

PROCESSO - A. I. N° 089008.0003/18-0
RECORRENTE - GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0191-02/18
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0241-12/19

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 n° 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 n° 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. 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 N° 0191-02/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 13/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$373.512,32, em razão de o contribuinte ter recolhido a menor o ICMS, pois utilizou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 14/11/2018 (fls. 98 a 102) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

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.

Incialmente, 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 n° 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 n° 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 científicação 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 nexida pelo auto de Infração em comento.

Assim deveria ser, pois conforme diz ser o entendimento deste CONSEF exarado no Acórdão nº. n.º0005-02/18, 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 científica 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 esquecer 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 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%. Por quanto, 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.

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. 108 a 118, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Alega a ausência de intimação regular da empresa quando da cassação do benefício fiscal, requisito indispensável para consubstanciar qualquer procedimento legal.

Vem com a sua alegação mediante a juntada do processo de cassação do termo de acordo, constante da Inspetoria 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.

Insta frisar que a Autuada já possuía termo de acordo para utilização de redução da base de cálculo nas vendas de suas mercadorias desde 2006, 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/99 para apoiar a sua tese de que não se pode considerar inválido o termo de acordo, regularmente concedido, através do PROCESSO SIPRO nº 158430/2006, em razão da observância formal ao contribuinte.

Conclui, portanto, que é nula a intimação quando não realizada de acordo com a legislação, nos termos do artigo 108 do RPAF, para fins de concessão de prazo para a regularização de eventual

irregularidade no cumprimento das condições do acordo.

VOTO

A Recorrente é acusada de “recolher 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, 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 88.

A Recorrente alega não ter sido científica da cassação do benefício fiscal, tendo informado que desconhece o autor da assinatura apostada na base do documento à folha 89, 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 que não teve conhecimento do motivo da cassação do Termo de Acordo, porque não foi intimada para proceder a sua regularidade. Tal assertiva se constata ao processo de cassação do Termo de Acordo, juntado aos autos do PAFs nº 281394.0202/15-1; 269133.3005/16-6 e 281394.3015/16-6, 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 algum empregado da empresa ou algum procurador ou representante legal, como contador, administrador ou até mesmo algum preposto da empresa, cmo se pode verificar na relação de empregados do ano de 2002. Não, 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.

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 71, 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 denunciação 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, e desobrigado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial”.

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 88 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. 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 11).

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 consta dos sistemas da SEFAZ/BA.

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.

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, realizar as suas vendas sem o gozo do benefício do Decreto nº 7799/2000.

Assim, é forçoso admitir que, à época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2015), a Recorrente já se encontrava com o benefício fiscal cassado. É igualmente verdadeiro que, em 13/03/2018 (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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089008.0003/18-0** lavrado contra **GE JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$373.512,32**, 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, 14 de agosto de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS