

PROCESSO - A. I. Nº 269133.3005/16-6
RECORRENTE - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0033-03/17
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0042-12/18

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. À época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2014), a Recorrente já se encontrava com o benefício fiscal cassado e já possuía conhecimento de que não estava em gozo do benefício fiscal aludido, fato esse que legitimava e dava fundamento à ação fiscalizadora. Contribuinte não traz aos autos elementos com o condão de elidir a infração que lhe foi imputada. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0033-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 269133.3005/16-6, lavrado em 30/09/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$954.555,39, em razão de o contribuinte ter recolhido a menos o ICMS, pois utilizou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/02/2017 (fls. 102 a 106) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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.12, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Na assentada de julgamento do presente PAF, dia 21.02.2017, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal tomou conhecimento de manifestação do Autuado, fls.53/63, alegando 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.

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 a Rodrigo A. de Souza, pessoa desconhecida da impugnante.

Vejo que o patrono do autuado tenta trazer para discussão nestes autos, 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 termos 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 centra-se no fato de que o autuado recolheu a menos o ICMS, pois utilizou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Neste período, o contribuinte teve seu Termo de Acordo cassado - Parecer 28786/2012, referente ao Decreto 7799/00 - Atacadistas, só sendo reenquadrado pelo Parecer 19317/2016, perdendo o benefício da redução de 41,17% nas saídas internas de produtos de sua atividade econômica, no ano de 2014, e, no entanto, continuou a utilizar indevidamente esta redução, nas saídas internas tributadas.

Observe 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, 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, cópia fls.21/22. 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 dos recolhimentos a menos de ICMS pela utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo para atacadistas, Decreto 7799/00, nas saídas internas, considerando no levantamento fiscal, apenas as saídas com redução indevida, conforme demonstrativos constante em CD anexado ao processo fl.11 e cópia entregue ao autuado, comprovante fl.12.

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.24, 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 menor 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.08.

Nessa esteira, constato que os fatos alegados pelo autuante encontram-se suficientemente comprovados, no processo administrativo fiscal, com indicação 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.

Nos termos supra expendidos, com a adequada aplicação do roteiro de auditoria evidenciada nos demonstrativos sintéticos e analíticos carregados aos autos pela fiscalização, cujas cópias foram devidamente entregues ao impugnante, resta caracterizada a utilização indevida do benefício da redução da base cálculo, devido a cassação do Termo de Acordo e previsto no Dec. nº 7.799/00. Assim concluo pela subsistência da infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 119 a 130, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Alega a ausência de intimação regular da empresa quando da cassação do benefício fiscal (motivo da autuação), requisito que considera indispensável para consubstanciar qualquer procedimento legal. Vem com a sua alegação mediante a juntada do processo de cassação do termo de acordo, constante da Inspeção Fazendária de Teixeira de Freitas, já trazido aos autos quando da juntada de defesa complementar, em que se verifica que a ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa, ou a qualquer preposto, mas a pessoa de nome Rodrigo A. de Souza, estranha ao quadro funcional da autuada.

Transcreve o art. 2º do RPAF para apoiar a ideia de que o legislador quis assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário, o que não se verificou no presente feito.

Relata que possuía termo de acordo para utilização de redução da base de cálculo nas vendas de suas mercadorias, e que este benefício fiscal foi cassado internamente pela Sefaz/BA, de forma unilateral e sem a regular ciência do sujeito passivo, pois não houve a necessária e indispensável intimação para que o sujeito passivo pudesse corrigir eventual irregularidade. Transcreve o art. 108, § 3º do RPAF para apoiar a sua tese de que não se pode considerar inválido o termo de acordo, regularmente concedido, sem a comunicação formal ao contribuinte.

Alega que o parágrafo único do art. 3º do RPAF (cujo texto reproduz) exige que as intervenções do sujeito passivo devem ser acompanhadas de prova de seu vínculo empregatício, formalidade essa que não foi cumprida, segundo alega, o que conduz à invalidação do ato, segundo a

jurisprudência do CONSEF. Acosta ementas de julgados para apoiar a sua tese.

Conclui, portanto, que é nula a intimação quando não realizada de acordo com a legislação, na forma do art. 108 do RPAF, para fins de regularização de eventual irregularidade no cumprimento das condições do acordo.

Requer a declaração de nulidade do presente lançamento.

À folha 134, a 2ª CJF deliberou por baixar o feito em diligência à INFAZ de origem, com vistas a que fosse anexada prova da ciência, por parte do sujeito passivo, da decisão de cassação do benefício fiscal, bem como da decisão de indeferimento do seu pedido de reconsideração.

Às folhas 140/144, foi cumprida a diligência, tendo sido anexados os documentos solicitados.

Cientificada da presente diligência à folha 146, o sujeito passivo não se manifestou.

Pautado para julgamento na sessão do dia 22/02/18, o representante do sujeito passivo, presente à sessão, pediu, subsidiariamente, que o lançamento fosse julgado procedente em parte, excluindo os valores anteriores a novembro de 2014, data da protocolização do pedido de reconsideração.

VOTO

O lançamento acusa a recorrente de “recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo”. Conforme esclarece a Recorrente, a empresa GE-JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA era titular de benefício fiscal, decorrente da assinatura de Termo de Acordo com o Estado da Bahia, ratificado em julho de 2006 (folha 46), por força do qual a empresa signatária passou a desfrutar de redução da base de cálculo, nas suas operações de saída internas.

Em dezembro de 2012, houve a cassação do benefício fiscal aludido, mediante Parecer 28786/2012, em ato que emite ordem expressa de cientificação do sujeito passivo, conforme se depreende da leitura de cópia à folha 44.

A Recorrente alega não ter sido cientificada da cassação do benefício fiscal, tendo informado que desconhece o autor da assinatura aposta na base do documento à folha 70, Sr. Rodrigo A. de Souza, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 53, abaixo reproduzido.

“Nesse sentido a autuada comprova neste momento através de cópia do processo de cassação do termo de acordo, constante na Inspetoria Fazendária de Teixeira de Freitas, em anexo (doc. 01), em que se verifica que a ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa, Sr Guido Jurandy Viana Rodrigues ou Maria Angélica Gusmão Rodrigues, ou ao sócio-gerente, conforme contrato social (doc. 02) ou a algum empregado da empresa, ou algum procurador, ou representante legal, como o contador, administrador ou até mesmo a algum preposto da empresa, como se pode verificar na relação de empregados do ano de 2012 (doc. 03). Não, o que se constata é que o fisco deu ciência a Rodrigo A. de Souza (doc. 04), pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional, profissional ou até mesmo parental. E o porquê do Fisco assim proceder, contrariando o que determinam os artigos 3º e 108, § 3º, do RPAF/99, é que não se encontra justificativa.”

Em consequência, defende, o sujeito passivo, que a autuação deve ser julgada nula, conforme se lê à folha 113, em trecho abaixo reproduzido.

“Desse modo há que ser julgada nula a autuação em comento, haja vista que não houve a necessária e indispensável ciência do contribuinte quanto a sua denúncia do termo de acordo. Vale dizer que o contribuinte ao não ser intimado regularmente permaneceu com o direito a utilizar o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00, como afirmou o denodado autuante.”

Como se vê, a tese do recurso centra-se na nulidade da cientificação do ato de cassação, inexistindo qualquer outra alegação deduzida na petição recursal.

É importante destacar que o objeto da autuação é que precisa, portanto, ser enfrentado diz respeito à legitimidade, ou não, da exigência de ICMS em decorrência do recolhimento a menor do ICMS-Normal. A questão suscitada no presente recurso não é, contudo, o cerne da autuação,

mas uma questão prejudicial que, uma vez acolhida, resultará na improcedência do presente lançamento.

Pois bem, analisando os autos, é possível constatar que o sujeito passivo teve o benefício fiscal cassado, desde finais de 2012, por força da existência de débito inscrito em dívida ativa, conforme se pode depreender a partir da leitura de cópia do parecer final (que opinou pela cassação), anexada à folha 44 do presente processo.

Nota-se, também, que tal decisão (a cassação) foi objeto de pedido de reconsideração, pedido este que foi indeferido em janeiro de 2015, ao fundamento de que a execução fiscal não estava com a exigibilidade suspensa, conforme se lê em cópia do Parecer nº 0944/2015, anexada à folha 26 do processo. Embora indeferido somente em janeiro de 2015, consta dos sistemas da SEFAZ/BA que o pedido foi protocolado em novembro de 2014.

Nota-se, ainda, que o benefício fiscal aludido somente foi restabelecido em julho de 2016, com a ressalva expressa de que tal restabelecimento não gerou efeitos retroativos em relação ao período em que o contribuinte permaneceu com débito inscrito em dívida ativa, conforme Parecer Final 19317/2016, de 15/07/2016 (folha 46).

Embora o sujeito passivo alegue ausência de comunicação da cassação do benefício fiscal, os elementos dos autos comprovam que ingressou com pedido de reconsideração da decisão de cassação (protocolado desde novembro de 2014), o qual foi indeferido em janeiro de 2015, conforme folha 26 dos autos.

Ora, se em janeiro de 2015 foi emitida decisão de indeferimento do pedido de reconsideração, é porque o sujeito passivo já tinha conhecimento da cassação do benefício fiscal, prova é que já havia ingressado com outro processo tentando desconstituir tal decisão.

Se desde janeiro de 2015 já possuía conhecimento da decisão que cassou o benefício, é porque já tinha, à data da lavratura do auto de infração (30/09/2016), conhecimento da sua situação irregular, não se coadunando, a sua alegação, com as provas dos autos.

Quanto ao pleito de que sejam excluídos os valores relativos ao período anterior a novembro de 2014 (data da protocolização do pedido de reconsideração), é importante que se diga que o gozo do benefício fiscal previsto no Decreto 7799/00 tem como requisito a regularidade do contribuinte perante o fisco estadual, conforme dispõe o Parágrafo único do art. 7º do diploma legislativo citado, conforme abaixo.

“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.

Parágrafo único - A assinatura do Termo de Acordo só será permitida a contribuinte que se encontre em situação regular perante o fisco estadual.”

Ora, a partir do momento que o contribuinte se pôs em situação irregular (com débito inscrito em dívida ativa), perdeu, por força de lei, a possibilidade de desfrutar do favor fiscal que lhe fora concedido, devendo, desde então, dar saída às suas mercadorias sem redução da base de cálculo prevista. Trata-se, portanto, de efeito material desconstitutivo, de repercussão direta no patrimônio jurídico da empresa beneficiária.

A cientificação do sujeito passivo (exigência legal) tem efeito meramente declaratório, o que significa dizer que não lhe retira o direito ao benefício fiscal, mas apenas lhe comunica a sua perda automática por força do não preenchimento de um dos requisitos, qual seja, “a não inscrição de débito em dívida ativa”.

A despeito do seu efeito declaratório, dúvidas não há de que a ciência se constitui em direito subjetivo do contribuinte, pois, uma vez cientificado da cassação, pode, se o quiser, promover o recolhimento do imposto devido no período em que permaneceu irregular, sem incidência da

multa de ofício.

Não se pode confundir, contudo, o direito à cientificação com o direito ao gozo do benefício, pois são institutos distintos, tutelando bens jurídicos autônomos. De fato, o direito ao gozo do benefício fiscal materializa uma política econômica de favorecimento a determinados ramos de atividade, tidos, pelo Estado, como merecedores de fomento. Já o direito à cientificação materializa a garantia constitucional ao devido processo legal, resguardando a oportunidade, da Recorrente, de impugnar os atos administrativos em seu desfavor. A ausência de comunicação à empresa autuada antes da lavratura do auto de infração, poderia, se fosse o caso, gerar efeitos, somente, de exclusão da multa, mas jamais cancelar o gozo de um favor fiscal em relação ao qual a empresa já não mais preenchia os requisitos.

Tendo tomado conhecimento da cassação do benefício (em janeiro de 2015), deveria, o sujeito passivo, ter providenciado a regularização espontânea das suas operações passadas, pois o pedido de reconsideração não possui efeito suspensivo, relativamente à decisão administrativa recorrida.

Assim, é forçoso admitir que, à época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2014), a Recorrente já se encontrava com o benefício fiscal cassado. É igualmente verdadeiro que, em 30/09/2016 (data da autuação), a empresa Recorrente já possuía conhecimento de que não estava em gozo do benefício fiscal aludido, fato esse que legitimava e dava fundamento à ação fiscalizadora.

Não há, até a presente data, qualquer prova, nos autos, de que o contribuinte tenha obtido êxito no sentido de desconstituir a decisão administrativa, no período em que ficou aberto, que lhe cassou o benefício, nem há provas de que o débito originário (que deu origem à cassação do benefício fiscal) tenha sido extinto por decisão judicial, o que poderia, talvez, gerar efeitos retroativos, em benefício da empresa.

Entendo, por conseguinte, que o auto de infração é procedente, não merecendo reparo a decisão recorrida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269133.3005/16-6** lavrado contra **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$954.555,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS