

A. I. Nº - 281394.0202/15-1
AUTUADO - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.02.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-05/17

EMENTA: ICMS. 1. MULTAS. NOTA FISCAL. FALTA DE REGISTRO: **a)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Redução da penalidade de 10% para 1% em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c art. 106, II, “c”, da Lei nº 5.172/66 (CTN). Mantida a infração 1 que foi reconhecida pelo impugnante. **b)** OPERAÇÃO NÃO TRIBUTÁVEL. Mantida a infração 2 que foi reconhecida pelo impugnante. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração 3 mantida, reconhecida pelo impugnante. 3. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não há, nos autos, elementos que indiquem a existência de medida judicial com efeito suspensivo da exigibilidade resultante do benefício fiscal que foi cancelado. Os documentos sobre a execução e penhora, anexados, não indicam se referir a presente lide. Mantida a exigência. 4. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE MERCADORIAS INTERNAS SUBSEQUENTES. Retenção recolhimento a menos pelo substituto, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Infração 5 mantida, reconhecida pelo impugnante. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. Não há, nos autos, elementos que indiquem a existência de medida judicial com efeito suspensivo da exigibilidade resultante do benefício fiscal que foi cancelado. Os documentos sobre a execução e penhora, anexados, não indicam se referir a presente lide. Mantida a exigência. Infração 6 subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2015, exige crédito e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$574.326,58 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% - Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$317,19;

INFRAÇÃO 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% - Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$916,27;

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Multa de 60% - Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$13.837,69;

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60% - Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$79.211,32;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Multa de 60% - Art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$18.820,52;

INFRAÇÃO 6 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Multa de 60% - Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$461.223,59.

O autuado apresenta defesa, às fls. 39/42 dos autos, inicialmente, descreve as infrações e frisa que irá impugnar tão-somente as infrações 4 e 6.

Salienta que existe plena razão no ponto impugnado, pois não poderá pagar ICMS sobre uma hipótese que sequer ocorreu o fato gerador do tributo.

Explica que conforme faz prova a cópia do Termo de Acordo ora colacionado (Processo nº 158430/2006-6), desde a longínqua data de 25/10/2006, ocorreu o deferimento (*anexo 1*) pela SEFAZ/BA ao pedido de celebração de Termo de Acordo e Compromisso apresentado pela Autuada, com vistas ao gozo do benefício previsto no Decreto nº 7799 de 09/05/2000, cujos efeitos perduram até o presente momento.

Esclarece que as infrações 4 e 6 são emblemáticas, pois se referem a benefício oriundo do Termo de Acordo retromencionado, o qual ainda é objeto de discussão administrativa sobre a decisão que entendeu por sua cassação, quando há discussão também na esfera judicial quanto ao débito original, já existindo o parecer favorável da Procuradoria Fazendária inclusive.

Pontua que a questão posta trata-se da cobrança de tributos que na verdade já são objeto de acordo que tem amparo na lei, os quais, ainda que tenha ocorrido decisão administrativa pela cassação do termo do acordo (*anexo 2*), tal decisão ainda carece de recurso, já tendo a Autuada inclusive aviado o pedido de reconsideração dessa decisão (*anexo 3*).

Afirma que o débito originário também já foi objeto de ação própria de execução fiscal proposta pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através dos autos nº 0305336-51.2013.8.05.0256 (*anexo 4*), em curso perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública desta Comarca, onde a executada ali, já garantiu o juízo da execução com a indicação de bem à penhora, o qual foi aceito pela Procuradoria, o que motivou o pedido de reconsideração da cassação do Termo do acordo antes celebrado.

Defende que após a lavratura do auto de penhora como de direito, passou então a se operar a suspensão da exigibilidade do título, o que foi prontamente requerido pela Autuada/Executada junto à SEFAZ local, tendo sido recebida e encaminhada pelo Sr. Procurador, mas que a decisão que pugnou pela cassação viu como não existente, quando na verdade foi providenciado pela Autuada ora Recorrente.

Aduz que não perdeu os benefícios do Decreto nº 7.799/00, que dispõe da redução sobre a carga tributária derivada das vendas de mercadorias que esta faz como distribuidora atacadista, lançando assim mão, por força do dito Decreto expedido pelo Governo do Estado da Bahia, do percentual de 17% para 10%, respectivamente, pelo que, tendo a autuação ora impugnada ocorrido no pleno curso e vigência do Decreto retro, bem como da plena vigência do Termo de Acordo cuja decisão de cassação não transitou em julgado, pois é pendente de recurso, e mais, já tendo ocorrido a suspensão da exigibilidade do título, logicamente é de se concluir que não pode prevalecer os termos e valores que compõem as infrações 4 e 6 do Auto de Infração ora impugnado.

Por outro prisma, assinala que seguindo a dicção do art. 112 do direito tributário, em casos de dúvidas sobre o que de fato ocorreu, deve-se sempre interpretar de modo mais favorável ao contribuinte quando a hipótese envolve punição. Vale dizer, portanto, que há que se ponderar sobre a presunção de inocência na interpretação das normas fiscais, em favor dos contribuintes autuados, como é o caso da ora Recorrente.

Alega que não se trata de "ignorância ou desconhecimento" quanto à lei, mas sim, de interpretação mais favorável na eventualidade dos textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei gravosa ao contribuinte. Nesse sentido cita e reproduz o art. 112.

Destaca que a unanimidade destas disposições está de pleno acordo com princípios modernos de que a dúvida afasta o agravo. São princípios de respeito ao ser humano. Diante da mínima dúvida sobre as hipóteses citadas no artigo acima, não se deve aplicar a sanção, ou será recomendável a coerção mais branda possível. De modo que, havendo a mínima dúvida sobre as circunstâncias materiais do fato, como o que acabou levantado pelo Auditor responsável pela lavratura do Auto de Infração impugnado aqui, tal deve ser interpretada, tanto com primazia da realidade sobre a essência, quanto com o foco na menor infração em favor do contribuinte.

Desta forma, declara que os fatos narrados, bem como a boa fé do contribuinte que desde o início optou por acatar as infrações reconhecidas, postula pelo inconformismo somente em relação às Infrações 4 e 6, pois não refletem a realidade, tendo em vista ter ocorrido a cobrança sobre fato que já é objeto de benefício via Decreto próprio; de benefício via Termo de Acordo em pleno vigor; de discussão na esfera judicial via Ação de Execução Fiscal onde já resta garantido o juízo, e, por fim, de pendência em sede administrativa onde resta em discussão o pedido de reconsideração da decisão que pugnou pela cassação, devendo ser observado que existe sim a suspensão da exigibilidade do título originário, deve, portanto ser desconsideradas as Infrações objeto da presente impugnação, sem prejuízo da nulidade total das mesmas, tudo, por ser medida de direito e necessária justiça. Pede pelo deferimento.

Na informação fiscal, fl. 61, o autuante observa que segundo o Processo nº 236.322/2012-9, fl. 50, foi cassado o Termo de Acordo que concedia ao contribuinte os benefícios do Decreto nº 7.799/00, assim, afirma que as infrações 4 e 6 se referem à utilização indevida do referido decreto. Manteve as imputações.

Na fl. 62, dar-se ciência ao autuado sobre os dados da informação fiscal no prazo de 10 (dez) dias para a devida manifestação.

Em manifestação do contribuinte, fl. 66, disse que já é do seu conhecimento, a decisão de cassação do Termo de Acordo baseado no Decreto nº 7.799/00, já foi objeto de apresentação de pedido de reconsideração de decisão de cassação do termo de acordo, já recebido pela SEFAZ inclusive, estando em fase de apreciação.

Pontua que o referido pedido ratificou os demais pedidos procedidos anteriormente, sendo que na oportunidade desse último foi provada a presença no caso, do elemento inexigibilidade do título, que foi o motivo pelo qual o outro pedido restou indeferido, sendo válida ainda, a assertiva de que o processo de execução judicial motivado pelo Auto de Infração se encontra acordado perante o Judiciário, com garantia ofertada pela Autora e concordada pela Procuradoria da SEFAZ, e, por conta disso, é que resta presente no caso, a inexigibilidade do título.

Como se vê, sustenta que não concorda com o argumento fazendário de que houve alguma utilização indevida do Decreto por sua parte, ratificando aqui todos os termos já postos com o pedido de reconsideração de cassação, e, notadamente, quando do recurso já apresentado, contra o Auto de Infração que gerou o Processo nº 236322/2012-9.

Reitera todos os pedidos lançados na defesa e no pedido de reconsideração.

Nas fls. 71/74, constam extratos de parcelamento referente às infrações 1, 2, 3 e 5.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 6 infrações por descumprimento de obrigações principais e acessórias do ICMS. O sujeito passivo reconhece as infrações 1, 2, 3 e 5 e efetua o parcelamento. No que tange a essas infrações ficam mantidas em seus valores reclamados, visto que não foram contestadas e foram imputadas em obediência ao devido processo legal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório,

haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Quanto à infração 1, a multa constante no art. 42, IV, foi modificada para 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Cabe, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

A infração 1, portanto, fica mantida com a correção do valor exigido para R\$31,71.

As infrações 4 e 6 tratam, respectivamente, de recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (infração 4) e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (infração 6).

Afirma o autuado que a cobrança relativa às duas infrações é fruto do benefício via Termo de Acordo em pleno vigor e que há discussão na esfera judicial via Ação de Execução Fiscal onde já resta garantido o juízo, e, por fim, pendência administrativa onde resta discussão do pedido de reconsideração da decisão que pugnou pela cassação, devendo ser observado que existe sim a suspensão da exigibilidade do título originário, devendo, portanto ser desconsideradas as Infrações objeto da presente impugnação, sem prejuízo da nulidade total das mesmas.

Verifico que não há, nos autos, elementos que indiquem a existência de medida judicial com efeito suspensivo da exigibilidade resultante do benefício fiscal que foi cancelado. Os documentos sobre a execução e penhora, anexados, não indicam se referir a presente lide, mais especificamente no que tange às infrações 4 e 6.

O que se observa é que, segundo o Processo nº 236322/2012-9, à fl. 50, foi cassado o Termo de Acordo que concedia ao contribuinte os benefícios do Decreto nº 7.799/00, não havendo controvérsia quanto a este fato, apenas que foi realizado o pedido de reconsideração. Assim, as infrações 4 e 6 se referem à utilização indevida do referido decreto, que resultou em recolhimento a menos do ICMS, e a discussão administrativa, ou seja, o recurso administrativo relativo a casação do benefício fiscal não tem efeito suspensivo quanto à exigibilidade via lançamento de ofício dos valores obtidos com o benefício, conforme o próprio parecer à fl. 62, ratificado pelo Gerente da GECES e Diretor da DPF indicam.

Não cabe, no presente caso, aplicação do art. 112 do CTN, visto que não há a condição da dúvida, na medida que a descrição dos fatos corresponde ao efetivamente ocorrido e são condizentes com a infração e o enquadramento legal aplicado.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** (com redução da multa) o Auto de Infração nº **281394.0202/15-1**, lavrado contra **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$573.093,12**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a", "b", "d" e "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$947,99**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetuados pelo parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2017.

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR