

A. I. Nº - 269133.3006/16-2
AUTUADO - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado teve seu Termo de Acordo cassado referente ao Decreto 7799/00 - Atacadistas, perdendo o benefício da redução de 41,17% nas saídas internas de produtos de sua atividade econômica em 2014, tendo continuado a utilizar indevidamente esta redução em quase todas as suas saídas internas tributadas. Contribuinte não traz aos autos elementos com o condão de elidir a infração que lhe foi imputada. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2016, exige crédito tributário no valor de R\$442.407,68, acrescido da multa de 60%, em razão de o contribuinte ter recolhido a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. (Infração 07.15.02). Neste período, o contribuinte não teria direito, para fins de cálculo da antecipação parcial, a redução de 41,176%, em virtude de estar com seu Termo de Acordo Cassado - Parecer 28786/2012, referente ao Decreto 7799/00- Atacadistas.

O autuado impugna o lançamento fls.18/20. Diz vir por seus advogados constituídos por mandato procuratório particular, onde consta o endereço para remessa das comunicações de praxe, apresentar sua defesa ao Auto de Infração retro mencionado, pelos motivos fáticos e jurídicos que expõe.

Repete a infração que lhe foi imputada para dizer que se insurge contra tal alegação. Afirma que conforme sabido, desde o ano de 2006 aderiu aos benefícios do Decreto n.º 7.799/2000, e não obstante tal adesão estar cassada, essa decisão pela cassação já é alvo de pedido de reconsideração ainda não apreciado pelo Órgão próprio da SEFAZ, logo, a fundamentação do auto de infração objurgado não pode prosperar ante a ausência de apreciação ao pedido de reconsideração quanto à cassação, promovido pela autuada.

Sustenta que lhe assiste plena razão no ponto impugnado, pois não poderá pagar imposto ou multa sobre uma hipótese em que sequer ocorreu o fato gerador do tributo. Argumenta que a SEFAZ/BA de há muito deferiu o pedido de celebração de termo de acordo e compromisso apresentado pela Autuada, com fins ao gozo do benefício estipulado no Decreto n.º 7.799 de 09/05/2.000, cujos efeitos perduram até o presente momento, visto que há em curso um pedido de reconsideração ainda sem análise, contra a decisão que pugnou pela cassação do benefício.

Informa que desde a data de 21/11/2014 apresentou junto à SEFAZ, o pedido de reenquadramento, onde pleiteia a retroatividade da decisão a data de 01/01/2013. Entende que o objeto do auto infracional é tenro, pois se ancora numa alegação de cassação do benefício oriundo do Termo de Acordo, a 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.

Alega 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, tal decisão ainda carece de recurso, já tendo inclusive, aviado o pedido de reconsideração dessa decisão.

Repete que o débito originário já foi objeto de ação própria de execução fiscal proposta pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através dos autos n.º 0305336-51.2013.8.05.0256, em curso perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Teixeira de Freitas – Bahia, onde é executada, e já garantiu o juízo da execução com a indicação de bem à penhora, prontamente aceito pela Procuradoria Fazendária, o que acabou se constituindo num dos argumentos que amparam o pedido de reconsideração da cassação do Termo do acordo celebrado. Por conta da garantia residente nos autos próprios, a ação executória resta suspensa em seu curso em Juízo.

Observa a boa fé da empresa que em toda a relação nunca repassou os valores de diferenças para os seus clientes, de modo que, estando a decisão que cassou o benefício do Decreto para a empresa sub judice por conta do pedido de reconsideração aviado, não pode o Auto de Infração lançar mão agora dessa cassação, para aplicar os valores tão altos como consta no Auto, o que até inviabiliza seu funcionamento.

Invoca a inteligência do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina em casos de dúvidas sobre o que de fato ocorreu, como é o caso presente, deve a norma ser sempre interpretada de modo mais favorável ao contribuinte – quando a hipótese envolve punição.

Diz 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 empresa defendente. Diz que tal questionamento não se trata de “ignorância ou desconhecimento” da Lei, mas sim, de interpretação mais favorável na eventualidade dos textos legais não serem claros ou controversos sobre a interpretação de lei gravosa ao contribuinte. Transcreve o dispositivo citado. Nota, que a equanimidade destas disposições está de pleno acordo com princípios modernos de que a dúvida afasta o agravo. Assevera que 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.

Frisa que tendo em vista os fatos narrados, bem como a boa fé do contribuinte, vem manifestar o seu inconformismo em relação à Infração que compõe o Auto atacado aqui, 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, devendo, portanto ser desconsiderada a infração objeto da presente impugnação, ou, ao menos, ser drasticamente diminuído os valores ali apurados como sendo devidos, tudo, por ser medida de direito e necessária justiça.

O autuante prestou informação fiscal fl.42. Diz que, em que pese os argumentos defensivos apresentados pelo contribuinte, entende que a autuação foi realizada de acordo com a posição oficial da SEFAZ da Bahia, no que se refere ao Termo de Acordo - Decreto 7799/00, conforme verificado nos sistemas INC Informações do Contribuinte e CPT - Controle de Pareceres Tributários e não deixam dúvidas quanto a cassação deste Termo no período fiscalizado e consequentemente a exigência do ICMS antecipação parcial recolhido a menos.

Opina pela procedência total do auto de infração.

O autuado volta a intervir no processo fls.53/64. Alega a existência de "fato novo" e por isso apresenta defesa complementar. Afirma que comprova através de cópia do processo de cassação do termo de acordo, constante na INFAZ de Teixeira de Freitas, fl.70, em que se verifica que a

ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa, ou algum procurador, ou representante legal como o contador, administrador ou até mesmo a algum preposto da empresa, como se pode comprovar na relação de empregados do ano de 2012.

Sustenta que o que se constata é que o Fisco deu ciência a Rodrigo A. de Souza, pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional profissional ou até mesmo parental.

Requer que se decrete a nulidade do auto de infração, visto que, entende que não houve a necessária e indispensável ciência ao contribuinte quanto a sua denúncia do termo de acordo.

VOTO

Na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com o RPAF-BA/99 e com a Lei 7014/96, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos, documentos fiscais e CD, constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias ao contribuinte autuado, documento fl.14, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

O defendente interveio no processo fls.53/64, dia 10.03.2017, alegando a existência de um “fato novo” que em seu entendimento, teria o condão de tornar nulo o lançamento de ofício. Informou que conforme cópia do processo de cassação do Termo de Acordo, constante na INFAZ Teixeira de Freitas, se verifica que a ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa, ou ao sócio-gerente, representante legal como o contador ou até mesmo algum preposto da autuada, conforme relação de empregados do ano 2012 que anexou. Disse que o Fisco deu ciência da referida cassação do Termo de Acordo a Rodrigo A. de Souza, pessoa desconhecida da impugnante.

Aduziu que desde 2006 possuía Termo de Acordo para utilização de redução de base de cálculo nas vendas de suas mercadorias e que este Termo foi cassado internamente pela SEFAZ/BA de forma unilateral e sem a cientificação adequada do sujeito passivo. Frisou que não houve a necessária e indispensável intimação regular para que pudesse corrigir eventual irregularidade no Termo de Acordo.

Vejo que o patrono do autuado tenta trazer para discussão nesta fase processual, fatos que se referem ao ato que cassou o Termo de Acordo que foi por ele celebrado junto a SEFAZ/BA. É oportuno ressaltar que em conformidade com os elementos constantes do PAF, o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo todo o processo de exclusão de pleno conhecimento da autuada, inexistindo possibilidade de cerceamento de defesa. Tanto isto é verdade, que embora o defendente alegue não ter tomado ciência da cassação do multicitado Termo de Acordo, apresentou pedido de Reconsideração em duas oportunidades visando suspender a sua cassação e manter os benefícios do Decreto 7799/00 e teve o seu pedido indeferido, ante a comprovação de débito para com Fazenda Pública Estadual, inscrito em dívida ativa, o que contraria frontalmente o termo de acordo por ele celebrado.

Dessa forma, afasto a nulidade arguida, pois entendo que não se comprova nos autos, o alegado cerceamento do direito de defesa.

No mérito, a autuação trata do recolhimento realizado a menos referente ao ICMS antecipação parcial devido nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, conforme demonstrativo Resumo fls.11/13 e planilha analítica contida no CD - mídia eletrônica fl.07, devidamente entregue ao representante do autuado, conforme documento fl.14. Constato que esta diferença foi apurada porque no período a que se refere o levantamento fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, o contribuinte não teria direito, para fins de cálculo da

antecipação parcial, a redução de 41,176%, em virtude de estar com seu Termo de Acordo Cassado - Parecer 28786/2012, referente ao Decreto 7799/00 - Atacadistas.

A incidência do ICMS antecipação parcial encontra-se normatizada pela Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 12-A. 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.

Observo que o Decreto nº 7799/00 é o regime tributário direcionado aos atacadistas, que prevê a possibilidade de redução da base de cálculo nas saídas de determinadas mercadorias para contribuintes do ICMS. O “benefício” somente será aplicado quando a venda se destine a contribuinte do ICMS, ou seja, embora a base de cálculo seja reduzida nesta saída, na próxima, promovida pelo varejista, o imposto será pago na integralidade. Portanto, existem regras limitadoras do crédito do atacadista previstas no Dec. nº 7.799/00, conhecidas quando da celebração do Termo de Acordo entre o contribuinte e a SEFAZ.

Compulsando os autos, vejo que consta em extrato do CPT – Controle de Processos Tributários a indicação do Registro da Cassação do Termo De Acordo. - fls.09/10. Verifico que o defendente celebrou termo de Acordo e Compromissos com a SEFAZ para usufruir o benefício previsto no Decreto nº 7799/2000, conforme processo 158430/2006-6, Parecer 12962 de 25.10.2006. Para usufruir dos benefícios ali descritos, o contribuinte obrigava-se a cumprir as condições determinadas e procedimentos aplicáveis ao caso.

De fato, reza o Decreto 7.799/2000, no seu art. 7º:

Art. 7º - A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F 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.

Face a normativa legal, a ação fiscal ao verificar se as condições ali estabelecidas para fazer jus ao benefício teriam sido alcançadas, constatou descumprimento pelo autuado, de Cláusula expressa no termo de Acordo. Procedeu então, ao levantamento mensal do recolhimento realizados a título de ICMS Antecipação Parcial, elaborando agora, os cálculos sem a redução da base de cálculo, que se tornara indevida, com a cassação do termo de acordo.

Ao examinar Parecer assinado pelo autuado noto constar que: “o não cumprimento, pela ACORDANTE do disposto em qualquer das Cláusulas do presente Termo de Acordo implicará sua denúncia automática, independente de prévia comunicação”.

Nessa linha, a Cláusula Sétima do multicitado Parecer, assim dispõe: “o não cumprimento das Cláusulas do Termo de Acordo que ora se assina, enseja a perda do benefício de redução de base de cálculo, conforme disposto em Cláusula acima reproduzida”.

O Termo de Acordo a que fazia jus o defendente, foi cassado conforme processo 23632220129, Parecer nº 28786/2012 de 06/12/2012, cópia fl.46, por encontrar-se o contribuinte inscrito em Dívida Ativa. Ressalte-se que o defendente entrou com pedido de Reconsideração que foi Indeferido, em duas oportunidades conforme Pareceres 944/2015 e 20492/2015 de janeiro e setembro de 2015 respectivamente.

Nas razões defensivas, o autuado não negou que estava sem o benefício da redução da base de cálculo de 41,75%, para suas operações de vendas, no período fiscalizado, por estar com o Termo de Acordo cassado pela SEFAZ. Também não contestou o levantamento fiscal, que apurou as diferenças exigidas no lançamento de ofício.

Na peça de defesa a empresa suscita duas questões: (i) o Termo de Acordo estaria válido e os efeitos perduram até o presente momento, visto que há em curso um pedido de reconsideração, ainda sem análise, contra a decisão que pugnou pela cassação do benefício; (ii) 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 n.º 0305336-51.2013.8.05.0256, em curso perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Teixeira de Freitas – Bahia, onde é executada e que inclusive, já garantiu o juízo da execução com a indicação de bem à penhora.

Da análise da primeira questão, constato que não assiste razão ao sujeito passivo. O parágrafo único da cláusula primeira do Termo de Acordo estabelece que “*a fruição do benefício de que trata este Termo de Acordo dependerá de que a ACORDANTE atenda a todas as condições previstas no referido Decreto*”. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

A motivação da autuação é o descumprimento do Termo de Acordo, ou seja, o contribuinte não cumpriu as regras acordadas e por essa razão não faz jus aos benefícios fiscais previstos, já que se trata de ato comutativo, o que impõe ônus e bônus para ambas as partes, ou seja, a fruição do benefício fiscal dependerá do cumprimento das condições previstas no Decreto nº 7.799/00.

Ressalto que os fatos geradores que resultaram na irregularidade em comento ocorreram no exercício de 2014 e o seu pedido de Reconsideração foi realizado em janeiro de 2015. Ainda que o autuado seja atendido em seu pedido de reconsideração, os efeitos dessa decisão poderá não retroagir para isentá-lo do recolhimento do imposto feito a menos no período em que não tinha direito ao benefício fiscal em discussão.

Quanto a alegação trazida pelo defendente, de que seria óbice a autuação em análise, a existência de ação própria de execução fiscal em curso, perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Teixeira de Freitas – Bahia, com a indicação de bem à penhora, não pode prosperar.

Saliento que esse fato foi devidamente apreciado quando de seu Pedido de Reconsideração da decisão que cassou o Termo de Acordo por ele celebrado e foi Indeferido conforme Parecer 20492/2015 de setembro de 2015, fl.09.

Nessa esteira, constato que os fatos alegados pelo autuante encontram-se suficientemente comprovados, no processo administrativo fiscal, com indicação do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial que se deu em função das saídas promovidas pelo sujeito passivo, com a redução estabelecida no Decreto 7.799/00, a qual não fazia jus devido a cassação do Termo de Acordo. Assim, concluo pela subsistência da infração.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269133.3006/16-2** lavrado contra **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$442.407,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR