

A. I. Nº - 300449.3005/16-0
AUTUADO - NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.
AUTUANTES - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.02.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-01/17

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. TERMO DE ACORDO COMÉRCIO ATACADISTA. CASSAÇÃO. O contribuinte autuado teve a cassação do Termo de Acordo Atacadista deferido, após o Parecer 24.182, de 07.10.2014, através do Processo SIPRO nº 189461/2014-1, por conta de débito inscrito em Dívida Ativa ajuizada, contrariando Cláusula Segunda do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia (art. 7-B § 1º, do Decreto nº 7.799/00). O lançamento de ofício (redução indevida da base de cálculo) foi lavrado após notificação da cassação do referido Termo Atacadista e não repercutiu a Ação Judicial Cautelar que determinou fornecimento de certidão positiva com efeito negativo (art. 206, CTN). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2016, exige ICMS no valor de R\$452.806,80, além da multa de 60%, em razão da apuração da seguinte irregularidade: *"recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo"*.

Na defesa apresentada, fls. 44/49, através do seu advogado com Procuração (fl. 51), o impugnante argumenta a tempestividade de suas razões, relata a infração apurada pelo Fisco.

Diz que o fato autuado está repleto de peculiaridades, fáticas e jurídicas, que demandam atenção redobrada, a fim de que não se comete injustiças contra o contribuinte. Aduz que a partir de uma análise sistemática da legislação, continua em gozo do benefício fiscal, por conta da decisão judicial garantidora do aludido benefício.

Assevera que a infração tem origem no suposto não pagamento correto do ICMS, tudo porque não se levou em consideração a existência de benefício fiscal em favor do contribuinte, o que reduz a sua base de cálculo e, por conseguinte, torna menor o tributo a ser recolhido.

Aduz que sempre fez jus ao benefício do Termo de Atacadista e que apenas em 07.01.2015 houve notificação formal da sua cessação, por conta de inscrição de um suposto crédito em dívida ativa, o que foi contestado judicialmente, com a obtenção de decisão favorável à sua suspensão. Explica que preocupado com os reflexos da inscrição em dívida ativa, objeto de outro processo administrativo, o contribuinte ajuizou ação cautelar, tombada sob o n. 0306811-83.2013.8.05.0113, que resultou na medida liminar para que seja fornecida certidão de regularidade fiscal ao impetrante (art. 206 do CTN), certidão positiva com efeito de negativa, no prazo de três dias, sob pena de multa diária de R\$300,00 limitada a R\$30.000,00.

Discorre sobre os reflexos da decisão, aduzindo que quando se analisa os seus mínimos detalhes, percebe-se que, diante dos fatos nela narrados, se trata de impedir o Estado que considere a inscrição na dívida ativa como restrição suficiente para a perda do Benefício do Regime Atacadista (Termo de Acordo).

Assinala que toda empresa do ramo de distribuição, observados alguns requisitos, possui benefício dado pela legislação tributária, tendo em vista a sua pequena margem de lucratividade,

uma vez que faz a intermediação entre grandes produtores e pequenos vendedores. Assim, o art. 1º do Decreto n. 7.799, de 09.05.2000 reduziu a base de cálculo de distribuidores no percentual de 41,176% nas vendas internas dos produtos de tributação normal, não enquadrados na Substituição Tributária. Resume que, na prática, a tributação final destes produtos cai de 17% para 10%.

Completa que para obtenção desse benefício é necessário que 65% do faturamento, ou mais, da empresa beneficiada decorra de vendas a pessoas jurídicas inscritas no cadastro na Bahia, bem como que a fruição decorra da vigência de Termo de Acordo específico, firmado entre a empresa e a SEFAZ. Sublinha que possui o aludido Acordo e que se estiver o seu nome inscrito na Dívida Ativa perde o regime beneficiado, nos termos da cláusula segunda, passando a ter carga tributária maior, se comparado aos seus concorrentes, tornando inviável o seu comércio.

Insiste que a inscrição na Dívida Ativa gera a consequência nefasta da perda do benefício atacadista, e, sem o mesmo, o seu negócio não poderá subsistir.

Diz que, na prática, a tributação máxima da empresa quanto ao ICMS, que antes era de 10%, sobe imediatamente para 17%; conforme a ASDAB - Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia, quase a totalidade dos médios atacadistas do Estado da Bahia detêm o Termo de Acordo Atacadista, à exceção daqueles que exercem atividades não relacionadas no Dec. 7.799/00.

Reitera que é impraticável fazer distribuição de produtos fabricados em sua grande maioria no centro-sul do país tributando-se a 17%, hoje 18%, enquanto todos os pares o fazem a 10%. Os atacadistas de pequeno porte, optantes do Simples Nacional, contam com tributação diferenciada, com benefícios federais relevantes, e apuração do imposto não diretamente proporcional ao faturamento. Concluindo que os maiores atacadistas precisam do benefício para concorrerem no mercado.

Diz que foi nessa linha que o douto juiz determinou o fornecimento da certidão de regularidade fiscal, de outro modo, acabou por determinar os efeitos da suspensão do contribuinte da dívida ativa e a sua manutenção dentro do benefício atacadista. Diz ainda que, quando o juízo cita o art. 206 do Código Tributário Nacional - CTN, remete o Fisco a analisar também o seu artigo 205 do mesmo Código e a conceder ao contribuinte os efeitos da ausência das restrições da inscrição em dívida ativa, sendo uma delas a não suspensão do benefício do Termo de Acordo, o que desde já se espera ver mantido por este Colendo Conselho, para o fim de ser declarada indevida a cobrança ora objurgada.

Deduz que com o direito à CP-EN (Certidão Positiva com Efeito de Negativa), decisão que até o presente momento encontra-se em vigor, o contribuinte possui o efeito da ausência da inscrição da dívida ativa e, por via direta, o efeito da não suspensão do seu Termo de Acordo que se deu, abusivamente, pela inobservância da aludida decisão judicial.

Explica que os direitos são reflexos e simultâneos. Não há porque assegurar ao contribuinte a Certidão Negativa de Débito, geralmente utilizada para contratar com o Poder Público, se a essência da petição foi o alcance do Termo de Atacadista e seus efeitos. E, além disso, não há como manter alguém com certidão positiva com efeito de negativa sem os seus consectários lógico-legais, aí incluída a cessão de toda restrição oriunda da inscrição na dívida.

Finaliza pedindo a anulação do Auto de Infração em virtude da existência de benefício fiscal em favor do contribuinte, que lhe assegura alíquota reduzida do ICMS, tornando completamente insubsistente qualquer cobrança lastreada na consideração de que o Termo Atacadista não lhe é aplicado.

Na Informação fiscal, fls. 54/56, o Auditor Fiscal explica que a autuação considerou o Termo Atacadista até 07.01.2015, data em que o contribuinte foi notificado da respectiva cassação, conforme o extrato de fls. 09. Decisão exarada em 09.10.2014 (fl. 11).

Diz ainda que o período entre a decisão e a notificação do autuado foi mantida a redução prevista no benefício. A partir de então foi exigido o recolhimento a menos de ICMS, conforme relatório, fls. 13 e 14 (síntico) e o integral, entregue ao contribuinte e encaminhado no e-mail do CONSEF.

Ressalva que a decisão liminar não faz qualquer menção ao Termo Atacadista, determinando apenas a expedição da "certidão positiva com efeito negativo"; não atacou o ato que motivou a cessação do Termo Atacadista, a inscrição na dívida ativa.

Em outras palavras, diz que a ordem manteve a inscrição na dívida ativa, embora suspensa, sem atacou o ato de cassação que fulminou o benefício atacadista.

Aduz que o autuado sequer anexou cópia da referida decisão liminar ou do processo principal ajuizado; a cessação foi um ato jurídico perfeito. A suspensão da inscrição em dívida ativa não tem como efeito automático a validação dos já inexistentes (termo cassado). A decisão precisaria fazer expressa e específica menção ao ato cassado, o que não correu.

Assinala que autuação está correta, aduzindo que a infração persiste integralmente. O termo de Acordo não tinha valor legal para amparar a citada autuação.

Pugna pela procedência do Auto de Infração.

É o relatório

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a infração descrita e relatada na inicial dos autos.

Preliminarmente, o pedido de nulidade da autuação fiscal não há de ser acatada, tendo em vista que o procedimento fiscal foi manejado de forma regular, os ajustes foram procedidos ao encontro do devido processo legal. As questões equivocadas sobre o regime de substituição tributária não inquinam de nulidade a autuação. Serão abordadas no mérito. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

No mérito, a infração acometida ao autuado o acusa de ter efetuado recolhimento a menor de ICMS, em razão da utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, no valor de R\$452.806,80.

O Auditor Fiscal elaborou, a fim de dar suporte a infração apurada, demonstrativos sintético acostados aos autos, às fls. 13/14 e integral, na mídia CD, entregue ao contribuinte, conforme recibo (fl. 39), constando as diversas operações de comercialização dos produtos com a redução da base de cálculo, após a cassação do Regime Atacadista, nos termos do Decreto 7.799/00.

A exigência tem fundamento no §8º, art. 29, da Lei nº 7.014/96, ao determinar que na utilização de crédito fiscal, quando prevista redução de base de cálculo na operação subsequente com fixação expressa da carga tributária correspondente, deverá ser considerado o limite o percentual equivalente à carga reduzida. O Decreto nº 13.780/12 regulamenta o procedimento no seu art. 268.

No caso em concreto, é o Decreto nº 7.799, de 09.05.2000, que dispõe sobre o tratamento tributário especial (redução da base de cálculo do ICMS), 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 do mencionado Decreto - comércio atacadista, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Sabe-se que o mencionado benefício objetiva a redução da carga tributária do setor atacadista, abrangendo, sobretudo, as operações internas; as atividades atingidas são seletivas e descrita no próprio decreto, envolve os produtos de tributação normal, no percentual de 41,176% na base de cálculo e estabelecimento de alíquota real (carga tributária) de 10% nas operações abrangidas.

A utilização do tratamento tributário previsto no Decreto nº 7.799/00, contudo, é condicionado a que o contribuinte atacadista celebre Termo de Acordo específico com a Secretaria da Fazenda (através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização - DPF), no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso. Da mesma forma que o

desenquadramento do contribuinte do aludido tratamento tributário, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo (artigo 7º-A).

Nesse sentido, foi concedido o Termo de Acordo do Comércio Atacadista para redução de base de cálculo do ICMS, conforme especifica o Decreto nº 7.799/2000 (fl. 10), através do Processo SIPRO nº 142305/2008-9 (Parecer nº 20.811/08), colado aos autos, à fl. 10). Outrossim, esse mesmo Termo de Acordo teve a cassação deferida, após o Parecer 24.182, de 07.10.2014, através do Processo SIPRO nº 189461/2014-1, tendo em vista o contribuinte beneficiado encontrar-se em Dívida Ativa ajuizada (fl. 11), contrariando condição imposta para a assinatura do Acordo, a teor do art. 7-B § 1º, do Decreto nº 7.700/00 e, especificamente, conforme consta da Cláusula Segunda do Termo de Acordo firmado entre o Estado da Bahia e o contribuinte autuado.

Assim, correto é o procedimento fiscal, que somente procedeu à exigência contida na inicial do presente Auto de Infração, após a notificação da cassação do referido Termo Atacadista, em 07.01.2015, desconsiderando o período entre o Parecer Final da cassação e a data da notificação.

Conforme consta em trecho da Ação Cautelar ajuizada sob nº **0306811-83.2013.8.05.0113**, destacado na peça de defesa do autuado, a ordem judicial está nos seguintes termos: *"concedo em parte a medida liminar para que seja fornecida certidão de regularidade fiscal ao impetrante (art. 206 do CTN), certidão positiva com efeito negativo, no prazo de 3 dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 limitada a R\$ 30.000,00."*

A ordem judicial no sentido do fornecimento da certidão positiva com efeito negativo foi atendida, e não tem repercussão com a constituição do crédito tributário, objeto da presente lide, o que compete privativamente à autoridade administrativa fiscal, nos termos do art. 142, CTN.

É assim que tem decidido os tribunais superiores, conforme se extrai do recurso, cujo ementa transcrevo: *"Ementa: III. Uma vez verificado pela Administração Fiscal o surgimento do fato gerador, está ela, por expressa disposição legal, obrigada a efetuar o lançamento como ato vinculado, sob pena de responsabilidade funcional. (Art. 142, parágrafo único, do CTN)."* (STJ. REsp 448527/SP. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Decisão: 19/08/03. DJ de 15/09/03, p. 238.)

Ante o exposto, a infração resta caracterizada, no valor de R\$452.806,80.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300449.3005/16-0**, lavrado contra **NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$452.806,80**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea "a" da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais previstos pela Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR