

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 JJF nº 0479-01/05  
ORIGEM - INFAC IGUATEMI  
INTERNET - 07/06/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF 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 pesa 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 INFRAZ/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 JJF, através do Acórdão JJF 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 confrontamento da Infração 2, a JJF 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 inexiste instrumento legal, válido e eficaz, a subsidiar a tese empresarial.

A Decisão ‘*a quo*’ desafia Recurso Voluntário, tempestivamente interpuesto 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 dnota 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 nºs 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 lídimo detentor do direito ao gozo dos benefícios introduzidos pelos Decretos nºs 7488/98 e 7799/00, estando, portanto, recolhida escorreitamente toda a tributação relativa ao período investigado.

Fulera-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 científicação 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 ressente 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 NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão ‘*a quo*’ por seus próprios fundamentos.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 da 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 BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS