

A. I. Nº - 300449.3004/16-4
AUTUADO - NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.
AUTUANTES - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 04. 04. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-01/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHEU A MENOS. O imposto devido por antecipação parcial nas aquisições de mercadorias alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo do imposto estabelecido art. 1º do Decreto 7.799/00 por empresa beneficiária será calculado adotando-se a carga interna de 10%. Cassado o Termo de Acordo, conforme o Parecer 24.182, de 07.10.2014, tendo em vista o contribuinte beneficiado encontrar-se inscrito em Dívida Ativa, contrariando condição para a assinatura do mencionado Acordo, o imposto devido por antecipação parcial não poderia mais ser calculado com a adoção da carga interna de 10%. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2016, exige ICMS no valor de R\$685.156,22, além da multa de 60%, em razão da apuração da seguinte irregularidade: *"recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização"*.

Na defesa apresentada, fls. 18/23, através do seu advogado com Procuração (fl. 25), 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 o Auto de Infração alcança período em que o contribuinte estava acobertado pelo Termo de Acordo Atacadista, a merecer o tratamento diferenciado se comparado aos demais contribuintes.

Observa que não somente o contribuinte autuado, o benefício visa alcançar muito mais os comerciantes (varejistas) do que os atacadistas, visto que a finalidade é repassar a redução da carga tributária ao custo final do tributo. Diz ainda que, mesmo após a ciência do término do benefício atacadista, por força da decisão judicial, anda faz jus ao dito 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 nº 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 nº 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 Termo 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.

Transcreve a cláusula segunda do Termo de Acordo.

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 quando 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, 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.

Entende que a cobrança do ICMS não deve prosperar, eis que se encontra escudado em dispositivo legal garantidor da redução da base de cálculo, a ferir de morte o auto de infração, tornando a infração completamente insubsistente.

Finaliza, requerendo 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. 28/31, o Auditor Fiscal explica que a cassação do benefício atacadista não

tem nenhum efeito na presente infração, que cuida do imposto relativo ao ICMS antecipação parcial.

De toda a sorte, reitera suas Informações já aduzidas em outros PAFs lavrados contra o mesmo contribuinte: diz 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 pelo Diretor da DPF, em 09.10.2014 (fl. 11); como o contribuinte somente foi notificado em 07.01.2015, a autuação levou em conta essa data; no período entre 01.01.2014 e 06.01.2015 foi mantida a redução da base de cálculo aplicada pelo contribuinte. .

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, sequer 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 o contribuinte não faz nenhuma contradição à cobrança do imposto relativo a antecipação parcial, limitando-se a comentar o Termo Atacadista cassado, que nada tem a ver com a presente exigência. Conclui que a infração persiste integralmente, que o autuado não contestou as planilhas de fls. 08/12 (entregue ao contribuinte em sua totalidade).

Pugna pela procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência do ICMS antecipação parcial recolhido a menor, no valor total de R\$685.156,22.

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 - antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas para fins de comercialização.

O Auditor Fiscal elaborou, a fim de dar suporte a infração apurada, demonstrativos sintético e resumidos, acostados aos autos, às fls. 09/12 e integral, na mídia CD, entregue ao contribuinte, conforme recibo (fl. 13), constando as diversas operações de aquisição de mercadorias para comercialização, cujo ICMS antecipação parcial foi pago a menor, em face da utilização da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, mesmo após a cassação do referido Regime Atacadista.

Segundo o art. 12-A, da Lei 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Sabe-se também que quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução. Nesse sentido, o cálculo da antecipação parcial incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias vinculadas a operações internas subsequentes amparadas pelo benefício fiscal da redução da base de

cálculo deve ser efetuado com aplicação do mesmo percentual de redução. Registre-se que o Decreto 7.799/00, no art. 1º, estabelece a redução de base de cálculo em 41,176% do imposto devido nas operações com mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes no Anexo Único do referido Decreto, resultando numa carga tributária de 10%. Dessa forma, nas aquisições interestaduais de mercadorias promovidas por atacadista que tenha assinado Termo de Acordo para fruição da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, e que tenha atendido às demais condições ali estabelecidas, a antecipação parcial será alcançada pela mesma redução.

Assim sendo, temos que o imposto devido por antecipação parcial nas aquisições de mercadorias alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo do imposto estabelecido art. 1º do Decreto 7.799/00 por empresa beneficiária será calculado tomando como base esta redução prevista, ou seja, adotando a carga interna de 10%.

Cabível ressaltar, que nessa hipótese, deverá ser observada a obrigatoriedade de estorno proporcional dos créditos fiscais vinculados a tais mercadorias, conforme determina o art. 6º do aludido Decreto, que não poderão exceder a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição.

O direito não assiste ao autuado, ao consignar que, mesmo após a ciência do término do benefício atacadista, por força da decisão judicial, faz ainda jus ao dito benefício fiscal.

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).

Concedido o Termo de Acordo do Comércio Atacadista para redução de base de cálculo do ICMS (Decreto nº 7.799/2000), através do Processo SIPRO nº 142305/2008-9 (Parecer nº 20.811/08), conforme consta nos sistema de dados da SEFAZ. 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, 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.

Cassado o benefício fiscal estabelecido no Decreto 7.799/00, o imposto devido por antecipação parcial não poderia mais ser calculado com a adoção da carga interna de 10%.

Assim, correto foi 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."*

Dessa forma, a ordem judicial, no sentido do fornecimento da certidão positiva com efeito negativo foi atendida, e não poderia obstar a constituição do crédito tributário, objeto da presente lide, o que compete privativamente à autoridade administrativa fiscal, nos termos do art. 142, CTN. É dessa forma que tem decidido os tribunais superiores, conforme se extrai do recurso, cuja 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\$685.156,22.

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 **300449.3004/16-4**, lavrado contra **NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$685.156,22**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, inciso II, "d", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR