

A. I. N° - 269101.0012/17-9
AUTUADO - LATICÍNIO MARIANNA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CÉSAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.04.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-02/18

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO N° 7.799/00. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, somente mediante assinatura de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia o contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2017, para constituir o crédito tributário no valor de R\$208.094,47, em razão de:

Infração 01 – 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, pois começou a usar os benefícios do Decreto 7.799/00, para Atacadista, sem a autorização prévia do Estado, ou seja, sem a assinatura do Termo de Acordo previsto no artigo 7º do citado decreto.

O autuado apresentou defesa, fls. 25 a 32, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente destaca a tempestividade da defesa.

Preliminarmente, destaca que o autuado reconhece ter utilizado o benefício da redução de base de cálculo concedido ao Atacadista, antes mesmo de ter firmado – formalmente – o Termo de Acordo junto ao Estado da Bahia.

Contudo, argumenta que ao assim proceder, não o fez por dolo de fraudar o Fisco Estadual, mas por desconhecer o procedimento formal para obtenção do benefício, e principalmente por necessidade de manter os preços por ele praticados dentro dos parâmetros de mercado, vez que os demais contribuintes que com ele concorrem, já utilizam o benefício fiscal.

Aduz que caso o autuado não fizesse a utilização do Benefício já em 2015, “certamente já estaria com suas portas fechadas”, vez que todos os demais concorrentes já usufruem do Benefício da Redução da Base de Cálculo, de sorte que jamais poderia concorrer em pé de igualdade com as demais empresas do segmento.

Salienta que, em que pese o Termo de Acordo somente ter sido assinado em Novembro de 2016, o requerimento junto à SEFAZ fora formulado desde Janeiro de 2016, pelo que – por culpa exclusiva do Estado, transcorreram-se mais de 11 (onze) meses até que o Termo pudesse ser definitivamente assinado.

Reitera que a utilização do benefício, antes mesmo de firmado – formalmente – o Termo de Acordo, se deu por imperiosa necessidade de se manter competitivo no mercado, caso contrário já teria encerrado suas atividades, passando a transcrever diversos princípios constitucionais, para fundamentar a sua tese, além de tecer comentários sobre benefícios fiscais.

Assegura que o autuado agiu em completa e absoluta boa-fé, utilizando o benefício por acreditar estar agindo da forma correta, por acreditar ter ele direito ao benefício fiscal vez que todas as empresas do segmento utilizam o benefício.

Ao final, requer pela improcedência da autuação ou que seja excluído o exercício de 2016. Por fim, requer, ainda, seja realizado o cadastramento do Patrono desta Defesa, conforme indica à folha 32 dos autos.

O autuante, fls. 51 a 56, ao prestar a informação fiscal destaca que o contribuinte em questão tem como atividade principal a Fabricação de laticínios - CNAE 1052000, e como atividades secundárias:

CNAE 4631100 – Comércio atacadista de leite e laticínios,
CNAE 4637104 – Comércio atac. de pães, bolos e similares, e
CNAE 4637199 – Comércio atac. especializado em outros
produtos alimentícios não especificados
anteriormente.

Ocorreu que o mesmo começou a usar os benefícios do Decreto para Atacadistas (Dec. 7799/00) sem a autorização prévia do Estado, ou seja, sem a assinatura do Termo de Acordo previsto no artigo 7º do Decreto.

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas **as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.**

No ano de 2016 o contribuinte protocolizou o pedido para a celebração do Termo de Acordo específico, porém, o seu pedido só foi deferido no dia 08/11/2016. Dessa forma, o direito à utilização do benefício só teve início a partir do mês de novembro/2016.

Nos exercícios de 2015 e 2016, o contribuinte usou indevidamente o benefício do artigo 1º do Decreto 7799/00, ao reduzir a base de cálculo em 41,176% nas vendas internas para contribuinte (CFOP 5102), de mercadorias adquiridas de terceiros, tendo provocado prejuízo ao erário.

Procedemos à reconstituição da apuração do ICMS de janeiro/2015 a dezembro/2015 e de janeiro/2016 a outubro/2016, com a tomada das seguintes providências:

- Efetuamos a tributação da parte da base de cálculo que não sofreu tributação devido ao uso indevido da redução em 41,167%, nas vendas internas para contribuinte (CFOP 5102), de mercadorias adquiridas de terceiros, e obtivemos mensalmente o valor do ICMS que foi deixado de se debitar;
- Inserimos os valores de ICMS encontrados no parágrafo anterior, no campo outros débitos no refazimento da apuração do ICMS;
- Expurgamos da apuração do ICMS os valores dos estornos de crédito usados na apuração original, derivados da aplicação das determinações do art. 6º do Dec. 7799/00.

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 e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Após a tomada dessas providências na reconstituição da apuração do ICMS, encontramos diferenças de ICMS a pagar em todos os meses em que a apuração foi refeita.

Vide Anexo 01:

- Demonstrativo da reconstituição da apuração do ICMS de jan a dez/2015;
- Demonstrativo da reconstituição da apuração do ICMS de jan a out/2016;
- Planilha com os Ajustes de débitos de ICMS de 2015 (Difal, Estorno de Crédito Dec 7799/00 etc.);
- Planilha com os Ajustes de débitos de ICMS de 2016 (Difal, Estorno de Crédito Dec 7799/00 etc.);
- Cópia do Termo de Acordo;
- Cópia do Parecer Final (data do deferimento do Termo de Acordo);

- Planilhas com os Livros de Saída mensais (jan/15 a out/16), onde constam os cálculos do ICMS sobre a parte da base de cálculo que não sofreu tributação devido ao uso indevido da redução em 41,167%, nas vendas internas para contribuinte (CFOP 5102), de mercadorias adquiridas de terceiros.

Obs.: Todos esses arquivos encontram-se gravados em mídia (CD).

Prosseguindo faz um histórico sobre o ramo de atividade do contribuinte.

Salienta que o contribuinte confessou ter utilizado o benefício antes da assinatura do Termo de Acordo e, compulsando a sua defesa, verificou que o levantamento fiscal que levantou o **quantum** a ser cobrado não foi contestado pelo mesmo.

Realça que em 2016 o contribuinte protocolizou o pedido de assinatura do Termo de Acordo atacadista, porém, teve a opinião da INFAZ Alagoinhas contrária à concessão, pelo motivo da atividade principal do contribuinte ser Indústria e, no entendimento da INFAZ, o benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto 7799/2000 é exclusiva para os estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o Decreto, e que a exceção para a indústria, segundo entendimento da INFAZ, é somente para as atividades relacionadas no artigo 3º do Decreto 7799/2000.

Informa que o contribuinte recorreu da decisão da INFAZ, a DPF encaminhou o processo à DITRI, a qual emitiu parecer concedendo o pleito ao contribuinte, contrário ao entendimento da INFAZ, conforme consta no parágrafo 8, do Parecer Final (fls. 17 a 18) emitido pela DPF.

Observa que o funcionário responsável pela assinatura do Termo de Acordo, assinou o Termo (fl. 16) e esqueceu de datá-lo, é tanto que, para utilizar a data da assinatura, teve que considerar a data do Parecer Final (10/11/2016).

Ao final, aduz que o contribuinte confessou ter usado o benefício da redução da base de cálculo antes da assinatura do Termo de Acordo e não contestou o levantamento fiscal, opinando pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de recolhimento a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, tendo a defesa justificado em vários princípios da carta magna, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Em sua defesa, preliminarmente, o sujeito passivo reconhece ter utilizado o benefício da redução de base de cálculo concedido ao Atacadista, antes mesmo de ter firmado, formalmente, o Termo de Acordo junto ao Estado da Bahia. Contudo, argumenta que ao assim proceder, não o fez para fraudar o Fisco Estadual, mas por desconhecer o procedimento formal para obtenção do benefício, e principalmente por necessidade de manter os preços por ele praticados dentro dos parâmetros de mercado, vez que os demais contribuintes que com ele concorrem, já utilizam o benefício fiscal.

Portanto, não resta dúvida que o autuado começou a usar os Benefícios Fiscais do Dec. Nº 7799/00 (Decreto para Atacadistas) sem a autorização prévia do Estado, ou seja, sem a assinatura do Termo de Acordo previsto no artigo 7º do Decreto, conforme reconheceu expressamente em sua peça defensiva.

Observo que o Decreto Nº 7.799 de 09 de maio de 2000, em seu artigo 1º, com a redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, estabelece que 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 o

citado 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%, desde que atenda as condições previstas na citada norma específica, dentre elas firma o acordo com o Estado da Bahia, mediante Termo de Acordo.

Segundo o disposto no artigo 7º, do referido decreto, a utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J, fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Portanto, o benefício fiscal é condicionado a que o contribuinte atenda, além de outras exigências, também assine do Termo de Acordo, motivo pelo qual não acolho os argumentos defensivos de que não tinha conhecimento do procedimento necessário, que não teria agido com dolo ou fraude e que o Estado teria demorado de autorizar, uma vez que a legislação específica que trata a matéria é bastante clara, ao estabelecer que para usufruir do Benefício Fiscal é indispensável a referida assinatura.

Pela mesma razão acima, também não cabe acolhimento ao argumento relativo a concorrência de mercado.

Ademais, tratando-se de norma de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, nos termos do art. 111 do CTN – Código Tributário Nacional, razão pela qual também não acolho o pedido de excluir da autuação o exercício de 2016.

Devo destacar que o argumento defensivo de que não teve intenção de fraudar o fisco, não é capaz de elidir a autuação, conforme previsto no § 2º, do artigo 40, da Lei 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Portanto, a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, somente para contribuinte com Termo de Acordo firmado, expressamente, com o Estado da Bahia, após a data da assinatura do referido acordo.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **269101.0012/17-9**, lavrado contra **LATICÍNIO MARIANNA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$208.094,47**, 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, 07 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR