

PROCESSO - A. I. N° 281394.0202/15-1
RECORRENTE - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0003-05/17
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0066-12/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. 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 2013, tendo continuado a utilizar indevidamente esta redução em quase todas as suas saídas internas tributadas. À época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2013), 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 as infrações que lhe foram imputadas. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 5ª JJF N° 0003-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 281394.0202/15-1, lavrado em 30/06/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$574.326,58, em razão de seis infrações distintas, descritas a seguir, somente naquilo que foi objeto do presente recurso.

...
INFRAÇÃO 04: 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60% - Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$79.211,32;

...
INFRAÇÃO 06: 07.15.02 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Multa de 60% - Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$461.223,59.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 24/01/2017 (fls. 85 a 88) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO”

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 6 infrações por descumprimento de obrigações principais e acessórias do ICMS. O sujeito passivo reconhece as infrações 1, 2, 3 e 5 e efetua o parcelamento. No que tange a essas infrações ficam mantidas em seus valores reclamados, visto que não foram contestadas e foram imputadas em obediência ao devido processo legal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Quanto à infração 1, a multa constante no art. 42, IV, foi modificada para 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Cabe, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

A infração 1, portanto, fica mantida com a correção do valor exigido para R\$31,71.

As infrações 4 e 6 tratam, respectivamente, de recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (infração 4) e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (infração 6).

Afirma o autuado que a cobrança relativa às duas infrações é fruto do benefício via Termo de Acordo em pleno vigor e que há discussão na esfera judicial via Ação de Execução Fiscal onde já resta garantido o juízo, e, por fim, pendência administrativa onde resta discussão do 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 desconsideradas as Infrações objeto da presente impugnação, sem prejuízo da nulidade total das mesmas.

Verifico que não há, nos autos, elementos que indiquem a existência de medida judicial com efeito suspensivo da exigibilidade resultante do benefício fiscal que foi cancelado. Os documentos sobre a execução e penhora, anexados, não indicam se referir a presente lide, mas especificamente no que tange às infrações 4 e 6.

O que se observa é que, segundo o Processo nº 236322/2012-9, à fl. 50, foi cassado o Termo de Acordo que concedia ao contribuinte os benefícios do Decreto nº 7.799/00, não havendo controvérsia quanto a este fato, apenas que foi realizado o pedido de reconsideração. Assim, as infrações 4 e 6 se referem à utilização indevida do referido decreto, que resultou em recolhimento a menos do ICMS, e a discussão administrativa, ou seja, o recurso administrativo relativo a casação do benefício fiscal não tem efeito suspensivo quanto à exigibilidade via lançamento de ofício dos valores obtidos com o benefício, conforme o próprio parecer à fl. 62, ratificado pelo Gerente da GECES e Diretor da DPF indicam.

Não cabe, no presente caso, aplicação do art. 112 do CTN, visto que não há a condição da dúvida, na medida que a descrição dos fatos corresponde ao efetivamente ocorrido e são condizentes com a infração e o enquadramento legal aplicado.

Voto, portanto, 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. 104 a 114, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Afirma que as infrações constantes desse processo (consistentes na suposta utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo) decorreram da cassação de benefício fiscal de que era titular, sem que o contribuinte tivesse sido regularmente intimado acerca desse fato.

Alega estar comprovando (mediante anexação de cópia do processo de cassação) que a ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa, ou mesmo ao sócio-gerente ou a qualquer procurador, mas a Rodrigo A. de Souza, pessoa que assegura ser completamente desconhecida, contrariando o que dispõem os artigos 3º e 108 do RPAF/99.

Explica que possuía, desde 2006, Termo de Acordo para utilização de redução da base de cálculo nas vendas de suas mercadorias e que este Termo foi cassado pela Sefaz/BA, de forma unilateral e sem cientificação do sujeito passivo. Defende que não se pode considerar inválido o Termo de Acordo sem que se tenha dado comunicação formal ao contribuinte.

Argumenta que o Decreto nº 11.608/09, então vigente, previa que a intimação por meio eletrônico era considerada sem êxito se, no prazo de cinco dias, o sujeito passivo não acessasse o sistema informatizado da Sefaz/BA. Assegura que nenhuma das formalidades previstas no art. 3º do RPAF foi observada no processo de cassação do Termo de Acordo.

Transcreve ementas de julgados deste Conselho para apoiar a idéia de que a ausência de intimação pessoal ao contribuinte (na forma do art. 108 do RPAF) enseja a nulidade processual, o que resultaria na permanência da habilitação ao gozo do benefício, conferida à empresa, e, consequentemente, em igual nulidade da presente autuação.

Conclui, assim, a sua peça recursal, requerendo que seja decretada a nulidade do auto de infração

em análise.

Às folhas 155/156, a 2^a 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 162/178, foi cumprida a diligência, tendo sido anexados os documentos solicitados.

Cientificada da presente diligência à folha 179, o sujeito passivo apresenta manifestação às folhas 181/190, aduzindo o que segue.

Referindo-se à manifestação fiscal e ao seu conteúdo, afirma que o fiscal autuante se equivocou, pois o sujeito passivo alegou e provou (segundo alega) que não houve ciência legal e regular da cassação do termo de acordo, fato que invalida o presente lançamento, posto que a exigência fiscal, aqui contida, decorreu da utilização, tida como indevida, do termo de acordo. Explica que o auto de infração teve como fundamento a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, como se o contribuinte não mais tivesse direito ao gozo do benefício fiscal.

Explica, contudo, que continuou a utilizar o benefício porque não o denunciou nem foi intimada da sua cassação pela SEFAZ/BA. Nesse sentido, assegura que não teve conhecimento do motivo da cassação do termo de acordo, já que a ciência foi dada a Rodrigo A. de Souza, pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional, profissional ou até mesmo parental. Afirma, inclusive, que, no pedido de reconsideração juntado na informação fiscal pelo autuante, a tese da defesa é ratificada quando o sócio da empresa informa que não foi comunicado formalmente da decisão administrativa citada. Como foi pego de surpresa, explica que tentou pedir a reconsideração do ato.

Reitera que possuía termo de Acordo desde 2006, o qual foi cassado internamente pela SEFAZ/BA, de forma unilateral e sem cientificação regular do sujeito passivo, sem a necessária e indispensável intimação para que pudesse corrigir eventual irregularidade, o que teria impedido que a decisão citada pudesse produzir efeitos. Transcreve o art. 108, § 3º e art. 3º do RPAF em apoio ao seu ponto de vista.

Afirma que o Decreto 11.608/09 previa que a intimação por meio eletrônico era considerada sem êxito se, no prazo de cinco dias após o envio do aviso eletrônico, o sujeito passivo não acessasse o banco de informações do Sistema Informatizado da Sefaz/BA. Transcreve o art. 3º, Parágrafo Único, do diploma regulamentar citado, para reforçar o argumento de que o preposto do sujeito passivo precisa provar o seu vínculo empregatício, formalidade que não foi observada.

Ensina que o lançamento tributário possui um rito, definido em lei, o qual deve ser observado sob pena de decretação da sua nulidade, conforme tem decidido o CONSEF. Acosta ementas de julgados em apoio ao seu ponto de vista.

Ressalta que não se trata de mera formalidade, mas como conteúdo do seu direito de defesa, haja vista que não pode ser surpreendido com a lavratura de um auto de infração, sem oportunidade de esclarecer os fatos.

Assim, como à data da lavratura do presente Auto de Infração inexistia qualquer intimação pessoal feita ao contribuinte, entende que é forçoso concluir pelo cerceamento do seu direito de defesa e, consequentemente, na nulidade da presente exigência fiscal.

Ratifica todos os termos de sua defesa, ao tempo em que pede deferimento.

Na assentada da sessão, o conselheiro suplente Valtércio Serpa Júnior declarou-se impedido no julgamento.

VOTO

Embora o Auto de Infração contenha seis acusações distintas, o presente recurso ataca apenas as infrações 4 e 6, sendo este o escopo do presente julgamento. Considerando que o argumento

recursal é afeto a ambos os ilícitos, de forma indistinta, abordá-los-ei, igualmente, de forma conjunta, conforme segue.

A Infração 04 acusa a recorrente de “recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo”, enquanto que a Infração 06 registra “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”.

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 novembro de 2006 (folhas 47/48), 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 científicação do sujeito passivo, conforme se depreende da leitura de cópia à folha 121.

A Recorrente alega não ter sido científicada da cassação do benefício fiscal, tendo informado que desconhece o autor da assinatura apostada na base do documento à folha 148, Sr. Rodrigo A. de Souza, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 105, abaixo reproduzido.

“Nesse sentido a autuada comprova neste momento através de cópia do process 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 denúnciação 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 se vê, a tese do recurso centra-se na nulidade da científicação do ato de cassação, inexistindo qualquer outra alegação deduzida na petição recursal.

É importante destacar que o objeto da autuação e que precisa, portanto, ser enfrentado diz respeito à legitimidade, ou não, da exigência de ICMS em decorrência do recolhimento a menor do ICMS-Normal (Infração 4) e do ICMS-Antecipação Parcial (Infração 06). 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 pelo contribuinte à folha 50 do presente processo.

Nota, também, que tal decisão (a cassação) foi objeto de pedido de reconsideração, conforme informa o próprio sujeito passivo (folha 40), 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 0944/2015, anexada à folha 52 pelo próprio sujeito passivo. 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 nº 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 chancelar 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 2013), 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 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 favor 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 281394.0202/15-1, lavrado contra **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$573.093,12**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a", "b", "d" e "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$947,99**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS