

PROCESSO - A. I. Nº 279919.0005/09-7
RECORRENTE - PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0054-04/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0140-11/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. REFEIÇÕES. O Decreto nº 10.072/06, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06, processou a Alteração nº 80 do RICMS, que, entre outras determinações, revogou o art. 32-B. Não acolhida a arguição de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.072/06. Infração caracterizada. Rejeitada a arguição de nulidade e ilegalidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão 4ª JJF nº 0054-04/10, em referência que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/06/2009, para exigir ICMS, no valor de R\$ 420.720,26, acrescido da multa de 50%, por imputar ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade:

“falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Utilizou benefício do Convênio ICMS Nº 26/03 e Art. 32-B do Decreto nº 6.284/97, revogado pela Alteração nº 80 do RICMS a partir de 16/08/2006, cuja aplicabilidade dependia da edição de portaria conjunta das Secretarias da Fazenda e da Administração (que não chegou a ser publicada). A condição resolutiva para aplicabilidade não foi satisfeita.”

A 4ª JJF proferiu Decisão, dirimindo o contencioso administrativo mediante a fundamentação a seguir transcrita :

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Utilizou benefício do Convênio ICMS 26/03 e Art. 32-B do Decreto 6.284/97, revogado pela Alteração nº 80 do RICMS a partir de 16/08/2006, cuja aplicabilidade dependia da edição de portaria conjunta das Secretarias da Fazenda e da Administração (que não chegou a ser publicada). A condição resolutiva para aplicabilidade não foi satisfeita.

Em sua defesa o sujeito passivo não nega o mérito da autuação. Entretanto questiona a aplicação da multa de 50%, da taxa SELIC, os juros e constitucionalidade do Decreto nº 10.072/06.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.072/06, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06, que processou a Alteração nº 80 do RICMS, que, entre outras determinações, revogou o art. 32-B, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Devo ressaltar que o Convênio ICMS 26/03 é uma norma autorizativa, ou seja, fica a critério de cada Estado conceder a isenção ou não. A possibilidade de concessão da referida isenção foi incorporada ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia pela Alteração nº 46, mediante Decreto nº 8665 de 27 e 28/09/03, publicado no Diário Oficial do Estado em 29/09/03, sendo posteriormente renumerado para o art. 32-B pela Alteração nº 47 (Decreto nº 8666 de 29/09/03, DOE de 30/09/03).

O referido convênio autorizou os estados signatários a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. O regulamento do ICMS do Estado da Bahia reproduziu as condições previstas no convênio para a fruição do benefício fiscal da isenção e acrescentou que deveriam ser observadas

as condições fixadas em ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração, ato normativo que não chegou ser publicado.

Portanto, mesmo quando estava em vigor o Art. 32-A, o benefício fiscal não poderia ser usufruído pelo sujeito passivo antes de ser atendida a condição prevista no próprio artigo, qual seja, publicação de ato normativo conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração. Como já ressaltai acima, o citado artigo do regulamento foi revogado pelo Decreto nº 10.072/06, não podendo ser acolhido a arguição de inconstitucionalidade do mesmo, uma vez que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Quanto a arguição de nulidade, alega o autuado que a multa de 50% é ilegal e por essa razão o Auto de Infração seria nulo. Essa alegação não pode ser acolhida, pois a multa aplicada encontra-se prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, fato que afasta o argumento defensivo. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Devo ressaltar que o Auto de Infração encontra-se revestidos das formalidades legais, não existindo nenhuma causa motivada para que fosse decretada sua nulidade como requereu o sujeito passivo.

No que concerne à aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e aos juros questionados pela defesa, ao contrário do quanto alega o recorrente, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do Art. 161, § 1º, do CTN, referenciado pelo recorrente, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispor de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Saliento que o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento em relação aos levantamentos que embasaram a constituição do lançamento tributário, nem questionou os números consignados no Auto de Infração. Como já ressaltai acima, o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento relativo ao mérito da autuação, tendo em sua defesa apenas apresentado questões relativas à inconstitucionalidade e nulidade que já foram analisadas e afastadas no início do voto.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o contribuinte interpôs súplica recursal, sem adentrar ao mérito da autuação, e repetindo os mesmos argumentos já expendidos em sua defesa inicial, quais sejam: a nulidade da multa de 50%, indicada pelo autuante, pois desprovida de embasamento legal; a ilegalidade da taxa de juros SELIC, que, em seu entendimento, não se presta como índice de atualização monetária, bem como índice de juros moratórios.

Acrescentou que, com relação à UFIR, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que todos os índices - TR, TRD e UFIR são ilegais, devendo ser aplicados o IPC ou INPC.

Destacou que o fisco ao aplicar o Decreto nº 10.072/06, violou o princípio da reserva legal, a teor do inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal. Transcreveu doutrina citando Odete Medauar e Valdir de Oliveira Rocha, concluindo que deve ser declarado nulo o acórdão recorrido. Ao finalizar, requereu a nulidade e a extinção do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, (fls. 154/157) por meio da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, opinou pelo provimento do Recurso Voluntário, sob o entendimento de que a matéria já foi decidida por este CONSEF, no Auto de Infração nº 1088830050069, acolhendo Parecer de sua lavra, o qual transcreve.

No Parecer exarado no citado Auto de Infração, a procuradora ressaltou que o contribuinte autuado logrou comprovar, pela juntada de diversas notas fiscais, que efetivamente concedeu desconto de 5% ao Hospital Geral do Estado, nos termos do artigo 2º do Decreto nº 8.665/03, e que, sendo o próprio Estado o beneficiário de tal redução, não poderia exigir o ICMS, pelo fato de o contribuinte ter reduzido o imposto estadual na mesma proporção, sob pena de se configurar um paradoxo.

Entendeu a procuradora que a inexistência de ato específico dos Secretários de Estado para fruição do benefício fiscal não pode ter impedido o contribuinte de usufruir do benefício fiscal, por não se constituir em condição *sine qua non*, uma vez que os substratos para a concessão do benefício fiscal, na situação em análise, são o Convênio ICMS 26/03 e o Decreto nº 8.665/03 que

preveem a necessidade de repasse, ao órgão estadual, do desconto e a indicação do referido desconto no documento fiscal, o que foi atendido pelo autuado naquele lançamento de ofício (Auto de Infração nº 1088830050069).

Concluiu seu Parecer afirmando que, considerando a similitude dos fatos, reitero o Parecer acima e opino pelo provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que o CONSEF acolheu tal entendimento quando do julgamento do Auto de Infração nº 1088830050069, julgando improcedente a infração.

Foi proferido despacho pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, (fl. 159), acolhendo as conclusões apresentadas no Parecer de fls. 154/157, asseverando que a matéria encontra-se pacificada no âmbito deste CONSEF, citando a Decisão prolatada nos autos da autuação de nº 1088830050069, cujo teor foi transcrito no opinativo, posicionando-se pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 160/162 foi apresentado novo Parecer, desta feita pela procuradora assistente em exercício, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, manifestando a sua discordância quanto à posição externada pelos dois procuradores os quais opinaram anteriormente nos autos deste PAF.

E, assim, discordou sustentando que, na Decisão que julgou o referido Auto de Infração nº 1088830050069, ficou comprovado o atendimento às condições para fruição do benefício fiscal previstas no Convênio ICMS 26/03, regulamentado pelo Decreto nº 8.665/03, o que não ocorreu na situação deste PAF.

Ressaltou que não vislumbrou, nestes autos, nenhum documento *“apto a comprovar que a repercussão financeira da isenção concedida pelo Decreto nº 8.665/03 tenha sido efetivamente repassada em favor deste Estado, mediante concessão de desconto da ordem de 5% (cinco por cento) sobre o preço de oferta”*.

Nesse cenário, concluiu que *“não nos parece possível conceder ao presente processo o mesmo deslinde verificado quanto ao Auto de Infração nº 108883.0050/06-9, à vista da inexistência de prova do atendimento às condições regulamentares exigidas para fruição do benefício fiscal”* e que *“grande parte dos fatos geradores observados no Auto de Infração são posteriores à revogação do Decreto nº 6.284/97, por conduto do Decreto nº 10.072, de 15/08/2006”, ou seja, “no momento da ocorrência dos fatos geradores, a isenção em questão já nem mais existia na legislação estadual”*.

Quanto às questões levantadas no Recurso Voluntário, argumenta que a multa de 50% encontra previsão no artigo 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, a saber, 50% do valor do imposto não recolhido nos prazos regulamentares, quando se tratar de operações escrituradas nos livros próprios.

Entende que não há justificativa para a alusão, pelo recorrente, quanto à norma de retroatividade benéfica, contida no artigo 106, II, “c”, do CTN, já que não há nenhuma lei posterior prevendo penalidade mais branda para tal infração.

Afirma que não merece guarida a irresignação do contribuinte quanto à utilização da taxa SELIC, já que se encontra expressamente prevista na legislação (artigo 102, § 2º, do COTEB), não sendo facultado ao órgão julgador a negativa de aplicação da lei.

Finalmente, diz que a Junta de Julgamento Fiscal decidiu com acerto ao observar que a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual não se inclui na competência dos órgãos que integram o CONSEF, a teor do RPAF/99.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas pelo recorrente pelas razões seguintes, acatando o Parecer da Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos:

A multa de 50% está prevista no artigo 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a infração apontada, devendo ser aplicada. Também a utilização da taxa SELIC encontra-se expressamente prevista na legislação (artigo 102, § 2º, do COTEB), não sendo facultado ao órgão julgador a negativa de aplicação da lei.

Do mesmo modo, vejo que não há justificativa para a alusão, pelo recorrente, quanto à norma de retroatividade benéfica, contida no artigo 106, II, “c”, do CTN, já que não há nenhuma lei posterior prevendo penalidade mais branda para tal infração.

Por fim, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual, a teor do RPAF/99.

No mérito, verifico que o recorrente não apresentou nenhum argumento ou prova que pudesse desconstituir o presente lançamento de ofício e, dessa maneira, concordo com o opinativo da Procuradora Assistente, em exercício, quando afirmou que a Decisão proferida por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal nos autos do PAF nº 108883.0050/06-9 (Acórdão CJP nº 0153-11/10) não pode ser aplicada a esta autuação, considerando que não foi acostado aos autos nenhum documento que pudesse comprovar que o recorrente, ora autuado, fazia jus ao benefício fiscal estabelecido no Convênio ICMS 26/03, regulamentado pelo Decreto nº 8.665/03.

O artigo 32-B do RICMS/97, regulamentando a isenção prevista no Convênio ICMS 26/03, assim dispõe (redação em vigor de 30/09/03 a 15/08/06):

Art. 32-B São isentas do ICMS as operações internas relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, observadas as condições fixadas em ato conjunto dos secretários da Fazenda e da Administração e desde que: (Conv. ICMS 26/03)

I - o valor de oferta do produto apresente desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, corresponda ao de oferta sem imposto, salvo alterações relativas a reajustes de preço autorizados pela legislação pertinente e previstos em contratos;

II - haja indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

Na situação sob exame, não restou comprovado o atendimento às condições postas na legislação para fuição da isenção, no período de janeiro de 2004 a julho de 2006.

Ademais, é de se considerar que uma parcela dos fatos geradores elencados neste Auto de Infração ocorreu a partir de 16/08/06, data em que o dispositivo regulamentar acima transcrito foi revogado pelo Decreto nº 10.072/06, deixando de existir o benefício fiscal.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 279919.0005/09-7, lavrado contra **PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$420.720,26**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS