

**A. I. N.º** - 269193.0161/12-5  
**AUTUADO** - C & S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - GERALDO BARROS RIOS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**INTERNET** 07.08.2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0153-04/13**

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIO FISCAL ATACADISTA. DECRETO 7799/2000. TERMO DE ACORDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES PODERÁ TER BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. FALTA DE ESTORNO. O artigo 6º do Dec. 7799/2000 limita o crédito fiscal em 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias, cuja saída subsequente poderá ter a base de cálculo reduzida. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2012 exige ICMS de R\$7.874,30, acrescido da multa de 60% por falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, na condição de atacadista. Período: novembro 2008 a dezembro 2009.

Consta tratar-se de revisão ao Auto de Infração 269193.0146/10-0, recomendada pela 4ª JJF no Acórdão 0135-04/11. No período sob imputação, o contribuinte, mesmo sendo atacadista, renunciou tacitamente ao Termo de Acordo, praticando alíquotas normais tanto nas saídas quanto na apropriação de créditos nas entradas. Nessa condição cometeu irregularidades e foi autuado. O CONSEF considerou que sem a denúncia formal do Termo de Acordo, a SEFAZ precisa considerar as condições de tal Termo, previstas no Dec. 7799/2000. Assim, o contribuinte está sendo autuado por utilização de crédito nas entradas com alíquotas superiores àquelas prevista no referido decreto. Os demonstrativos que provam a irregularidade estão nos ANEXOS I.1. Os ANEXOS I.2 são planilhas auxiliares e os ANEXOS I.3 são documentos que caracterizam o ilícito (NFs de entradas e livro Registro de Entradas).

O autuado na defesa de fls. 43/44, transcrevendo o art. 100 do RICMS/BA, diz que observando os documentos de saída verificou que no período autuado nenhuma saída foi objeto de operação ou prestação com redução da base de cálculo, mesmo com as mercadorias citadas nos Anexos I.1 e I.2. Junta 72 NFs de saídas para exemplificar que usou as alíquotas correspondentes às mercadorias vendidas, conforme RICMS/BA e pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, na informação fiscal de fl. 131, diz que no período autuado o contribuinte renunciou tacitamente ao Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/2000, praticando alíquotas normais nas saídas e apropriou o crédito integral destacado nas NFs de entrada. Nessa condição efetuou algumas vendas com alíquota só permitida para atacadista com termo de acordo o que foi objeto de autuação pelo Auto de Infração 269193.0146/10-0 (infração 4). Na oportunidade, o autuado se defendeu invocando o fato de ser atacadista com Termo de Acordo, tese acolhida pelo CONSEF entendendo que sem denúncia formal do Termo de Acordo não há desenquadramento para gozo dos benefícios fiscais constante do termo, com indicação de renovação do procedimento fiscal para glosa do crédito fiscal apropriado em valor superior ao permitido pelo Dec. 7799/2000, sendo disto que exatamente cuida este Auto de Infração, razão pela qual estranha que, agora, o contribuinte defenda tese contrária à alegação feita no Auto de Infração anterior.

Conclui pedindo a procedência do auto de infração.

## VOTO

Como relatado acima, o Auto de Infração exige ICMS relativo a falta de estorno de crédito fiscal em face de utilização de crédito nas entradas com alíquotas superiores às previstas no Dec. 7799/2000 como demonstrado nas fls. 08-28 dos autos, em consequência de novo procedimento fiscal indicado pelo CONSEF tendo em vista a decretação de nulidade do valor exigido na infração 4 do AI 269193.0146/10-0 relativa a recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Naquele caso, tendo em vista que o contribuinte não operou sob as normas do Termo de Acordo que possuía, mas sob regime normal de apuração do ICMS, a fiscalização entendeu que “tacitamente” o contribuinte havia renunciado aos benefícios fiscais previstos no Dec. 7799/2000, exigindo apenas a diferença entre o ICMS devido e o apurado no regime normal de apuração do imposto. Por ocasião da defesa, o contribuinte alegou plena vigência do seu Termo de Acordo e que a fiscalização deveria considerá-lo para verificação de sua regularidade tributária, tese que, aceita, motivou a nulidade da exigência fiscal e representação para novo procedimento fiscal no que diz respeito à limitação do crédito tributário pelas entradas das mercadorias cujas saídas subsequentes podem ter sua base de cálculo reduzida (Cláusula 6ª do Dec. 7799/2000), situação a que se refere este auto de infração.

Neste caso, sem protestar os dados do levantamento fiscal, o Impugnante, juntando algumas NFs, disse que observando os documentos de saída verificou que no período autuado nenhuma operação se deu com redução da base de cálculo, o que, de fato, limitando-se aos exemplos juntados pelo Impugnante, se confirma nos documentos exemplificativos de fls. 50-128. Ocorre que, como veremos, a infração não se relaciona às alíquotas que o autuado aplicou nas saídas das mercadorias que comercializou.

Sendo contribuinte atacadista possuidor de Termo de Acordo que o credencia aos benefícios fiscais instituídos pelo Dec. 7799/2000 no período autuado, como bem frisou na impugnação da autuação anterior, na matéria autuada são as regras específicas do citado decreto que, precipuamente, rege a atividade comercial do sujeito passivo, mais precisamente os artigos, 7º, 1º, 3º-F, 5º e 6º, nas redações abaixo:

*Art. 7º do Dec. 7.799/00 com a redação dada pelo Dec. 10.066/06, efeitos de 01/08/06 a 23/12/10:*

*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.*

*Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo **poderá** ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:*

*I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);*

*IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).*

*Art. 3º-F, efeitos de 12/04/07 a 31/03/09:*

*Nota 2: Redação anterior dada ao caput do art. 3º-F pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07, efeitos de 12/04/07 a 31/03/09:*

*"Art. 3º-F. Nas operações internas realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, com as mercadorias relacionadas ao CNAE 4635-4/99 - comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo **poderá** ser reduzida em 55,55% (cinquenta e cinco inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento)."*

*Art. 3º-F do Dec. 7.799/00 com redação do Dec. 11.481/09, vigência a partir de 09/04/09:*

*Nota 5: Redação anterior dada ao caput do art. 3º-F pelo Decreto nº 11.481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, **efeitos de 09/04/09 a 31/12/09**:*

*"Art. 3º-F. Nas operações internas com as bebidas alcoólicas a seguir discriminadas, realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, destinados a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo **poderá** ser reduzida de tal forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento):*

*I - vinhos da posição NCM 2204;*

*II - bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo), misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, todos da posição NCM 2206;*

*III - aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples da posição NCM 2208."*

***Art. 5º** A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17% (dezessete por cento).*

*Art. 6º, efeitos de 01/08/06 a 23/12/10:*

*Nota 3: Redação anterior dada ao caput do art. 6º foi dada pelo Decreto nº 10.066, de 03/08/06, DOE de 04/08/06, **efeitos de 01/08/06 a 23/12/10**:*

*"Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, **não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.***

Pois bem, como já pontuamos, contra a autuação anterior o Impugnante alegou a existência e plena vigência do Termo de Acordo e, para o presente caso, de modo diametralmente oposto, sem apontar inconsistência nos dados do levantamento fiscal, alegou que não efetuou vendas com redução de base de cálculo no período autuado. Entretanto, a despeito disso e observando que o autuado confirma ter utilizado todo o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais de entrada, conforme normativa acima transcrita, tendo em vista a plena vigência do Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/2000, o crédito fiscal das mercadorias em que o sujeito passivo poderia ter reduzido a base de cálculo nas operações de saídas, conforme art. 6º, não poderá exceder a 10 (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Quanto à alegação de que não aplicou redução de base de cálculo nas operações de saída no período autuado, como acima grifado, os artigos 1º e 3º-F do Dec. 7799/2000, sem a isto estar obrigado, apenas reza que o sujeito passivo detentor de Termo de Acordo **poderá** reduzir a base cálculo tributável nas operações de saídas. Portanto, se neste caso o autuado não aplicou a redução agiu por mera opção de conveniência e isso não tem o condão para intimidar a disposição limitativa do crédito fiscal determinada no art. 6º do citado decreto.

Saliento que em razão da repercussão ou translação tributária característica do ICMS em que toda a carga tributária é bancada pelo consumidor final (contribuinte de fato), uma vez que em razão da não cumulatividade tributária, a empresa (contribuinte de direito) recupera o imposto pago pela aquisição e repassa ao adquirente da sua operação de saída o novo valor nela incidente, o autuado não sofre qualquer prejuízo em face da presente exigência fiscal. Portanto, a apropriação do crédito integral pretendido pelo autuado representa indevido aporte em seu caixa de valor de imposto pago pelo consumidor final (contribuinte de fato) uma vez que, no caso do ICMS, o

autuado atua apenas como mero repassador aos cofres públicos de um tributo cuja carga tributária é suportada pelo consumidor final.

Portanto, com fundamento no art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, constato que o sujeito passivo infringiu o art. 6º do Decreto 7799/2000, dispositivo legal em que reenquadro a infração, razão pela qual tenho como subsistente o valor exigido.

Infração procedente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269193.0161/12-5**, lavrado contra **C & S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.874,30**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, VII, “b” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR