

A. I. N° - 2103190003/17-2
AUTUADO - DOMINGOS COSTA INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S.A
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0182-02/17

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS SAÍDAS INTERNAS. Tal fato ocorreu por ter utilizado o Termo de Acordo Atacadista que se encontrava cassado à época da ocorrência dos fatos geradores. Contudo, consoante a manifestação da Administração Fazendária, restou comprovado que “*Houve um equívoco por parte do Fisco na cassação do benefício fiscal que não observou que o Auto de Infração que se encontrava em Dívida Ativa foi quitado em 23/10/2014, antes da finalização do processo de Cassação que ocorreu em 29/10/2014. Ficaram em aberto apenas os honorários advocatícios referentes a este Auto de Infração, liquidados em 28/11/2014*”s. Desta forma, o Termo de Acordo Atacadista foi convalidado com efeitos *ex tunc*, o que torna improcedente a autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 29/03/2017, para exigir ICMS, no valor de R\$228.596,14 e multa de 60% em decorrência de recolhimento a menor do ICMS nos meses de agosto a dezembro de 2015, nos valores respectivos de R\$13.034,86; R\$ 46.884,29; R\$ 49.451,62; R\$58.951,17; e no mês de dezembro R\$ 60.274,20. O recolhimento a menor foi em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas internas de mercadorias regularmente escrituradas por ter reduzido, à referida base de cálculo, em 41,176%, prevista no Decreto N° 7.799/00, artigo 1º, cujo Termo de Acordo do contribuinte foi cassado em 25/08/2015, em virtude de a autuada possuir crédito tributário inscrito em dívida ativa. A cópia do parecer de cassação se encontra apenso ao auto de infração e outro fornecido à autuada. Anexo a este processo arquivo em Excel, gravado em CD, onde está contido o “Relatório Erro na Determinação da Base de Cálculo do ICMS”, demonstrando os valores mensais do ICMS recolhidos a menos.

O autuado por meio de patrono legalmente constituído ingressa com defesa, fls. 16 a 24, e de pronto faz uma síntese da autuação, esclarecendo que suas atividades consistem, na produção e comercialização de produtos alimentícios.

Aduz que desde novembro de 2005, a Impugnante possui Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, concedido por meio do Processo SIPRO n° 030776/2005-1, que lhe autoriza usufruir dos benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00, dentre os quais o aproveitamento de crédito presumido de ICMS em operações interestaduais.

Salienta que, desde o momento do deferimento do referido Termo de Acordo, vem cumprindo fielmente as suas obrigações, tendo em vista a importância de suas operações no Estado da Bahia, que são estratégicas ao desenvolvimento de suas atividades.

Contudo, em 12/04/2017, foi surpreendida pela autuação fiscal em epígrafe, por meio da qual a

administração fazendária deste Estado exige o pagamento de ICMS, multa e juros de mora, no valor de R\$ 117.837,95 (cento e dezessete mil, oitocentos e trinta e sete reais e noventa e cinco centavos), por suposto descumprimento aos preceitos do Decreto nº 7.799/00.

Explana que isto decorreu, segundo o relatório fiscal, pelo fato de que teria recolhido a menor o “ICMS – antecipação parcial” referente às aquisições de mercadorias, em operações interestaduais, para fins de comercialização, nos meses de agosto, setembro, outubro, novembro de dezembro de 2015. No entendimento do Fisco, a Impugnante teria utilizado indevidamente da carga tributária de 10% (redução da base de cálculo em 41,176%), prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, porquanto seu Termo de Acordo teria sido cassado em 25/08/2015, em virtude de a autuada possuir crédito tributário inscrito em dívida ativa estadual.

Contudo, pontua que a autuação não se sustenta, devendo ser integralmente cancelada, nos termos das razões doravante expostas.

PEDE A NULIDADE DA AUTUAÇÃO, Antes de se passar ao exame do mérito da autuação, por ofensa aos preceitos do Decreto nº 7.629/99, que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

Como exposto, o Auto de Infração tem como sustentáculo único o argumento de que o Termo de Acordo celebrado pela Impugnante com o Estado da Bahia **teria sido cassado em 25/08/2015**, em razão da existência de débitos tributários inscritos em dívida ativa.

Contudo, há que se atentar para as particularidades do caso em análise, que certamente conduzirão ao cancelamento da autuação, diante da regularidade da Impugnante, posto que consoante se extrai da documentação anexa (**doc. 02**), em 28/10/2014 foi exarado Parecer Final do Diretor da DPF deferindo a cassação do Termo de Acordo em razão de empresa possuir débitos inscritos na dívida ativa do Estado.

Esclarece que o referido débito, apontado como pendência impeditiva à manutenção do regime especial de apuração do ICMS, é referente a honorários advocatícios decorrentes da inscrição de débito fiscal (PAF 2841190008139A), na dívida ativa do Estado, como atesta o documento em anexo.

Verifica-se, entretanto, pela documentação anexa (**doc. 04**) que tanto o débito fiscal vinculado ao PAF 2841190008139A (no valor de R\$54.329,24) quanto os honorários advocatícios motivadores da presente autuação (no valor de R\$ 5.431,43) **foram quitados, respectivamente, em 23/10/2014 e 28/11/2014**.

Nesse compasso, aduz que no momento da intimação da cassação do Termo de Acordo, que somente ocorreu em 12/04/2017, juntamente com a ciência da autuação (**doc. 05**), a pendência supostamente impeditiva já se encontrava extinta.

Com efeito, nos termos do artigo 26, inciso III do RPAF, considera-se iniciado o procedimento fiscal no “*momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização*”.

Por sua vez, os artigos 89 c/c 108 do RPAF determinam que “*a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem*”. Já o artigo 109 do RPAF dispõe que se considera efetivada a intimação pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

E, neste caso, **a intimação pessoal somente se deu em 12/04/2017**, como reconhece a própria fiscalização.

Assim, tendo a Impugnante efetuado o recolhimento dos débitos anteriormente à sua intimação, operaram-se os efeitos da denúncia espontânea, nos termos do artigo 138 do CTN.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela

autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Posto isso, não há dúvidas de que, ainda que se considere que a cassação ocorreu em 25/08/2015, no momento da intimação da cassação do regime especial concedido por meio do Termo de Acordo, a Impugnante encontrava-se perfeitamente regular com as obrigações perante o Fisco do Estado da Bahia.

Portanto, uma vez nula a cassação do Termo, ***deve ser integralmente cancelada a autuação.***

Nesse sentido invoca a nulidade da cassação do Termo de Acordo, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, e pede a aplicação do art. 112 do CTN.

Ademais, ainda que se entenda como marco inicial da cassação o dia 25/08/2015 – como indicado na autuação – e não o dia 12/04/2017 – data da ciência da cassação -, ainda assim não há qualquer fundamento legal para a cassação do referido termo, tendo em vista que a suposta pendência impeditiva foi regularizada em novembro de 2014.

Neste caso, assevera que o agir fiscal atenta contra a própria finalidade do Termo de Acordo, que é instrumento que define obrigações e direitos das partes envolvidas, pelo qual se obrigam a cumprir o que nele se determina, e que tem dentre outras finalidades proteger o comércio local e gerar empregos e rendas Para o Estado da Bahia.

Explana que dada a importância do Termo de Acordo para a economia local, bem como para a definição das estratégias negociais da beneficiária, não se afigura legal a cassação sumária do acordo, ainda mais quando a suposta pendência impeditiva já houvera sido regularizada há aproximadamente 1 (um) ano.

Reclama que, neste caso, deveria a fiscalização, antes da lavratura do AI ora questionado, ter se atentado para a regularização da pendência tida como impeditiva ou, ainda que não estivesse regularizada, intimar o contribuinte a fazê-lo sob pena de cassação, mormente quanto os atos administrativos podem conter equívocos e deve haver um mecanismo de correção.

Além disso, tratando-se de um verdadeiro contrato administrativo, que prevê direitos e obrigações a ambas as partes, o Termo de Acordo não poderia de qualquer forma ser cassado de maneira sumária. Ao agir desta forma, o Fisco incorreu em grave ofensa ao ***princípio da boa-fé objetiva***, que é aplicável à administração pública em casos como este.

Lembra o princípio da verdade material, norteador do processo administrativo, que consiste no dever de a Administração tomar decisões ***com base nos fatos tais como se apresentam na realidade***, e para tanto, tem o direito e o dever de carregar para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

A final, pelas razões expostas, requer sejam acolhidos seus argumentos para que seja cancelado o Parecer Final do Diretor da DPF nº. 030776/2005-1, de 28/10/2014, declarando válido, desde aquela data, o Termo de Acordo celebrado com o Estado da Bahia e, consequentemente, julgado totalmente improcedente o Auto de Infração nº 2103190003/17-2.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 59 a 64, na qual explana inicialmente que o autuado requereu e lhe fora concedido o benefício fiscal do Termo de Acordo de Atacadista previsto no Decreto 7799/2000, deferido em 07/11/2005 pelo Diretor da DAT/Norte, onde assinala:

Cláusula segunda:

O tratamento tributário de que trata este Termo de Acordo não se aplica ao contribuinte que se encontre em qualquer das seguintes situações:

II – possua débito inscrito em dívida ativa Estadual...

Cláusula sétima:

“O não cumprimento, pela ACORDANTE, do disposto em qualquer das cláusulas do presente Termo de Acordo implicará em sua denúncia automática, independente de prévia comunicação”

Ocorre que em 10/06/2014 o contribuinte teve contra si um débito fiscal fruto do auto de infração nº 28411900008139. A empresa na época não se defendeu no prazo regulamentar, não agiu com prudência e vigilância e teve o débito inscrito em dívida ativa.

Assim, atuando de forma intencional de não defender o auto de infração ou pagá-lo, assumiu o risco de perder seu termo de acordo, pois havia pactuado com o Estado da Bahia que, se tivesse débito em dívida ativa o perderia.

O citado débito foi quitado no valor principal em 23/10/2014, porém os honorários advocatícios incidentes na cobrança só foram pagos em 28/11/2014, data na qual, como veremos a seguir, o processo de cassação do Termo de Acordo já estava com parecer final publicado.

Salienta que ao recolher os honorários advocatícios, o autuado teve ciência da inscrição do débito em dívida ativa, e, por consequência, os efeitos deste fato na utilização do termo de Acordo ao qual, na época, era detentor.

Desse modo, face inscrição de débito em dívida ativa, foi instaurado processo de cassação do Termo de Acordo, Processo SEFAZ/SIPRO nº 202903/2014-9, Parecer 25698/2014, exarado pelo Sr. Diretor da DPF em 28/10/2014, determinando cassação do referido Termo. O contribuinte tomou ciência do teor deste, por via eletrônico (acesso pela web), na data de 25/08/2015, conforme consta nos autos.

Adentrando no mérito, a presente lide trata da autuação por utilizar, no período compreendido entre agosto/2015 a dezembro/2015, Termo de Acordo de Atacadista, o qual encontrava-se na condição de cassado.

Alega a defesa que tomou ciência da cassação do Termo de Acordo somente em 12/04/2017 e junta aos autos extrato de lista de Processos Tributários expedido pela SEFAZ/BA na data de 19/04/2017, onde consta os seguintes dados:

Processo nº 030776/2005-1: Processo de Concessão de Termo de Acordo

Situação: CASSADO

Data da Ciência: 12/04/2017.

Processo nº 202903/2014-9: Processo de Cassação do Termo de Acordo

Situação: CASSAÇÃO DEFERIDA

Data da Ciência: 25/08/2015.

Pelos dados acima, conclui de forma inequívoca que, apesar da concessão do termo de acordo ter sido de novembro/2005, o contribuinte só tomou ciência deste fato em abril/2017, conforme consta no processo nº 030776/2015-1, assim, esta data indicada é de ciência da CONCESSÃO do Termo de Acordo, cumprindo uma formalidade até então dispensável, dado que o contribuinte vem utilizando de forma regular o benefício desde 2005. Porquanto a data indicada no processo 202903/2017-9 é de ciência da CASSAÇÃO do Termo de Acordo.

Entende que na falta de sólidos argumentos defensivos, a defesa procura distorcer a realidade dos fatos, no claro intuito de induzir o CONSEF a adotar postura que lhe convém, pois que, a simples leitura do Auto de Infração indica que a ciência da autuação ocorreu em 17/04/2017 e não na data acima indicada.

Ademais, no sentido de ofertar a mais ampla possibilidade de defesa e do contraditório, constitui dever funcional o fornecimento de cópias de documentos ao autuado os quais a fiscalização utilizou no processo de auditoria, assim, o que foi fornecido ao mesmo foi cópia do Parecer de cassação do Termo de Acordo e não uma tomada de ciência do ato.

Salienta que a ciência de ambos os processos foram dadas de forma eletrônica via web, por acesso pelo interessado, com sua senha pessoal, ao teor do PARECER FINAL dos processos e como

forma de provar tal fato, demonstramos que tanto o processo de Concessão (030776/2015-1) quanto o de Cassação (202903/2017-9) estavam na condição de arquivados.

Posto isso, caem por terra os argumentos defensivos da controvérsia gerada a respeito da data da ciência de cassação do termo de acordo, o qual, para que não reste menor dúvida, deu-se em 25/08/2015 via web, dado que, na data alegada pela defesa, dia 12/04/2017, como dito, tanto o processo de concessão como o de cassação não se encontravam fisicamente na Infaz feira de Santana.

Em conclusão, considerando que o cerne da lide deste auto de infração reside neste ponto, uma vez esclarecido, mantém a autuação nos moldes que fora concebido.

Requer ao CONSEF, julgamento do presente pela PROCEDÊNCIA.

O autuante presta a 2^a informação fiscal, fls. 107, na qual relata que o contribuinte, exercendo seu direito à manifestação, junta aos autos parecer emitido pela SEFAZ/BA, o qual convalida o benefício do Termo de Acordo Atacadista previsto no Decreto 7799/2000, cassado em 29/10/2014, Parecer nº 28352/2017, de 20/09/2017, onde torna válido Termo de Acordo com efeitos retroativos a data de 28/11/2014, motivado por:

“Houve um equívoco por parte do Fisco na cassação do benefício fiscal que não observou que o Auto de Infração que se encontrava em Dívida Ativa foi quitado em 23/10/2014, antes da finalização do processo de Cassação que ocorreu em 29/10/2014. Ficaram em aberto apenas os honorários advocatícios referentes a este Auto de Infração, liquidados em 28/11/2014. Outra irregularidade refere-se a data da ciência da cassação do benefício fiscal que nos sistemas da SEFAZ consta 25/08/2015, quase dez meses depois de ter sido o processo finalizado. O contribuinte tomou conhecimento da retirada de seus benefícios quando a pendência supostamente impeditiva já se encontrava extinta.”

“Diante do exposto acompanhamos o parecer da INFAZ FEIRA DE SANTANA e convalidamos o Termo de Acordo concedido através do Processo 030776/2005-1 a data retroativa de 28/11/2014.”

O autuante considerando que o objeto da autuação ocorreu pela utilização indevida do termo de Acordo Atacadista previsto no Decreto 7.799/200, com fatos geradores nos meses de 08/2015 a 12/2015, com a convalidação acima, entende que o presente Auto de Infração perde sustentabilidade, e deve ser julgado improcedente.

VOTO

No exame das peças que compõem o presente processo administrativo fiscal, constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com estrita observância ao disposto no art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Os princípio do contraditório e o da ampla defesa foram observados, sendo as partes cientificadas de todos os atos processuais, quando tiveram a oportunidade de manifestar-se e contrapor os seus argumentos de defesa e de acusação, para a final, concluírem pela improcedência da autuação, por perda do seu objeto.

É que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do recolhimento a menor do ICMS em função de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas internas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a dezembro de 2015, por ter se utilizado do benefício fiscal de carga tributária de 10% (dez por cento), ou seja, a redução da base de cálculo em 41,176%, quando não mais poderia fazê-lo em virtude da Cassação do Termo de Acordo Atacadista, Decreto nº 7.799/00.

O Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2017, e o Termo de Acordo teria sido cassado em 25/08/2015, em virtude de o autuado possuir crédito tributário inscrito em dívida ativa estadual, motivado pela falta de pagamento de honorários advocatícios, PAF 2841190008139A.

A defendente argumenta que tanto o débito vinculado àquele PAF, quanto os honorários advocatícios motivadores da presente autuação foram quitados respectivamente, em 23/10/2014 e em 28/11/2014, contudo, sem que tais fatos tenham sido considerados, motivo pelo qual anexa documentos para comprovar suas assertivas.

Verifico que nesse mesmo sentido, a Administração Fazendária, na pessoa do Diretor da DPF - Sr. Frederico Gunnar Durr, mesma autoridade responsável pela cassação do regime, em 20/09/2017, exarou o Parecer nº 28352/2017, pela convalidação *ex tunc*, ou seja, com efeitos retroativos, do Termo de Acordo celebrado pela impugnante com o Estado da Bahia, e reconheceu a ilegalidade da autuação.

Dito Parecer nº 28352/2017, de 20/09/2017, emitido pela SEFAZ/BA, convalida o benefício do Termo de Acordo Atacadista previsto no Decreto 7799/2000, cassado em 29/10/2014, e o torna válido, com efeitos retroativos a data de 28/11/2014, com a seguinte motivação:

"Houve um equívoco por parte do Fisco na cassação do benefício fiscal que não observou que o Auto de Infração que se encontrava em Dívida Ativa foi quitado em 23/10/2014, antes da finalização do processo de Cassação que ocorreu em 29/10/2014. Ficaram em aberto apenas os honorários advocatícios referentes a este Auto de Infração, liquidados em 28/11/2014. Outra irregularidade refere-se a data da ciência da cassação do benefício fiscal que nos sistemas da SEFAZ consta 25/08/2015, quase dez meses depois de ter sido o processo finalizado. O contribuinte tomou conhecimento da retirada de seus benefícios quando a pendência supostamente impeditiva já se encontrava extinta."

"Diante do exposto acompanhamos o parecer da INFRAZ FEIRA DE SANTANA e convalidamos o Termo de Acordo concedido através do Processo 030776/2005-1 a data retroativa de 28/11/2014."

O próprio autuante, considerando que o objeto da autuação decorreu da utilização indevida do Termo de Acordo de Atacadista, previsto no Decreto 7.799/2000, com sua convalidação com efeitos retroativos, reconhece que o Auto de Infração perde a sustentabilidade e clama pela sua improcedência.

Diante da farta documentação trazida ao PAF e de todo o esclarecimento prestado pelas partes, em especial pela Convalidação do Termo de Acordo Atacadista, com efeitos retroativos, por ter ocorrido equívoco por parte do fisco na cassação do benefício fiscal, julgo improcedente o infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2103190003-17-2** lavrado contra **DOMINGOS COSTA INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S.A.**

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, 18 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR