

PROCESSO	- A. I. N° 298628.0010/19-8
RECORRENTE	- OLIVEIRA DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS E ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0131-02/21-VD
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0339-11/21-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. DECRETO N° 7.799/00. TERMO DE ACORDO DENUNCIADO. NÃO PREENCHIDO REQUISITO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Indevida a redução da base de cálculo, prevista no Decreto nº 7799/00, por se tratar de contribuinte com Termo de Acordo cassado. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente com base no art. 169, I, “b”, do RAPF/99, contra a Decisão da 2ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0131-02/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 09/12/2019, para exigir ICMS de R\$168.626,31, relativo às competências de março a junho de 2019, sob acusação de que o contribuinte recolheu a menor o imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, visto que utilizou a redução de base de cálculo do Decreto nº 7.799/00 quando já estava com Termo de Acordo cassado.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações de méritos:

VOTO

[...]

Importante ressaltar que a defesa não contesta o levantamento, os valores exigidos, tampouco nega que utilizou o benefício da redução da base de cálculo do ICMS no percentual de 41,176% nas operações de saídas internas de mercadorias do estabelecimento, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, relacionados aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do anexo ao citado decreto, nas operações ocorridas entre março e junho de 2019, estando neste período com o Termo de Acordo, condição imprescindível para o usufruto do citado benefício, com a vigência expirada.

O fato de encontrar-se com o Termo de Acordo cassado, é de inteiro conhecimento do contribuinte conforme consta registrado no Sistema de Pareceres Tributários – CPT, tanto assim que tendo seu pedido de prorrogação da vigência do citado Termo de Acordo, indeferido, pelas razões esclarecidas pela GECON, em sede do cumprimento da diligência, que em 19/02/2018, através de seu preposto, ingressou com processo, manifestando-se sobre a cassação do benefício.

Saliento que as questões circunstanciais que orbitam a cassação do Termo de Acordo, trata-se de fatos que apesar de relacionadas com a lide, não consistem em questões que invalidam a exigência fiscal, haja vista que o contribuinte somente poderia usufruir do benefício, se o Termo de Acordo estivesse vigente, o que não se verifica neste caso.

Não obstante a clareza dos fatos apurados, foi decidido pelos membros desta Junta de Julgamento Fiscal, em homenagem ao princípio da verdade material, solicitar os esclarecimentos a DIRETORIA DE PLANEJAMENTO DA FISCALIZAÇÃO – DPF, que através da Gerência de Estudos Econômico-Tributários – GECON, que os prestou de forma precisa e esclarecedora.

Portanto, fato incontestável é que no período autuado, o contribuinte não poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo nas operações de saídas de mercadorias, por ter sido cassado o exigido Termo de Acordo, e assim procedendo, recolheu no período o ICMS a menos, cujos valores destas diferenças estão sendo agora exigidas.

Impende lembrar que nada há de irregular na cassação do Termo de Acordo, consoante as informações prestadas pela GERÊNCIA DE ESTUDOS ECONÔMICO-TRIBUTÁRIOS – GECON, que seguiu expressamente o que determina o Decreto nº 7.799/2000.

Para usufruir o benefício da redução da base de cálculo em 41,176% nas operações de saídas internas, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do anexo ao decreto, deve primeiramente encontrar-se regulamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS – CAD-ICMS sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único do citado decreto, art. 1º.

Outras condições estão previstas no art. 7º, §§ 1º e 2º do Decreto nº 7.799/2000, cuja redação vigente na época dos fatos, segue transcrito.

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 Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

§ 1º Somente será credenciado o contribuinte:

- I - que não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;*
- II - que esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;*
- III - que esteja em dia com a entrega da Escrituração Fiscal Digital – EFD;*
- IV - cujos sócios possuam certidão negativa de débitos tributários emitida pela SEFAZ.*

§ 2º O contribuinte será descredenciado de ofício quando deixar de atender a uma das condições previstas nos incisos do § 1º deste artigo.

Sendo que por iniciativa unilateral da Administração Tributária o contribuinte poderá ser desenquadrado através de denúncia do termo de acordo, conforme art. 7º-A, cuja redação foi acrescentada pelo Decreto nº 8.409, de 26/12/2002, com efeitos de 27/12/2002 a 07/12/2020:

Art. 7º-A. O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.

Destarte, não atendidas as exigências do supracitado decreto, estando o Termo de Acordo denunciado e o pedido de novo credenciamento indeferido pelos motivos expostos no relatório, a redução da base de cálculo das operações de saídas de mercadorias foi indevida resultando em prejuízo ao Erário.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão, o sujeito passivo, às fls. 128 a 131 dos autos, apresentou Recurso Voluntário onde aduz que inexistiu cassação ao Termo de Acordo regularmente deferido, eis que o DAT/DPF/GECES, na pessoa de Benedito Aparecido Ferreira, o intimou para que regularizasse pendências existentes relativas à sócia Deise de Menezes Santos quanto aos PAF nºs 850000.3865/15-6; 850000.4517/15-1; 850000.6193/18-3 e 850000.6248/18-2, inerentes à empresa MG Promoção e Representação de Vendas Ltda., assim como referentes à sócia Raquel Francisca Oliveira, no tocante ao PAF 850000.6193/18-3, relativo à empresa JLI Comercial de Doces e Bebidas Ltda.

Salienta que, devidamente intimado, protocolou junto à SEFAZ os necessários esclarecimentos acerca da notificação que recebera, informando que o débito relativo ao PAF 850000.6193/18-3 já estava parcelado e, com isso, sua exigibilidade suspensa na forma do art. 151 do CTN.

No que pertine aos PAF nºs 850000.3865/15-6; 850000.4517/15-1 e 850000.6248/18-2, diz que colacionou as alterações contratuais registradas na JUCEB da empresa MG Promoção e Representação de Vendas Ltda., que atestam que a então sócia Deise de Menezes Santos não mais integra o quadro societário da empresa desde os idos de 2015, bem como atestam que a mesma jamais teve responsabilidade tributária para com a empresa, esta exclusiva do sócio Magno Oliveira Rocha, *pessoa jurídica requerente*, de modo que eventuais pendências da pessoa jurídica não podem atingir a sócia cotista, desprovida da administração da empresa e, consequentemente, não é responsável tributária da mesma.

Salienta que a inexistência da responsabilidade tributária da sócia do contribuinte autuado foi reconhecida em Parecer da Procuradoria do Estado da Bahia, o que importa na inexistência de

quaisquer pendências a ensejar a cassação do Termo de Acordo do contribuinte, conforme se extrai da documentação (que diz anexar). No entanto, até a presente data, não houve decisão da SEFAZ acerca do protocolo realizado pelo contribuinte, em fevereiro de 2019, regularizando a pendência no prazo que lhe fora conferido pela SEFAZ.

Nesse esteio, segundo o recorrente, infere-se que inexistiu cassação do Termo de Acordo deferido ao contribuinte, o que induz à regularidade da escrita fiscal do mesmo a atestar a improcedência do Auto de Infração.

Em outra visão, o recorrente diz que a autoridade fiscal entendeu que houve redução da alíquota de saída tributável de mercadorias do estabelecimento autuado, tendo, para tanto, lançado o imposto a partir do valor cheio das mercadorias identificadas pela fiscalização. Contudo, a Instrução Normativa 56/2007, determina que se faça a proporcionalidade de cada período para, depois, seja aplicada a alíquota do ICMS para os produtos vendidos e que não foram tributados regularmente, do que anexa julgado do CONSEF, neste sentido, para, em seguida, concluir pela necessidade de baixar o feito em diligência para fiscal estranho ao feito aplicar a proporcionalidade prevista na IN 56/2007, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado da Bahia.

Por fim, requer que seja reformada a Decisão recorrida e, ao final, declarada a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que inexistiu cassação do Termo de Acordo deferido ao contribuinte, o que induz à regularidade da escrita fiscal e a improcedência da exação fiscal, vez que se encontra pendente de análise o pedido administrativo formulado pelo contribuinte dando conta da inexistência de quaisquer débitos da empresa e de seus respectivos sócios.

Sucessivamente, requer que seja declarada a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista a previsão normativa estampada na IN 56/2007 que determina seja feita a proporcionalidade para cada período para, ao depois, ser aplicada a alíquota do ICMS para os produtos vendidos e que não foram tributados regularmente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS de R\$168.626,31, inerente aos meses de março a junho de 2019, em decorrência da redução indevida da base de cálculo, prevista no Decreto nº 7.799/00, já que se encontrava com o Termo de Acordo cassado.

O recorrente diz inexistir cassação ao Termo de Acordo deferido, como também que, para exigência do imposto, caberia a aplicação da proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa 56/2007, para depois incidir a alíquota do ICMS sobre os produtos vendidos e que não foram regularmente tributados, já que encontra pendente de análise o pedido administrativo formulado pelo contribuinte dando conta da inexistência de quaisquer débitos da empresa e de seus respectivos sócios.

Como ínsito na Decisão recorrida, não obstante a clareza dos fatos apurados através do extrato INC (Sistema de Informações do Contribuinte), à fl. 12 dos autos, no qual informa “REVOGAÇÃO TERMO DE ACORDO ATACADISTA – PELO DEFERIMENTO”, com Parecer Final à fl. 108, com ciência pelo contribuinte em 21/03/2019, mas, em homenagem ao princípio da verdade material, o processo foi convertido em diligência pela JJF à DIRETORIA DE PLANEJAMENTO DA FISCALIZAÇÃO – DPF, que através da Gerência de Estudos Econômico-Tributários – GECON, às fls. 109, foi informado que:

1. O contribuinte autuado estava impossibilitado de usufruir da redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7.799/2000, entre 22/03/2019 e 30/06/2019, por ter o Termo de Acordo de Atacadista revogado?

Resposta: Sim, O contribuinte foi detentor da Redução da Base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7799/2000, entre 28/02/2018 a 31/12/2018 (Processo SIPRO nº 032786/2018-9).

2. Se no citado período, entre 22/03/2019 e 30/06/2019, o Termo de Acordo estava revogado, quais os motivos de tal medida?

O contribuinte em 18/12/2018, através do processo SIPRO nº 529937/2018-3, solicitou prorrogação de seu benefício fiscal e teve o seu pedido indeferido em 14/03/2019. Na época, a sócia DEISE DE MENEZES SANTOS possuía débitos inscritos na dívida ativa: PAF 850.000.3865/15 – Ajuizado, 850000.4517/15-1 Ajuizado e 850000.6248/18-2 – Dívida Ativa. Foi intimado pelo DT-e em 13/02/2019 a sanar a irregularidade que impedia o deferimento do processo e não atendeu a intimação. Com o indeferimento do pedido de prorrogação e estando o processo SIPRO nº 032786/2018-9 com vigência expirada, foi dada entrada no processo SIPRO nº 132544/2019-4 para revogar o Termo de Acordo do contribuinte.

3. Quanto ao processo que diz ter protocolizado em resposta a intimação da SAT/DPF/GECES, para regularizar pendências existentes relativas à sócia DEISE DE MENEZES SANTOS decorrente dos processos administrativos fiscais números 850000.3865/15-6, 850000.4517/17-1, 850000.6193/18-3 e 850000.6248/18-2, associados a empresa MG PROMOÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE VENDAS LTDA., foi analisado?

Sim. Trata-se do Processo 084593/2019-1, protocolado em 20/02/2019, que foi apensado ao pedido de prorrogação do benefício fiscal, processo 529937/2018-3.

4.Se positivo, qual a decisão?

Foi analisado, desconsiderado o Auto de Infração 850000.6193/18-3, que se encontrava parcelado, mas mantida a decisão de indeferir a prorrogação do benefício fiscal em razão da Certidão Positiva da sócia DEISE.

O contribuinte protocolou em 19/02/2018 através de seu Advogado Aurélio Feliciano Assunção Brandão Cirne, OAB/BA 19506, uma manifestação sobre a cassação do Termo de Acordo e anexou documentos relativos a alterações contratuais ocorridas na empresa MG PROMOÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE VENDAS LTDA. O entendimento da Procuradoria de que a Sra. DEISE não deveria ser responsabilizada pelos débitos da referida empresa não foi anexado ao processo nº 084593/2019-1. Na análise do processo, mantivemos o entendimento da responsabilidade da mesma pelos débitos da MG no período em que fazia parte do seu quadro societário e indeferimos o processo.

Acrescentamos ainda que o contribuinte desde 02/2017 tentava obter o benefício e seus processos indeferidos. Inicialmente por conta de encontrar inapta no cadastro da SEFAZ e depois em razão da situação da sócia DEISE, que foi retirada da empresa apenas para que o benefício fosse concedido. Logo em seguida ela tornou a fazer parte do quadro societário e hoje, novamente excluída porque se encontra com diversos PAFs em aberto.

5. Quanto ao fato de que os débitos relativos a um dos processos, nº 850000.6193/18-3, que segundo o contribuinte estava parcelado, foi assim considerado?

Foi considerado. No parecer 5575/2019 no processo SIPRO 529937/2018-3 que indeferiu o pedido de prorrogação, já constava a informação do parcelamento deste PAF.

Portanto, como bem concluiu a Decisão recorrida, incontestado o fato de que no período autuado, de março a junho de 2019, o contribuinte não poderia usufruir do benefício da redução da base de cálculo nas operações de saídas de mercadorias, por ter sido cassado o Termo de Acordo, cuja insurgência sobre a cassação do Termo de Acordo, às fls. 85 e 86 dos autos, foi objeto de avaliação pormenorizada através do Parecer Final que concluiu pelo indeferimento da assinatura do Termo de Acordo e Compromisso pelo Gerente da GECES e Diretor do DPF, em 14/03/2019, como consta às fls. 108 dos autos, com ciência ao contribuinte em 21/03/2019 (fl. 12), logo, não se encontra pendente de análise qualquer pedido administrativo formulado pelo contribuinte, como alega, cujo mérito não nos compete avaliar, eis ser aquele o rito processual próprio.

Inerente à alegação de que, para exigência do imposto, caberia a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, para só depois incidir a alíquota do ICMS sobre os produtos vendidos e que não foram regularmente tributados, equivoca-se o recorrente pois o aludido dispositivo legal, de emissão do Superintendente de Administração Tributária, visa orientar o procedimento fiscal, considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS do lançamento de ofício, quando apurada omissão de saídas *presumidas*, nos termos do §4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, o que não é o caso em análise, o qual diz respeito a operações de saídas tributadas e não presumidas, cuja base de cálculo foi indevidamente reduzida, por se tratar de contribuinte com termo de acordo cassado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão que

julgou o Auto de Infração Procedente, eis que as razões recursais são insuficientes à reforma do Acórdão recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **298628.0010/19-8**, lavrado contra **OLIVEIRA DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS E ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$168.626,31**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA- REPR. DA PGE/PROFIS