

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0007/19-4
RECORRENTE - CARLOS RODRIGUES DE SANTANA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0103-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/21-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Restou configurado que as operações praticadas pelo autuado, no período autuado, não se encontravam amparadas por Termo de Acordo de Atacadista, na forma prevista pelo Art. 7º do Decreto nº 7.799/00. Rejeitada tanto a tese de mora da Administração Tributária, quanto à de isenção do produto pescado, por se tratarem de operações interestaduais, não estavam abrangidas pela isenção prevista pelo Art. 265, inciso II, alínea “e” do RICMS/BA, nem no benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário (fls. 364 a 372), em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em liça. Com isso, o Sujeito Passivo se viu desonerado, ao tempo da prolação de tal Decisão, do montante de R\$914,56, (fl. 355), em razão do acolhimento da prejudicial de decadência.

A notificação do presente Auto de Infração, lavrado em 13/03/2019, efetivou-se via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), em 30/04/2019, (fl. 24), constituindo crédito tributário de ICMS no valor de R\$160.383,45, ante a constatação da ocorrência de infrações atinentes aos períodos de apuração salteados ao longo dos exercícios fiscais de 2014, 2015, 2016 e 2017 - destaco os períodos de jan/2014, fev/2014, e abr/2014, abarcados pela decadência, sendo que não houve infração no período de mar/2014.

A única acusação restou enunciada nos seguintes termos:

Infração 01 – 03.02.05. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (...) Enquadramento Legal: Artigos 17 a 21; e art. 23 da Lei 7.014/96 (a depender da hipótese). Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Em julgamento que se realizou em 10/08/2020 a 4ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

Preliminarmente o autuado requereu a decadência parcial do lançamento, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 30/04/2014, data em que foi notificado do lançamento.

O CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado; o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco

verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Dito isto, e de acordo com o acima posto, se constata de imediato que, para o caso sob análise, não se aplica o regramento estabelecido pelo art. 173, I do CTN.

Isto porque o entendimento que vem prevalecendo neste órgão julgador é no sentido de que o lançamento por homologação é aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo, nessa condição, aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo se aplica aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte. A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso sob análise se constata que houve a declaração pelo autuado através do valor normalmente escriturado, com base na interpretação dada pelo mesmo à legislação tributária estadual, ao reduzir a base de cálculo em suas operações de vendas de mercadorias à luz do Decreto nº 7.799/00, o qual interpretou como aplicável às suas operações. Neste contexto entendo que ocorreu a homologação tácita do lançamento após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN, já que o autuado declarou o débito que entendeu como devido e não se configurou uma situação de dolo, fraude ou simulação.

Em vista do exposto, acolho o argumento defensivo, e considero decaído o direito da Fazenda Estadual em exigir crédito tributário referente aos meses de janeiro/14, fevereiro/14 e abril/14, nos valores respectivos de R\$360,03, R\$40,05 e R\$18,70, totalizando R\$418,48 tendo em vista que a notificação ao autuado do lançamento só ocorreu em 30/04/18, portanto, após decorridos 05 anos do prazo legal para o lançamento tributário.

Adentrando ao mérito da autuação em relação aos valores não alcançados pela decadência, ou sejam, a partir do mês de junho/14 até dezembro/17, que totalizam R\$159.964,67, o autuado arguiu a improcedência do lançamento ao argumento de que não há qualquer ilegalidade em seu procedimento na medida em que agiu observando os percentuais de redução de base de cálculo previstos pelo Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, já que exerce a atividade de atacadista a qual se enquadra no Anexo Único do citado decreto e, também que parte das operações indicadas na autuação se deram com mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, neste caso, pescados, consoante consta no Art. 265, inciso II, alínea “c” do RICMS/BA, cuja isenção perdurou até 31/05/2016.

Estes argumentos foram refutados pela autuante que em relação às operações abrangidas pelo Dec. nº 7.799/00, citado pelo autuado, asseverou que o mesmo só foi autorizado a reduzir a base de cálculo em suas operações através do Parecer nº 13.969/2018 de 24/04/2018, enquanto que a cobrança relacionada aos produtos pescados incidiu sobre operações interestaduais, as quais não gozavam do benefício da isenção.

Da análise levada a efeito nas peças constitutivas destes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos.

E isto fica evidente ao se observar que o argumento central do autuado está baseado no fato de que era beneficiado pela redução da base de cálculo de suas operações em conformidade com o Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000, o qual transcreveu integralmente, de onde se extrai:

“Art. 1º - Nas saídas internas de mercadorias 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 pessoa jurídica contribuinte do ICMS, a base de cálculo 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 referidas saídas corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento total:

I - 95% (noventa e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II - 80% (oitenta por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), até o limite de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais);

III - 70% (setenta por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja superior a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), até o limite de 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. 2º - O contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo anterior poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar.

(...)

Art. 7º - A utilização do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º 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.

(...)"

A autuante manteve o lançamento ao argumento de que o autuado só atendeu ao quanto estabelecido pelo Art. 7º acima transcrito, ou seja, só celebrou o Termo de Acordo com o Estado em 24/04/2018 consoante se verifica no mesmo, que em seu item 8, contém a seguinte conclusão:

"8 - A INFAZ BARREIRAS opina pelo DEFERIMENTO DO PEDIDO.

Dessa forma, somos pelo DEFERIMENTO da assinatura do termo de acordo e compromisso.

DEFIRO o pedido formulado através do Processo nº 108815/2017-2, ratificando o entendimento manifestado nos termos do parecer.

Este Termo de Acordo entrará em vigor na data de sua aprovação e terá validade até 31/12/2018, ou até a data da liberação final da análise do pedido de prorrogação, caso o contribuinte dê entrada em novo processo antes da expiração da vigência do presente Termo.

Encaminhe-se o processo à DAT SUL, para que seja dada ciência ao Interessado conforme preceitua o Artigo 108, do RPAF, aprovado pelo decreto 7.629/99, e posterior arquivamento".

Nestas circunstâncias vejo que, sem qualquer dúvida, as operações praticadas pelo autuado, até 31/12/2017, que antecederam ao citado Termo de Acordo, não encontram amparo no que preconiza o Art. 7º do Dec. nº 7.799/00, pois o autuado não havia aquela época celebrado o Termo de Acordo com o Estado, razão pela qual deve ser mantida a exigência tributária do presente processo.

No que pertine ao argumento de que houve exigência de imposto em relação ao produto pescados, que era isento até 31/05/16, vejo que o art. 265, inciso II, alínea "e" do RICMS/BA, assim se expressava:

"Art. 265 – São isentos do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

a) leite pasteurizado do tipo especial, contendo 3,2% de gordura, dos tipos A e B, e de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, contendo 2,0% de gordura (Conv. ICMS 25/83); decreto_2012_13780_ricms_texto.doc b) farinha de mandioca (Conv. ICMS 59/98); c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17); Nota: A redação atual da alínea "c" do inciso II do caput do art. 265 foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18. Redação originária, efeitos até 31/05/18: "a) arroz e feijão;". d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17); Nota: A redação atual da alínea "d" do inciso II do caput do art. 265 foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18. Redação originária, efeitos até 31/05/18: "a) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;".

e) revogada;

Nota: A alínea "e" do inciso II do caput do art. 265 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/06/16. Redação originária, efeitos até 31/05/16: "e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado";

Consoante acima se verifica a isenção era concedida nas saídas internas de pescado, enquanto se constata através das planilhas elaboradas pela autuante, a exemplo da constante à fl. 16, a exigência recaiu sobre as operações interestaduais, CFOP 6102, portanto, se tratam de operações não beneficiadas pela isenção prevista pelo art. 265 do RICMS/BA.

Nestas circunstâncias e por entender que os argumentos defensivos se apresentam ineficazes para elidir a acusação fiscal, consoante acima explanado, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$159.964,67, referente aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de junho/14 até dezembro/17.

Não foi interposto Recurso de Ofício, certamente por escapar do valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado por meio do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999).

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo ofereceu Recurso Voluntário reiterativo das teses defensivas:

- a) que a Autuada/Recorrente é beneficiada pela redução de base de cálculo de suas operações em conformidade com o Decreto nº 7.799, de 09/05/2000, tendo-o requerido em jun/2017 (Processo nº 108815/2017-2), devendo os efeitos do Termo de Acordo retroceder à data da protocolização do requerimento, pois “*Fere a lógica do razoável a Recorrente arcar com a lentidão e ineficiência do Estado da Bahia que demorou quase um ano para deferir tal pleito para gozo do benefício fiscal.*”;
- b) considerando que parte das operações internas relacionadas com a autuação tinha por objeto mercadorias beneficiadas com isenção, a exemplo de pescado (isenção que perdurou até 11/05/2016), por isso defende a não incidência do ICMS para essas operações;

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 04/05/2021 e por considerá-los devidamente instruídos pedi ao Senhor Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta de julgamento.

Trazidos à sessão de 14/10/2021, solicitei adiamento por uma semana para apreciar cópia dos autos do Processo Administrativo SIPRO nº 108815/2017-2, requisitada pelo Sr. Presidente via e-mail à INFAZ de Origem, para melhor apreciar as razões da Recorrente.

Trago os autos, pois, à sessão de 21/10/2021, para julgamento, oportunidade em que esteve presente o Dr. Marcos Pamplona com OAB/BA nº 22.798, sendo oportunizada a sustentação oral.

VOTO

O Recurso Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 em sua atual redação – RPAF/99), e o prazo recursal do art. 171 do mesmo diploma normativo foi observado, por isso dele conheço.

A despeito de incabível (e não interposto), o Recurso de Ofício, reconheço um pequeno lapso na pronúncia da decadência - matéria sujeita à apreciação *ex officio*, importante frisar -, em cotejo com a jurisprudência desta Câmara.

É que se a notificação do lançamento ocorreu dentro do mês de abril de 2019, (30/04/2019), considerando que a sistemática de apuração do ICMS em exame é a de periodicidade mensal, temos entendido que a notificação válida é eficaz para a constituição do crédito tributário atinente ao sexagésimo mês que antecedeu a notificação, ele inclusive. Ou seja, a notificação de lançamento operada em abr/2019, é eficaz para a constituição do crédito, pois o direito de a Fazenda Pública lançar (art. 150, § 4º do CTN), ainda é hígido até o período de abr/2014.

A despeito do disposto no art. 20 do RPAF/99 (“*A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato*”), constato que na circunstância concreta, este ajuste implicaria *reformatio in pejus*: uma vez que incabível o Recurso de Ofício, sem o Recurso Voluntário (interposto pelo Sujeito Passivo), seria inviável a reanálise do lançamento por esta Câmara, de modo que modificar nestas circunstâncias, para mais o valor lançado, seria conduzir o recorrente a uma situação pior à que se encontrava quando do julgamento em primeiro grau.

Prosseguindo no exame das razões recursais, e considerando o caráter reiterativo da peça recursal, a lide se resume a apreciar se agiu com acerto a 4ª JJF, ao rejeitar as duas teses defensivas: a) a aplicabilidade retroativa do Termo de Acordo para comerciante atacadista (Decreto nº 7.799/2000), para vigor desde a sua protocolização, em jun/2017, por uma eventual mora da Administração Tributária; e b) a exclusão dos demonstrativos de operações supostamente sujeitas à isenção, a exemplo das operações com pescados (até 31/05/2016).

As datas são relevantes para fixar o alcance do tema a ser decidido: se no lançamento há ocorrências mantidas desde abr/2014 até dez/2017, o objeto da primeira tese do Recorrente, se limita às ocorrências de julho a dezembro de 2017; do mesmo modo, a tese da isenção em relação a pescados (não há adução, senão genérica, de isenção para outras operações), só abrangeria, na narrativa do Recorrente, parte das ocorrências lançadas até mai/2016, não havendo insurgência quanto a ocorrências posteriores.

Tem razão a 4ª JJF, com espeque na Informação Fiscal, no que concerne às supostas isenções com

pescados. O Auto de Infração contempla operações destinadas a estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação (veja nos demonstrativos de fls. 15 e seguintes operações com o CFOP 6102, sendo certo que todas as operações com tal código iniciado em “6” referem-se a saídas ou prestações “para outros Estados”). A isenção em que se sustenta o Recorrente (art. 265, inciso II, alínea “e” do RICMS-BA/12), dizia respeito a operações internas. Portanto, a alegação não tem sustentação.

No que diz respeito ao pleito de “aplicação retroativa do Termo de Acordo”, por mora da Administração Tributária, admito que fiquei inicialmente impressionado com a tese do sujeito passivo, ao examinar a cópia dos autos do Processo Administrativo SIPRO nº 108815/2017-2.

Compulsando com mais detença os demonstrativos (impressos às fls. 52 a 340), constato que as mercadorias (queijos, linguças, mortadelas, salsichas), objeto das operações, são, em tese, abrangidas pelo Decreto nº 7.799/00, em seu anexo único.

Todavia, constato que também aqui todas as operações dos demonstrativos foram escrituradas sob o CFOP 6.102, isto é, saídas interestaduais.

Ora, nas saídas interestaduais é incabível a aplicação da redução de base de cálculo, que somente se aplica para operações internas (art. 1º do Decreto nº 7.799/00).

Portanto, considero prejudicado o exame da mora da administração tributária, já que ainda que se “aplicasse retroativamente o Termo de Acordo”, como pede a Recorrente, o lançamento estaria correto, cabendo-se verificar, na hipótese, e em outro roteiro de ação fiscal, se o Sujeito Passivo se apropriou, ou não, do crédito a que eventualmente faria jus.

Diante do exposto, concluo que também essa pretensão recursal não se sustenta.

Neste passo, sou pelo conhecimento do Recurso Voluntário e pelo seu NÃO PROVIMENTO, mantendo-se integralmente a decisão recorrida, isto é, de PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exclusão das ocorrências de jan/2014, fev/2014 e abr/2014 (não debatidas neste acórdão, diante do não cabimento de Recurso de Ofício).

Ao secretário da Câmara, para que proceda a juntada de cópia dos autos do Processo Administrativo SIPRO nº 108815/2017-2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0007/19-4**, lavrado contra **CARLOS RODRIGUES DE SANTANA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$159.964,67**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS