

A. I. Nº - 089008.0003/18-0
AUTUADO - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-02/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TERMO DE ACORDO DO COMÉRCIO ATACADISTA. CASSAÇÃO. O contribuinte autuado teve a cassação do Termo de Acordo Atacadista deferido, após o Parecer 28.786, de 23.01.2013, através do Processo SIPRO nº 236322/2012-9, por conta de débito inscrito em Dívida Ativa ajuizada, contrariando Cláusula Segunda do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia (art. 7-B § 1º, do Decreto nº 7.799/00). O lançamento de ofício (redução indevida da base de cálculo) foi lavrado após notificação da cassação do referido Termo Atacadista. Penalidade caracterizada. Não acatado pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 13/03/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 373.512,32, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Referente ao período de janeiro a dezembro de 2015.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 57 a 71, quando apresentou o arrazoadado de defesa que passo a relatar.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre o título “I - DOS FATOS”, diz que o auto de infração decorreu da cassação do TERMO DE ACORDO concedido através do PROCESSO SIPRO nº 158430/2006-6, que autorizava a redução da base de cálculo do ICMS nas vendas de mercadorias, que consequentemente não obrigava ao pagamento da antecipação parcial de ICMS nas entradas de mercadorias. Conforme afirma já haver decidido o CONSEF neste sentido, *no* ACÓRDÃO JJF Nº 0005-02/18, que reproduziu.

Frisa que a autuada possuía desde 2006 Termo de Acordo para utilização de redução de base de cálculo nas vendas de suas mercadorias, sendo este Termo foi cassado internamente pela SEFAZ/BA, de forma unilateral e sem a cientificação regular do sujeito passivo, sem que houvesse a necessária e indispensável intimação regular para que, se pudesse corrigir eventual irregularidade no termo de acordo.

Assevera que a Impugnante comprovou não haver sido cientificada do motivo da cassação do termo de acordo, pois não foi intimada para proceder uma eventual regularização.

Afirma que tal assertiva pode ser constatada no teor do processo de cassação do termo de acordo (doc.03) fl.88, que também se encontra juntado aos PAFs nºs 2813940202/15-1; 2691333005/16-6 e 2813943015/16-6, em que se verifica que a ciência da intimação não foi dada aos titulares da empresa.

Destaca que o que se constata do documento a fl. 88 é que o Fisco deu ciência a Rodrigo A. de Souza, o qual diz tratar-se de pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional, profissional ou até mesmo parental.

Assevera não saber o porquê do Fisco assim proceder, contrariando o que determinam os artigos 3º e 108 do RPAF/99, concluiu que não se encontra justificativa.

Remata que diante do exposto, fica comprometido a manutenção do auto de infração considerando que o ato administrativo de cassação do benefício fiscal não foi objeto de cientificação a Impugnante.

Reproduziu também o art. 2º do RPAF, explicando que o seu enunciado informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Destaca que o Código Tributário Nacional, a Lei Complementar e a Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Afirma que tal afirmativa fica evidenciada principalmente no artigo 112 do CTN quando trata do princípio do in dubio pro contribuinte.

Ressalta que Junta não deve decidir sobre o auto de infração, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência de atendimento dos aspectos formais.

Passando a tratar do título “II.1 DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL DEVIDO A FALTA DE INTIMAÇÃO REGULAR.”, reitera que a autuada 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 regular ciência do sujeito passivo, o que se pode constatar nos PAFs Nsº 2813940202/15-1; 2691333005/16-6 e 2813943015/16-6. Destaca que não houve a necessária e indispensável intimação regular para que se pudesse corrigir eventual irregularidade no termo de acordo.

Repete que auto de infração em tela, foi lavrado sob o fundamento de que a autuada não recolheu o ICMS devido por antecipação parcial, em razão de não ter direito a utilização do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00.

Reafirma que a Impugnante assim procedeu porque sempre teve direito ao benefício do Decreto nº 7799/00, concedido através do Processo SIPRO nº 158430/2006-6 e como não o denunciou e nem foi intimada de sua cassação pela SEFAZ/BA, para não utilizar a beneficia da Decreta nº 7799/00.

Assevera que a autuada comprovou que não teve conhecimento do motivo da cassação do termo de acordo, porque não foi intimada para proceder a sua regularidade, dizendo ser possível constatar tal assertiva nos processos de cassação do termo de acordo, juntado aos autos do PAF'S nº 2813940202/15-1; 2691333005/16-6 e 2813943015/16-6 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 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.

Aduz que, o que se pode constatar foi que o Fisco deu ciência ao Sr. Rodrigo A. de Souza, o qual diz a defesa ser pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional profissional ou mesmo parental da Impugnante.

Remata que pelo exposto, não se pode considerar inválido o referido TERMO DE ACORDO concedido através do PROCESSO SIPRO nº 158430/2006-6, em razão da inobservância da formalidade consistente na comunicação formal ao contribuinte. Cita e reproduz os artigos. 108 e 3º do RPAF/99.

Aduz que o Decreto nº 11.608, de 16/07/09, vigente a época da intimação da cassação do TERMO DE ACORDO concedido através do PROCESSO SIPRO nº 158430/2006-6, ou seja, em dezembro/2012, previa no artigo 3º, Parágrafo único, que a intervenção do sujeito passivo, quando

feitas por preposto, que este anexe prova de seu vínculo empregatício com o sujeito passivo.

Concluiu que nenhuma das formalidades que apontou foi observada na intimação que cassou o Termo de Acordo firmado pela autuada com a SEFAZ/BA em 2012.

Salienta que o lançamento do crédito tributário tem um rito, devidamente estabelecido pela legislação vigente que deve ser observado pelo fisco.

Destaca que sob o aspecto material, ou de mérito, cabe verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento das infrações ali arroladas, mas que do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, inexistindo hierarquia entre um ou outro aspecto.

Salienta ser procedimento regular do CONSEF a nulidade do procedimento administrativo quando o devido processo legal, independente da situação, não for observado, conforme diz ter sido o sentido das decisões nos ACÓRDÃO JJF N° 0017-01/18, ACÓRDÃO JJF N° 0197-04/16, dos quais reproduziu as ementas.

Reafirma que no momento da autuação, a Impugnante não havia sido sequer notificada da denúncia pelo Fisco de seu termo de acordo, e que por isso inexistia qualquer motivação para a lavratura do Auto de Infração, sem que fosse realizada a intimação pessoal, na forma do artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Tributário, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual irregularidade no cumprimento das condições do acordo.

Considera que em respeito ao princípio da ampla defesa, é forçoso reconhecer que houve ocorrência do cerceamento de defesa, pelo fato de não haver comprovação de que foi regularmente intimado da denúncia do termo de acordo, impactando diretamente na infração constante do auto de infração em apreço, devendo ser julgada nula a autuação em tela. Dizendo no sentido em que defende aponta as decisões do CONSEF nos acórdãos N°s 0197-04/16, 0102-11/16, 0029-06/16, 0015-11/15, 0183-01/17 e 0004-01/18.

Aduz que será nula a intimação quando não é realizada de acordo com a legislação, nos termos da intimação pessoal, na forma do artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Tributário, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual irregularidade no cumprimento das condições do acordo.

Por isso diz ser forçoso reconhecer a nulidade da intimação, haja vista que a Impugnante não foi regularmente intimada da denúncia do termo de acordo, fato que aduz ter impactado diretamente na infração constante do auto de infração em apreço.

Requer que este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decida pela nulidade total do Auto de Infração em tela.

O Autuante se pronunciou à fl. 92 e lembra que o termo de acordo foi cassado em virtude do contribuinte se encontrar em dívida ativa, indo assim de encontro com o que determina o inc. IV do § 1º no Art. 7-B do Dec. 7799/2000. E que a infração decorreu da cassação desse termo de acordo no processo de nº 158430/2006-6.

Em relação a alegação de houve a inobservância do devido processo legal, em decorrência da pretensa falta de intimação regular, diz que vai se abster de emitir opinião, pois, o processo de intimação se passa em outro setor administrativo.

Explica que a sua autuação se refere ao exercício do ano de 2015 e foi baseada no fato do contribuinte não possuir termo de acordo, sendo que somente a partir de 15/07/2016 o mesmo passou a ter o benefício fiscal de acordo com o Parecer Final de nº 19317/2016, constante do processo 012213/2016-2(fl.11).

Solicita que seja julgado procedente este auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das

formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Inicialmente, para fins didáticos, se faz *mister* um breve resumo dos fatos: o Auto de Infração em tela compõem-se de apenas uma acusação fiscal que diz respeito a exigência do ICMS devido por antecipação parcial, incidente na operação de aquisições interestaduais de mercadorias para fins comerciais, que não foi recolhido pela Impugnante.

Alegou a Impugnante que o imposto exigido na peça vestibular não foi recolhido porque imaginou estar, no período objeto da autuação, acobertada pelo benefício da redução de base de cálculo previsto no Dec. 7799/2000, o qual passou a fazer jus através da assinatura do Termo de Acordo concedido através do PROCESSO SIPRO nº 158430/2006-6. Explicou que estando operando com a redução da base de cálculo prevista no referido Decreto não haveria margem para aplicação da regra para recolhimento da referida antecipação parcial nas aquisições interestaduais com alíquota superior a 10%, citando como paradigma o Acórdão n.º 0005-02/18.

O Autuante informou que o termo de acordo foi cassado no processo de nº 158430/2006-6, em virtude do contribuinte se encontrar em dívida ativa, indo assim de encontro com o que determina o inc. IV do § 1º no Art. 7-B do Dec. 7799/2000.

Por sua vez a Impugnante afirma que nunca foi cientificada formalmente acerca da referida cassação do Termo de Acordo relativo ao Decreto 7799/2000, sem que houvesse a necessária e indispensável intimação regular para que, se pudesse corrigir eventual irregularidade no termo de acordo, pois afirmou que o Parecer Final de cassação do termo de acordo fl.88, que afirma também se encontra juntado aos PAFs n.ºs 2813940202/15-1; 2691333005/16-6 e 2813943015/16-6 se verifica que o Fisco deu ciência ao Sr. Rodrigo A. de Souza, o qual diz tratar-se de pessoa completamente desconhecida da autuada e sem qualquer vínculo funcional, profissional ou até mesmo parental. Fato que entende comprometer formalmente a concretude da denúncia do referido termo de acordo, tendo em vista que o procedimento de cientificação do referido ato administrativo não atendeu às exigências dos artigos 3º e 108 do RPAF/99 e cerceamento do direito de defesa, de modo que entende ainda estar sobre o manto do benefício fiscal inerente ao mesmo e, portanto, inalcançada pela obrigação do recolhimento da antecipação parcial do ICMS nexigida pelo auto de Infração em comento.

Assim deveria ser, pois conforme diz ser o entendimento deste CONSEF exarado no Acórdão n.º. n.º 0005-02/18, não haveria margem para aplicação da regra para recolhimento da referida antecipação parcial nas aquisições interestaduais com alíquota superior a 10%, pois em sendo assim não haveria antecipação parcial a recolher, haja vista que o Dec. 7799/2000 previa uma redução da base de cálculo nas saídas de mercadorias no percentual de 41,176%, que resulta numa carga tributária de 10% na vigência da alíquota interna de 17% e de 10,59% na atual alíquota de 18%, de modo que, por óbvio, só haveria antecipação parcial a recolher quando a alíquota incidente nas aquisições fossem de 7%.

Ultrapassado o escorço histórico afeto ao presente PAF, adentrando a preliminar de nulidade, fundada no argumento de que a Impugnante não fora cientificada da denúncia do Termo de Acordo relativo aos benefícios inerentes ao Dec.7799/00.

Nessa esteira afasto o referido argumento considerando que a denúncia do Termo de Acordo em tela se deu em 2012 a partir do Processo SIPRO nº 236322/2012-9, o qual além de ter por espeque o fato da Impugnante se encontrar com débito inscrito em dívida ativa, indo assim de encontro com o que determina o inc. IV do § 1º no Art. 7-B do Dec. 7799/2000, jamais pode alegar desconhecimento da cassação em tela, pois a mesma foi objeto de resistência por parte da Impugnante através do Pedido de Reconsideração de decisão administrativa que cassou o mencionado Termo de Acordo Atacadista, igualmente indeferido através do Processo SIPRO nº 220685/2014-7 (Parecer nº 944/2015), com ciência em 26.01.15. Portanto, é inexorável concluir que na data da lavratura do presente Auto de Infração que se deu em 13/03/2018 e se refere ao

exercício de 2015, não há se cogitar estar a Impugnante alheia à extinção do direito inerente ao Dec.7799/00, desde 2014.

Acrescento que, ainda que lhe fosse reconhecido o direito a fruição do benefício de redução da base de cálculo, descaberia o argumento de que não haveria incidência da antecipação parcial por conta de que esta não incidiria nas aquisições interestaduais com alíquota superior a 10%. Porquanto, conforme observei dos demonstrativos do levantamento fiscal as fls. 13 a 49, todas as aquisições de mercadorias objeto da autuação se deram com incidência da alíquota de 7%.

Destarte, voto pela procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0003/18-0**, lavrado contra a empresa **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$373.512,32**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR