

A. I. Nº - 281394.0001/20-2
AUTUADA - PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.09.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-05/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. USO DESAUTORIZADO DE BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. DEC. 7.799/00. Cobrança decorre da ampliação do incentivo da diminuição da base imponible para operações com bebidas. O contribuinte não atendeu aos condicionantes legais previstos na norma para poder fazer uso do incentivo, agindo unilateralmente, à revelia do sujeito ativo. Pedido de nulidade afastado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De começo, vale ressaltar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Tem a presente cobrança o seguinte descritivo:

Infração 01 – 03.02.05: Recolhimento a menor de ICMS em virtude de erro na determinação da sua base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Entre 01.10.2016 e 01.6.2017 o contribuinte usou a redução da base de cálculo sem ter o Termo de Acordo de Atacadistas específico para bebidas.

Cifra histórica de R\$ 681.526,05.

Conduta enquadrada nos arts. 17 a 21 e 23 da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei retro citada.

Juntados na peça, entre outros documentos: CD contendo arquivos eletrônicos e demonstrativos analítico e sintético mensal dos valores autuados (fls. 07/13).

O sujeito passivo, em sua impugnação (fls. 14/34), faz a seguinte cronologia dos fatos:

Em 08.10.2008, iniciou suas atividades como atacadista.

Em 26.5.2009, teve deferida a celebração de termo de acordo para haurir os benefícios da redução de base de cálculo previstos no Dec. 7.799/00.

Em função da mudança do regime de tributação das operações com bebidas alcoólicas para o regime do conta corrente a partir de 01.10.2016, foi orientado a pedir a inclusão no Termo de Acordo já existente das operações com este tipo de produto, conforme comando do art. 3º-F do citado Decreto, providência tomada em 14.9.2016, formulário assinado pela sócia Leila Rondeli.

Em 14.12.2016, antes até do pronunciamento da SEFAZ acerca deste requerimento, a citada empresária retirou-se da sociedade, entrando outra pessoa em seu lugar, assinando novo pedido protocolado em 02.01.2017.

Em 21.12.2016, o primeiro pedido feito pela sócia retirante foi indeferido, sob a alegação de que a Sra. Leila Rondeli estava com certidão positiva de créditos tributários, haja vista a inscrição em

dívida ativa dos PAF's 298237.0901-03-0 e 299134.0103/03-7, em face de sua participação, de 21.7.1997 a 04.02.2000, na firma "Rondeli & Rondeli".

Em 27.12.2016, foi intimado de parecer fazendário da GECES, o qual declarou que, enquanto aguardava o posicionamento do contribuinte em relação às citadas dívidas, tratou a empresa de, no intuito de conseguir o benefício, retirar a sócia positivada dos seus quadros, de modo que, sendo ela a signatária do pedido, opinava pelo indeferimento do processo. Alega a referida parecerista: (i) o tratamento tributário para o regime especial pretendido não se aplica a contribuinte que possua sócio com crédito inscrito em dívida ativa; (ii) a empresária Leila Rondeli possuía certidão positiva em virtude de dívidas contraídas pela "Rondeli & Rondeli"; não tem o Estado a obrigação de conceder benefícios fiscais, ficando este juízo a critério da discricionariedade – conveniência e oportunidade pela prática do ato; (iii) à vista da retirada da sócia mencionada, "para não regularizar os débitos atribuídos às outras empresas" (sic.), a circunstância dela ter sido a peticionária do pleito do incentivo justifica o seu indeferimento.

Depois desta cronologia, sob o título "Inexigibilidade da cobrança e da imposição indevida do auto de infração" e tendo como subtítulo a alegação da existência de sócio com débitos positivados noutras pessoas jurídicas, afirma que inexistente qualquer norma na legislação de regência (RPAF-BA, art. 107-C, redação que vigorava à época da ciência do indeferimento, e Dec. 7799/00, art. 7º-B) que fixe como condição para aprovação do incentivo em pauta não ter o sócio débitos inscritos em dívida ativa, pertencentes a outras empresas. O impedimento só ocorria quando a dívida era da própria empresa pleiteante. E não pode ser estendida à figura dos sócios.

Sob o mesmo título e tendo como subtítulo a necessária distinção entre a empresa e seus sócios, aduz que, pela máxima jurídica de que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir, a pessoa jurídica tem personalidade jurídica distinta da dos seus sócios, absorvendo a primeira patrimônio, direitos e obrigações próprios. Se o ente tributante estabelece em regra legal os requisitos para aprovação de determinado favor fiscal, não pode o agente público alargá-los para outras situações, como condicionante para aprová-lo.

Sob o mesmo título e tendo como subtítulo a existência de certidão positiva de débitos da Sr^a Leila Rondeli em face de outra empresa, argumenta que desde 26.5.2009 possui termo de acordo de atacadista, deferido sem qualquer restrição na época em que já contava a referida senhora com a pendência fiscal na empresa "Rondeli & Rondeli", como participante dela entre 1997 e 2000, créditos tributários inscritos na dívida ativa desde 2005, conforme extratos anexos. Logo, se foi esta a razão para o atual indeferimento, nem mesmo originariamente deveria ter sido concedido o regime especial.

Sob o mesmo título e tendo como subtítulo o direito do contribuinte já detentor do benefício concedido antes poder usá-lo automaticamente para as operações com bebidas, independente de nova solicitação, pontua que a orientação fazendária para postular a extensão se mostra equivocada, na visão da interpretação conjunta do art. 1º do Dec. 7.799/00, combinado com o art. 1º do Dec. 16.987/16, pois este último diploma apenas deu nova redação ao dispositivo do primeiro decreto citado, eis que o termo de acordo originário era concessivo de regime especial para todas as mercadorias. Logo, a inclusão de novos tipos de mercadorias no art. 1º-F seria automática para quem já tivesse o termo de acordo, caso do autuado; inclusive o próprio Dec. 16.987/16 não exige que haveria a necessidade de postular a extensão, tampouco houve denúncia pelo fisco do termo de acordo anterior.

Sob o mesmo título e tendo como subtítulo pertencer ao campo discricionário a avaliação do agente público competente em conceder ou não o incentivo fiscal, a juízo da conveniência e oportunidade, traz à tona disposições da LC 24/75 (arts. 1º, parágrafo único, I e IV, e art. 12, § 2º) e do CTN (art. 178) para retratar que num primeiro impulso, é da discricionariedade do ente tributante oferecer benefícios fiscais mas, uma vez implantados por lei os seus requisitos e condições, uma vez concedidos individualmente, não podem ser revogados ao alvedrio da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da não surpresa tributária.

Sob o mesmo título e tendo como subtítulo a justificativa de que é suficiente para indeferir o pedido a circunstância da sócia retirante ter assinado o formulário, ressalta que foi em 14.12.2016 que se deu a retirada da Sra. Leila Rondeli do quadro societário, ao passo que só em 27.12.2016 é que tomou ciência do indeferimento do pedido. Então, como sustentar que a empresa retirou a sócia só para conseguir o benefício, se a retirada ocorreu antes do parecer pelo indeferimento? Ademais, confunde-se mais uma vez as personalidades jurídicas, pois o pleito foi efetivado pela autuada, pessoa jurídica, apenas representado na oportunidade pela sócia retirante, pessoa física. Ainda assim, em 02.01.2017, novo formulário foi apresentado, desta feita firmado pelo Sr. Carlos Eduardo Rondeli, pedido deferido em 26.5.2017, de sorte que a Fazenda Pública convalidou a situação, de indeferido para deferido, operando-se retroativamente os seus efeitos à data do primeiro pedido, qual seja, 14.9.2016, mesmo porque a empresa já era detentora do regime especial desde 2009. Como suporte à convalidação, cita e reproduz artigo publicado no site www.conjur.com.br.

Sob o título “Considerações Necessárias”, assinala que a autuação está desprovida de validade jurídica.

Sob o título “Quanto à outras equivocidades do autuante”, revela que o fisco, entre outubro de 2016 e maio de 2017, não considerou para efeito de quantificação dos créditos tributários os estornos, as devoluções e os retornos de mercadorias remetidas anteriormente em consignação.

Sob o título “Reconhecimento de parte da autuação”, aponta valores relativos a operações que não se referem a bebidas e nem de diferenças de imposto por conta do indeferimento do termo de acordo, acenando para o recolhimento de R\$ 466,93 em 2016 e R\$ 399,46 em 2017, demonstrativos à fl. 33.

À guisa de conclusão, requer realização de revisão fiscal por servidor estranho ao feito.

Apensados pela empresa: pareceres fazendários, requerimentos do termo de acordo assinados pela sócia retirante e pelo Sr. Carlos Eduardo Rondeli, relatórios de tramitação de processos administrativos, planilhas, DANFE's, DAE e comprovante de recolhimento parcial do auto de infração, além de CD contendo arquivos eletrônicos, entre outros documentos (fls. 35/167).

Em seu informativo (fls. 190/193), o autuante: (i) declara que o contribuinte não tinha direito ao benefício de redução de base de cálculo nas operações com bebidas alcoólicas; (ii) o parecer fazendário 12.486/2017 foi ratificado pelo diretor da DPF em 02.6.2017; (iii) transcreve a legislação referente às consignações mercantis (RICMS-BA, art. 334) aduzindo que as devoluções, retornos e estornos são efetivados através da emissão de notas fiscais de devolução emitidas pelo consignatário ou por notas fiscais de entrada do próprio consignante, sendo que tais situações não influenciam “em nada na apuração desta infração” (sic; fl. 193).

Tem a autuada ciência (fl. 199) das informações fiscais.

Resposta reiterativa do contribuinte (fls. 202/208), acrescentando a imprecisão do pronunciamento fiscal, cerceando o direito de defesa, e trazendo à baila dois julgados deste Conselho Julgador.

Em novo informativo (fls. 214/215), a auditoria declara que a irregularidade está claramente descrita na autuação, inexistindo motivo para se alegar que sua descrição foi genérica, a própria defendente relata com detalhes todo o procedimento pelo qual teve indeferido num primeiro momento o termo de acordo para bebidas alcoólicas, sendo de seu pleno conhecimento que não poderia reduzir a base impositiva antes da aprovação do pleito, além de dizer que descreveu a operacionalização legal das operações com consignação mercantil.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

É o relatório.

VOTO

Na segunda manifestação defensiva, já respondendo ao informativo da auditoria, sustenta-se a nulidade do lançamento de ofício por imprecisão do pronunciamento fiscal, cerceando-se o direito de defesa. Em verdade, a irregularidade está bem caracterizada no descritivo do auto de infração: cobra-se ICMS em virtude de o contribuinte ter reduzido a base de cálculo nas operações com bebidas alcoólicas, sem contar, todavia, com a autorização fazendária para assim proceder, a ser concretizada na celebração de acordo formal. A matéria foi bem compreendida pelo sujeito passivo. Tanto é que vários argumentos foram agitados na impugnação, com exercício amplo do direito de defesa.

Não há que se falar em nulidade.

Logo, do ponto de vista formal, o auto de infração obedece aos requisitos de lei. Inexistem pontuações pelo órgão de preparo de haver manifestos intempestivos. Princípios processuais administrativos também observados.

Também se indefere qualquer solicitação no sentido de converter o processo em diligência. Os elementos instrutórios presentes nos autos são o bastante para apreciar a controvérsia.

Com base em demonstrativos feitos à fl. 33, a autuada sinaliza pagar parte da exigência, no monte de R\$ 466,93 em 2016 e R\$ 399,46 em 2017. Verifica-se às fls. 178 e 179 guia e comprovante de recolhimento no importe de R\$ 1.133,00, totalizado a partir do principal de R\$ 866,39, acréscimos moratórios e/ou juros de R\$ 214,64 e multa por infração de R\$ 51,97, cuja tarefa de homologação haverá de ser feita pelo setor fazendário competente.

No mérito, a cronologia apresentada pela impugnante servirá para contextualizar no tempo a legislação a ser aplicada para o caso concreto e desfiar a construção deste voto, fundamental para o desate da questão.

A maior parte da autuação está compreendida entre outubro de 2016 e maio de 2017. Neste período, aos olhos do fisco, não estava o contribuinte protegido por termo de acordo para reduzir a base imponible nas operações com bebidas alcoólicas, cujas NCMs estivessem referenciadas na nova redação do Dec. 7.799/00.

Assim dispunha o art. 3º-F do citado Decreto, imediatamente antes dos fatos geradores afetados pelo lançamento de ofício, redação conferida pelo Decreto nº 11.923, de 11/01/10, DOE de 12/01/10, efeitos a partir de 12/01/10 a 30/09/16:

Art. 3º-F. Nas operações de importação do exterior com vinhos da posição NCM 2204, realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, a base de cálculo do ICMS importação e a do ICMS devido por antecipação poderá ser reduzida de tal forma que a carga incidente corresponda a 12% (doze por cento).

Veja-se que apenas os ingressos do exterior de vinhos classificados no código 2204 estavam contemplados no dispositivo, de forma que o ICMS importação e antecipação fosse pago com carga equivalente a 12%.

Posteriormente, em virtude de certos tipos de bebidas saírem da tributação antecipada, foi o art. 3º-F modificado, no sentido de que **novas modalidades de bebidas fossem abraçadas pelo benefício fiscal**. Eis o teor da norma com redação conferida pelo Decreto nº 16.987, de 24/08/16, DOE de 26/08/16, efeitos a partir de 01/10/16 a 15/06/17:

“Art. 3º-F. Nas importações do exterior e nas operações de saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, com bebidas alcoólicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208, exceto bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8% (NCM 2208.9), realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), observado o disposto no art. 7º” (destaques da transcrição).

Neste escopo, soa claro que o contribuinte necessitava pedir a **extensão** do incentivo fiscal para outros tipos de mercadorias, até então submetidas a um regime de tributação diferente.

Não se pode esquecer que a redução de base partia de um acordo de vontades entre o Estado e o contribuinte e, por enquanto, o ato volitivo **não englobava** as operações mercantis com as bebidas particularizadas no art. 3º-F.

Daí ter sido correta a orientação do órgão fazendário para o sujeito passivo solicitar a extensão do regime especial beneficiado de tributação. Daí a providência do autuado de formalizar o pedido em 14.9.2016. Note-se que a mudança do texto normativo foi publicada em agosto do mesmo ano, com efeitos em 01 de outubro, exatamente para dar tempo aos contribuintes tomarem as medidas cabíveis na espécie.

Por conseguinte, mostra-se incorreto o argumento defensivo de que, segundo o art. 1º do Dec. 7799/00 e o art. 1º do Dec. 16.987/16, a alteração legislativa visou apenas dar nova redação ao dispositivo do primeiro decreto citado. Em verdade, o Dec. 16.987/16 mudou o conteúdo do Dec. 7.799/00, **pois inseriu novas hipóteses para fruição do benefício**. Isto é, alargou a possibilidade para abranger novas operações mercantis e novas mercadorias – bebidas alcoólicas sob determinadas classificações fiscais e certas características.

Para viabilizar a concessão do favor fiscal, o legislador foi claro ao advertir que deverá ser observado o art. 7º do mesmo Decreto em comento, cujo conteúdo a ser considerado para o caso *sub judice* é o seguinte, redação conferida pelo Decreto nº 14.372, de 28/03/13, DOE de 29/03/13, efeitos de 29/03/13 até 06/05/19:

*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. (destaques de transcrição).*

Assim, à época dos fatos geradores alcançados pela autuação, as operações com os novos tipos de mercadorias referidos no art. 3º-F, para contarem com a base de cálculo reduzida, necessitariam de iniciativa do contribuinte para formalizar o pleito junto ao Estado, representado pela autoridade fiscal referida na norma.

Isto significa dizer que se um outro servidor fazendário, exercente de cargo distinto daquele mencionado pelo legislador, resolvesse assinar e celebrar o termo de acordo, seria ele considerado nulo de pleno direito, porque firmado por agente público incompetente.

O mesmo se pode dizer com relação ao representante da pessoa jurídica, a sócia Leila Rondeli. Foi ela quem externou e deu contornos formais ao pedido da empresa, conforme atestado no documento de fl. 37, até porque, naquela altura, era integrante dos seus quadros. Ao tomar conhecimento de que referida senhora **retirou-se** da sociedade empresária, não poderia a Bahia, pelas mãos do seu diretor, assinar ajuste algum, porque, do outro lado, naquele momento, não havia ninguém que pudesse manifestar a vontade em praticar as operações mercantis sob certas condições. **O ato quedaria nulo, sem força, inerte, incapaz de produzir efeitos jurídicos**. O acordo não poderia existir porque não havia quem pudesse acordar como legítimo representante do autuado. Seria até uma temeridade isto acontecer, com potenciais prejuízos para a própria empresa, pois não se sabia das circunstâncias em que o rompimento societário se deu – se litigioso ou amigável.

Assim, emergiu a necessidade de, demonstrado que a sócia Leila Rondeli saiu da empresa em 14.12.2016, ser **indeferido** o pleito inicial em 22.12.2016, por defeito de forma, **parecer e decisão do diretor juntos às fls. 194 e 195**, visto não ser ela a pessoa quem deveria pactuar o acordo, entrando em seu lugar Carlos Eduardo Rondeli, requerimento protocolado em 02.01.2017, conforme documento de fl. 40.

Por outro lado, age com acerto a defendente ao alegar que não havia na norma vigente na época dos fatos geradores exigência para que os sócios da empresa beneficiária estivessem “negativados” na dívida ativa, inclusive em face de débitos contraídos por participação em outras empresas. Neste particular, o parecer fazendário parece ter extrapolado o conteúdo normativo.

Nem se vê pertinência jurídica na afirmativa de que o ato concessivo decorre do poder discricionário do Estado, a juízo da conveniência e da oportunidade. Uma vez criado o favor fiscal, passa ele a ter regência na regra cogente, **com a delimitação de requisitos estipulados no diploma legislativo.**

Ainda que o ato dependa do encontro de vontades, celebração de termo de acordo – ou o seu espaçamento para alcançar outras operações e produtos -, há de se seguir o que é posto na norma como óbice para fruição do benefício, nada mais além disto.

Entretanto, há um ponto que foi despercebido na peça defensiva e que faz atrair o aspecto fundamental da questão: além destes argumentos, a parecerista mencionou que, em função da retirada da sócia signatária do requerimento, importante “**aspecto formal**” (sic; fl. 194) se encontra comprometido.

É que, a despeito do benefício perseguido pertencer à pessoa jurídica, alguém precisaria representá-la no momento da celebração e assinatura do termo de acordo, tal qual acontece no direito privado, com aplicação no direito tributário pelo permissivo contido no art. 110 do CTN, dentro de uma interpretação abrangente. Tanto assim é que o instituto da representação encontra disciplina no Código Civil, art. 115 e seguintes, cuja reprodução se faz relevante para melhor compreensão:

Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

...

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

...

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código. (Destaques da transcrição).

Tal raciocínio pode ser trazido nas relações jurídicas travadas entre o particular e o Poder Público, posto que no caso presente está se tratando de manifestações de vontade, de coincidência de intenções: da parte do contribuinte, ter para si a extensão de um favor fiscal; da parte do ente tributante, de admitir a desoneração parcial do ICMS, obedecidas algumas condições.

Induvidosamente, no instante da formalização do primeiro pedido, a Sra. Leila Rondeli, na qualidade de uma das donas, representava a autuada para obter o benefício da redução de base para os novos tipos de mercadorias contemplados no art. 3º-F do Dec. 7.799/00. Era ela, naquele momento, quem deveria firmar o termo de acordo.

Ao retirar-se da sociedade em 14.12.2016, **deixou a Sra. Leila Rondeli de representar a autuada.** O pedido da impugnante **perdeu** um requisito formal de extrema importância, qual seja, a condição jurídica de, em nome da empresa, postular a extensão do incentivo fiscal. Agiu com acerto o Estado em indeferir o pleito no dia 22.12.2016, logo depois da saída da sócia, portanto, suscitando o ingresso de novo pedido, assinado por novo empresário em 02.01.2017, agora legítimo representante da defendente.

Apoiou-se a Fazenda Pública nos comandos previstos no RPAF baiano, arts. 3º e 10, abaixo transcritos:

Art. 3º As petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo serão feitas:

I - pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, na forma como forem designados em declaração de firma individual, contrato social, estatuto ou ata de constituição da sociedade, conforme o caso;

...

Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

I - intempestiva, quando apresentada fora do prazo legal;

II - viciada de ilegitimidade de parte, quando assinada por pessoa sem capacidade ou competência legal para fazê-lo, inclusive em caso de ausência de legítimo interesse ou de ilegalidade da representação (destaques da transcrição).

Decididamente, não há que se falar em retroação de efeitos para a data do primeiro pedido porque dito pedido, no mundo jurídico, não mais existia, por vício formal intransponível, conquanto efetivado por pessoa que perdera os poderes de representação. A retirada da sócia na empresa invalidou formalmente o primeiro pedido efetivado.

Dito isso, é preciso saber agora se, **dentro deste novo pedido**, qual deverá ser o referencial temporal a ser considerado.

Neste contexto, a autuada – ela mesma - admite só ser possível ao sujeito ativo estabelecer condicionantes **que estejam circunscritos na norma**, conforme ressaltado à fl. 23, *verbis*: “Obviamente, cabe ao Fisco, através de ato normativo próprio, eleger as condições ou pressupostos para a concessão de benefícios fiscais. Mas, uma vez, estabelecidos, não pode, a administração, ou seus agentes, ampliar ou elastecer o seu sentido para exigir o que não está contido na norma regulamentar” (sic.).

Todavia, **é a própria norma regulamentar**, leia-se art. 7º do Dec. 7.799/00, que apresenta **condicionantes** para a concessão do benefício fiscal e celebração do termo de acordo - ou a extensão dos seus efeitos para abrigar novas operações, com novos tipos de mercadorias. Vale a pena reproduzi-lo outra vez, desta feita com os destaques cabíveis neste fio de raciocínio:

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. (Destaques da transcrição).

Note-se que, pela inteligência da norma retro citada, o uso da redução da base de cálculo para as operações com bebidas alcoólicas estava dependente, condicionado, só seria possível após a celebração de termo de acordo - ou sua renovação e ampliação cotejando estes novos fatos geradores.

Quer dizer: antes, a autuada não estava autorizada a reduzir a base impositiva nas transações com as bebidas mencionadas no art. 3º-F. Por ser um beneplácito fiscal, só poderia a empresa fazê-lo **depois** da formalização de termo de acordo para envolver também estas novas situações.

E isto só viria em 02/6/2017, consoante parecer trazido aos autos às fls. 196 e 197 que, ao final, **depois de análise e realização de diligências**, conta com o opinativo favorável à “assinatura do termo de acordo e compromisso, pelo prazo de 1 ano”, na voz da parecerista, e com decisão de deferimento do “pedido formulado através do Processo 000214/2017-3, ratificando o entendimento manifestado nos termos do parecer”, **na voz do diretor da DPF. Mesmo antes da celebração deste ato formal, preferiu o sujeito passivo, inadvertidamente, aproveitar-se unilateralmente do favor tributário, antes mesmo de existir o acordo de vontades, antes mesmo de ter sido satisfeita a condição normativa prevista no art. 7º do Dec. 7.799/00.**

Daí o acerto da autuação.

Idêntica condicionante existe para a aplicação das hipóteses previstas no art. 7º-B do Dec. 7.799-00, citado e transcrito pela autuada na sua peça defensiva, fl. 21, na redação aplicável para os fatos geradores circunscritos na autuação, aqui trazida tão-só para reforço de fundamentação:

*Art. 7º-B. Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que comercializa mercadorias **exclusivamente** via internet ou telemarketing, **poderá, mediante celebração de termo de acordo específico a ser firmado com o Estado da Bahia**, representado pela Secretaria da Fazenda através do **titular da DPF**, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes. (destaques da transcrição).*

No que respeita às consignações mercantis, é preciso lembrar que a cobrança repousa nas saídas tributadas com base de cálculo reduzida incorretamente. Nada tem a ver com devoluções ou entradas de outras espécies.

Isto posto, considero a autuação inteiramente PROCEDENTE, devendo o servidor fazendário competente homologar os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0001/20-2**, lavrado contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 681.526,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, acompanhado dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR