

**PROCESSO** - A. I. Nº 206969.0014/05-6  
**RECORRENTE** - BRASIL DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0479-01/05  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 07/06/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0229-12/06

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação não elidida. **b)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O pagamento antecipado do imposto relativo à mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária encerra a fase de tributação, sendo irregular o creditamento efetuado pelo autuado. Infração caracterizada. **b)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. O crédito fiscal destacado no documento fiscal pertence a estabelecimento diverso do autuado, não sendo admissível a sua utilização da forma como foi efetuada mesmo se tratando de estabelecimentos da mesma empresa. Infração subsistente. **3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO.** O autuado não estava autorizado a utilizar a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.488/98, posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.799/00, considerando a inexistência do Termo de Acordo exigido. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente, para condenar o recorrente do lançamento fiscal relativamente à infração 5, totalizando o valor de R\$2.013.416,94, acrescido de acessórios. As infrações objeto de impugnação apontam as seguintes irregularidades cometidas no período compreendido entre 01/01/2001 e 31/03/2005:

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a algodão e hastes flexíveis adquiridos com pagamento de imposto por substituição tributária. Total da Infração: R\$7.098,73.

INFRAÇÃO 3 - Apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS referente a veículos destinados a contribuinte diverso do indicado nas Notas Fiscais nºs 706840, 707359 e 706841. Total da Infração: R\$24.804,00.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher o ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2001 e 2002, janeiro, fevereiro, maio a outubro e dezembro de 2004. Total da Infração: R\$1.965.813,50.

Na defesa da conduta descrita na infração 2, sustenta o autuado que a agente fiscal se limitou em apresentar os créditos utilizados na entrada das notas fiscais e não a posterior tributação na saída dos mesmos produtos.

Contraditando a infração 3, reitera a lisura da postura empresarial, pois a nota fiscal foi emitida com alienação fiduciária ao Banco Ford S/A, sendo a adquirente a Brasil Distribuidora de Perfumaria e Cosméticos Ltda., portanto, configurando compra para o ativo imobilizado, como demonstra o DUT e os demais documentos comprobatórios.

Ilide a infração 5, ao fundamento do direito ao gozo da redução da base de cálculo, conforme determina o Decreto nº 7.488/98, modificado pelo parágrafo único através do Decreto nº 7.686 e conforme Termo de Acordo protocolizado sob o nº 0400991298485 de 29/11/1999.

Em que pese o indeferimento do requerimento de benefício em 28/03/2005, sustenta o autuado a validade e eficácia do mesmo, pois o Inspetor Fazendário quedou-se silente no decênio legal posterior à protocolização e não houve ciência regular do autuado, significando, segundo a perspectiva empresarial, o deferimento do favorecimento pleiteado.

Aduz irregularidade na ciência do indeferimento do pedido, a qual, enviada via AR em 15/03/00, retornou com o registro de “não procurado”, em 25/04/00. Sustenta, por fim, a ilegalidade da intimação editalícia, pressupondo, assim, a validade e eficácia do benefício da redução da base de cálculo.

Aventa a nulidade da infração 5, vez que o seu domicílio é certo e determinado, estando violados os Princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Pugna pela Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

Em réplica, o agente fiscal ressalva o reconhecimento empresarial da conduta descrita na Infração 2, na medida em que admite que adquiriu algodão e hastes flexíveis, mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária [retido pelo remetente das mercadorias ou pago antecipadamente pelo autuado], utilizando indevidamente crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entradas, conforme demonstrado no anexo “*Auditoria do uso de crédito fiscal do ICMS indevidamente*” (fl. 11).

Salienta que o autuado não cuidou de produzir provas no sentido da tributação das saídas posteriores foram tributadas, relacionando notas fiscais que demonstram exatamente a ausência de saídas tributadas. Ratifica a infração 2.

No que toca à Infração 3, afirma que o arrendatário dos veículos é estabelecimento distinto do autuado, com números de inscrições diversos, asseverando que o autuado não assume a condição nem adquirente nem arrendatário dos veículos e que estes não integram ou integraram o seu ativo imobilizado. Igualmente, reitera a apropriação indevida dos créditos fiscais, aludindo a demonstrativo de cópias de documentos fiscais e livro de registro de entradas.

Ao ratificar a Infração 5, refuta o direito ao gozo do benefício da base de cálculo mais favorável, ao fundamento da inexistência de Termo de Acordo válido e eficaz de atacadista com o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda. Confirma o indeferimento do Termo protocolizado pelo autuado, bem assim a regular ciência da Decisão da INFPAZ/Ilhéus.

Enfatiza o plexo probatório que ampara a autuação, aludindo a ausência de impugnação ao resultado do levantamento fiscal e documentos que o acompanham. Reitera a infração 5.

A 1ª JF, através do Acórdão JF nº 0479-01/05, julga Procedente o Auto de Infração, condenando o ora recorrente ao pagamento de R\$2.013.416,94, acrescido de acessórios.

De início, afasta a alegação de nulidade, asseverando que o PAF está revestido das formalidades legais, não havendo que se cogitar de subsunção aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No enfrentamento da infração 2, a JF entendeu indemonstradas as alegações empresariais, prevalecendo, neste diapasão, os termos da autuação. Destarte, segundo a instância primária, os

documentos fiscais traduzem, ao contrário da tese empresarial, ostensiva apropriação indevida de crédito fiscal, eis que o recolhimento do ICMS extingue a fase de tributação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Decide pela subsistência da infração 2, advertindo, contudo, *“que, caso possa provar as suas alegações de que as saídas foram tributadas, o que não fez no presente momento, poderá o autuado, em querendo, pleitear a restituição do valor recolhido indevidamente, obviamente observando o que dispõe o CTN e a Lei nº 7.014/96”*.

No exame da infração 3, a tese empresarial não encontrou repercussão na JJF. Sustenta o autuado a licitude do emprego dos créditos fiscais decorrentes de operações de aquisição de veículos com cláusula de restrição fiduciária em favor do Banco Ford S/A, compondo tais bens seu ativo imobilizado, consoante DUT e outros documentos.

Restou indefectivelmente provado nos autos, na perspectiva da JJF, que a situação fática evidenciada pelo plexo probatório concorre para respaldar a autuação, vez que *“o estabelecimento titular do crédito fiscal não é o estabelecimento do autuado, e sim outro estabelecimento da mesma empresa, porém, com endereço, inscrição estadual e CNPJ, totalmente diverso do autuado, sendo indevido o creditamento realizado. Portanto, caracterizada a infração.”* Preserva sem restrições a autuação.

No atinente à infração 5, reiterou a JJF a autuação. Abordou didaticamente o histórico da legislação que introduziu o benefício da base de cálculo minorada, assentando que tal legislação exigia o cumprimento de certas condições para viabilizar sua fruição, inclusive regularidade fiscal.

Entende descabidos os assertos empresariais pelos quais prevaleceria a unilateralidade, ou seja, protocolizado o Termo de Acordo sem pronunciamento do Inspetor no decênio subsequente e sem a correta ciência do contribuinte, equivaleria a declaração tácita de validade e eficácia do pleito.

Nas palavras do ilustre relator: *Ora, se a legislação estabelecia que a fruição do tratamento tributário dependia de Termo de Acordo, e excluía deste o contribuinte que se encontrasse em situação irregular, evidentemente que não ficaria ao talante do contribuinte utilizar-se do benefício, antes da manifestação da SEFAZ.*

*Obviamente, por ser um acordo, a manifestação das partes se torna indispensável, principalmente, considerando a existência de condições e procedimentos que seriam aplicáveis ao caso.”*

Conclui pela manutenção da infração 5, visto que inexistente instrumento legal, válido e eficaz, a subsidiar a tese empresarial.

A Decisão ‘a quo’ desafia Recurso Voluntário, tempestivamente interposto às fls. 1565 a 1567, alvejando apenas a infração 5.

Pretende o Apelante a reforma total do acórdão de base, reproduzindo a mesma tese esposada na impugnação oposta na instância inaugural. Pugna pela nulidade ou improcedência da autuação.

Reitera, assim, a validade e eficácia do Termo de Acordo, mormente para fins de usufruir do tratamento tributário mais benéfico, a teor do Decreto nº 7488/98 e os subsequentes, citados na peça recursal. Entende que fora prejudicado por erro cometido pela Administração, no que se refere à comunicação do indeferimento do pedido de gozo do benefício.

Alerta, adiante, que o PAF violara os Princípios do devido processo e do contraditório, e da ampla defesa, máxime quando admite que o indeferimento do petitório se deu em 28/03/2005, *“através de um manifesto.”*

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a douta Procuradoria, dignamente representada pela Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, às fls. 1571 a 1574, recomenda o Não Provimento do Recurso Voluntário.

Endossando a autuação, sustenta a Procuradoria que o não reconhecimento do Termo de Acordo multicitado encontra guarida nos Decretos n<sup>os</sup> 7488/98 e 7799/2000. Portanto, a conduta empresarial não possui qualquer amparo legislativo, pelo que caracterizada a infração descrita no item 5. Opina pela manutenção da autuação.

## VOTO

Acusa o recorrente em preliminar nulidade do procedimento fiscal, eis que inobservados o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, sem, contudo, fundamentar sua alegação de forma a viabilizar a dialeticidade.

Rejeito a preliminar suscitada, por não vislumbrar malferimento, no presente procedimento, dos Princípios indigitados. Todas as oportunidades, neste procedimento, foram criadas para a exteriorização da irresignação empresarial, pelo que o mérito deve ser prospectado.

O recorrente argumenta que é lítimo detentor do direito ao gozo dos benefícios introduzidos pelos Decretos n<sup>os</sup> 7488/98 e 7799/00, estando, portanto, recolhida escorreitamente toda a tributação relativa ao período investigado.

Fulcra-se em um Termo de Acordo estabelecido com a Administração Fazendária, cuja validade e eficácia residem na inoperância da Autoridade Fiscal em despachá-lo tempestivamente, bem como na ausência de cientificação idônea do indeferimento. Além de válido e eficaz, suscita a existência do Termo de Acordo, eis que instrumentalizado e devidamente protocolizado na repartição fiscal.

Preenchidos, na perspectiva empresarial, todos os requisitos de vigência do ato jurídico – existência, eficácia e validade.

O acórdão hostilizado, na esteira dos termos da autuação e do Parecer da d. Procuradoria, sustenta exatamente o oposto, pois seria temerário atribuir foros de eficácia e validade a um petitório protocolizado e indeferido. Apesar de autuado o pedido, mas sem a anuência formal do Estado.

Empresta ainda significativa relevância, para fins de revestir o Termo de Acordo da juridicidade imperiosa, o fato do Termo não submeter-se ao crivo imposto pelos citados Decretos consubstanciado no preenchimento das cláusulas e condições neles dispostas, inclusive a verificação da regularidade fiscal estadual.

Entende, assim, não satisfeitos todos os requisitos de vigência do ato jurídico, erigindo-se a *vexata quaestio* a existência, eficácia e validade do Termo de Acordo que lastreia a tese empresarial.

Penso, ‘*data venia*’, não assistir razão ao recorrente, posto que o Termo de Acordo encontra-se manifestamente desvestido de propriedades que lhe assegurem sua oposição ao fisco, máxime para impor um benefício fiscal, cuja fruição depende expressamente do atendimento de condições capitais.

A tese empresarial, no particular, se ressentida de fundamentação legislativa, cabendo ao contribuinte provocar reiterativamente um pronunciamento expresso da Administração sobre pleitos de extrema importância. Não vislumbro existência, eficácia e validade ao Termo de Acordo ora em evidência.

Primeiramente, rejeito a preliminar de nulidade e NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão ‘*a quo*’ por seus próprios fundamentos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.0014/05-6**, lavrado contra **BRASIL DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.013.416,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como ds multa fixa no valor de **R\$180,00**, prevista no art. 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS