicionou o gozo do benefício da redução da base de cálculo do ICMS a celebração de termo de acordo, todavia em tendo o recorrente requerido o termo de acordo e preenchido os requisitos para sua concessão, não pode a administração fazendária se negar a formalizar tal ato”.

Tomando como parâmetro a mencionada decisão que trata da questão objeto da lide no presente PAF, e considerando que não foi acostado aos autos qualquer elemento de prova quanto à validade da ciência sobre a comunicação da substituição do formulário relativo ao Termo de Acordo, concluo pela insubsistência das infrações 04 e 05, inexistindo nos autos qualquer demonstrativo que comprove que a redução apurada pelo defendant com base no referido Decreto 7799/00, tenha sido feita de forma incorreta.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.1201/14-2, lavrado contra **CHOCOSUL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.294,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA