

PROCESSO - A. I. Nº 1294230008/13-1
RECORRENTE - DISTAK COMPUTADORES LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – ÁCORDÃO 4ª JJF nº 0069-04/14
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0102-11/16

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Auto de Infração lavrado em flagrante cerceamento ao direito de defesa. Nulidade, cujo reconhecimento se impõe a teor do quanto previsto no artigo 18, inciso II do RPAF. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário, interposto contra os termos do Acórdão JJF nº 0069-04/14, através do qual os membros integrantes da 4ª JJF entenderam por bem julgar Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013, com o objetivo de exigir do ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 117.844,97 em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas em livros próprios no mês de agosto de 2013. Valor da exigência; R\$ 16.942,16;

02 – Recolhimento a menor do ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS no período compreendido entre janeiro e julho de 2013. *Valor da exigência: R\$ 100.902,81.*

Consta da descrição dos fatos que as irregularidades encontradas têm como base o fato de o estabelecimento está com a habilitação para operar no regime de diferimento baixada, nos termos do quanto consignado no Processo Administrativo de nº 249615/2012-2. Ainda segundo aponta o preposto Autuante, a renovação da Habilitação Cadastral para o Diferimento do ICMS foi indeferida em razão de o contribuinte não atender as exigências prescritas pelo Decreto nº 4.316/95.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações a fase instrutória foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 4ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 07/04/2014.

VOTO

Quanto ao pedido de anulação do presente lançamento ao apelo de equidade (folha 41), afasto-o na medida em que não comporta a esse colegiado avaliar a conveniência e oportunidade de se adotar determinado viés de política tributária, sendo mesmo vedado se fazer substituir aos órgãos da administração fazendária. Assim, o eventual efeito alavancador nas receitas tributárias são considerações de política legislativa, as quais fogem à alçada dessa junta.

Quanto à alegação da impugnante de que não tomou conhecimento do indeferimento da renovação cadastral, tal argumento somente caberia na hipótese de o benefício ter sido concedido por tempo indeterminado, o que não aconteceu, pois o inciso I do § 1º dispõe que a beneficiária deveria renovar a habilitação anualmente, para o que precisaria provar o preenchimento do requisito da proporção mínima, conforme dispõe o inciso II abaixo reproduzido:

“Art. 1º Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:...

II – produtos de informática, por parte de estabelecimento comercial filial de indústria instalada em Ilhéus ou por empresa controlada por indústria instalada naquele município, mesmo que tenham similaridade com produtos fabricados pelo referido estabelecimento industrial, observada a disposição do § 1º deste artigo.

III – produtos de informática, de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletro-eletrônicos, por parte de estabelecimento industrial, a partir de 1º de março de 1998, mesmo que tenham similaridade com produtos por ele fabricados, observado o disposto no § 1º, e na alínea "b" do inciso I do § 3º deste artigo.

...

§ 1º Para usufruir do benefício de que tratam os incisos II e III do "caput" deste artigo o contribuinte, devidamente habilitado para operar no referido regime na conformidade do art. 344 e seguintes do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, deverá:

I - renovar anualmente a habilitação concedida pela Secretaria da Fazenda;

II - comprovar que o faturamento total das vendas de produtos fabricados na unidade industrial eqüivale, no mínimo, aos seguintes percentuais do valor total do faturamento anual (grifos acrescidos):

...”

Assim, não havia motivos para a empresa nutrir expectativas de gozo permanente do benefício fiscal do deferimento, mormente pelo fato de que não tinha meios de comprovar o atendimento ao requisito previsto no inciso II do § 1º acima transcreto. Ao contrário, a permanência do benefício exigia de sua parte uma ação efetiva que viesse a justificar a prorrogação da situação jurídica constituída por períodos anuais. Assim, entendo que não merece acolhida a alegação de desconhecimento do indeferimento do pedido de renovação cadastral.

Quanto à infração 01, noto que a autuante fez a descrição dos fatos apontados como ofensivos à legislação tributária, tendo anexado o Demonstrativo “AUDITORIA DA CONTA CORRENTE - Infração 02.01.01” (folha 06), no qual relaciona os dados lançados na escrita fiscal da empresa Distak, cotejando com o valor apurado, além da base de cálculo e do ICMS devido e lançado na peça inaugural do presente processo.

Desincumbiu-se, assim, do ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, constitutivo do direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

Transferiu, com isso, o ônus processual à impugnante, a qual precisaria fazer prova dos elementos impeditivos, modificativos ou extintivos do crédito reclamado, a depender da estratégia defensiva que venha a ser adotada pela empresa, tudo em consonância com as regras do direito probatório, previstas nos artigos 332 e seguintes do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal conforme art. 180 do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

A autuada não negou a ocorrência do fato descrito no presente Auto de Infração, em que pese defendia ter se fundamentado em uma interpretação equivocada dos fatos. Admite, assim, a existência do fato que deu origem ao presente lançamento de ofício, qual seja, “a baixa da habilitação do diferimento”. Assim, não tendo negado a ocorrência da baixa em sua habilitação, tenho como provado esse fato, o que resulta na caracterização da infração.

Embora não tenha logrado êxito em opor um fato impeditivo do direito de lançar o crédito tributário, a autuada alegou e provou a ocorrência de um fato modificativo, traduzido na existência de créditos fiscais anteriormente não aproveitados, conforme prevê o art. 3º do Decreto 4.316/2013.

Em sua informação fiscal, a autuante acata as alegações defensivas, tendo refeito o demonstrativo de débito e reduzido o valor exigido de R\$ 16.942,16 (folha 06) para R\$ 6.433,02 (folha 213).

Intimada a manifestar-se, a impugnante nada mais opôs aos cálculos engendrados pela autoridade fiscal.

Sendo assim, entendo como caracterizada a infração 01 e acolho a redução do débito para R\$ 6.433,02.

Quanto à infração 02, noto que a autuante fez, igualmente, a descrição dos fatos apontados como ofensivos à legislação tributária, tendo anexado o Demonstrativo “AUDITORIA DA CONTA CORRENTE - Infração 03.01.01” (folha 07), no qual relaciona os dados lançados na escrita fiscal da empresa Distak, cotejando com o valor apurado, além da base de cálculo e do ICMS devido e lançado na peça inaugural do presente processo.

Desincumbiu-se, assim, do ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, constitutivo do direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

A autuada, igualmente ao que fizera com relação à infração 01, não negou a ocorrência do fato descrito no presente Auto de Infração. Admite, assim, a existência do fato que deu origem ao presente lançamento de ofício, qual seja, “a baixa da habilitação do diferimento”. Assim, não tendo negado a ocorrência da baixa em sua habilitação, tenho como provado esse fato, o que resulta na caracterização da infração.

Embora não tenha logrado êxito em opor um fato impeditivo do direito de lançar o crédito tributário, a autuada alegou, igualmente, e provou a ocorrência de um fato modificativo, traduzido na existência de créditos fiscais anteriormente não aproveitados, conforme prevê o art. 3º do Decreto 4.316/2013.

Em sua informação fiscal, a autuante acata as alegações defensivas, tendo refeito o demonstrativo de débito e reduzido o valor exigido de R\$ 100.902,81 (folha 07) para R\$ 63.514,08 (folha 212).

Intimada a manifestar-se, a impugnante nada mais opôs aos cálculos engendrados pela autoridade fiscal.

Sendo assim, entendo que restou caracterizada a infração 02 e acolho o novo demonstrativo de débito à folha 212, reduzindo, em consequência, o valor da infração citada para R\$ 63.514,08.

Quanto às considerações acerca da desproporcionalidade da multa, bem como acerca do pedido de sua redução, é importante que se diga que falece competência a essa Junta de Julgamento Fiscal, somente pode fazê-lo na medida em que a conduta não resulte em

descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 158 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, cujo texto vai abaixo reproduzido.

"Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo."

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

Como é possível constatar da análise do voto condutor do acórdão acima reproduzido, os membros integrantes da 4ª JJF, após apreciarem as razões de fato e de direito arguidas pelo sujeito passivo, tomando por base as conclusões a que chegou a próprio autuante na oportunidade em que prestou suas informações fiscais, julgaram Procedente em Pparte o lançamento de ofício reduzindo o valor da exigência consubstanciada nos itens 01 e 02 de R\$ 16.942,16 e R\$ 100.902,81 para R\$ 6.433,02 e R\$ 63.514,08, respectivamente.

Segundo consta do relatório de fls. 198/199, a redução do valor lançado decorreu do fato de o auditor autuante haver corrigido os demonstrativos originalmente elaborados de modo a considerar em seus cálculos o valor do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição no mercado interno de matérias primas destinadas à industrialização.

Irresignado com o teor da decisão de primeira instância o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, sustentando que é empresa habilitada ao regime de diferimento de que trata o Decreto nº 4.316/95 e que em 21/12/2012 apresentou pedido de renovação anual da habilitação ao diferimento, o qual deu origem ao Processo Administrativo de nº 129423.0008/13-1.

Aduz que a inspetoria o convocou para apresentar a relação de faturamento em janeiro de 2013, procedimento que atendeu prontamente, esclarecendo naquela oportunidade que o seu estabelecimento também praticava revenda e que o faturamento a ser considerado para fins do atendimento à exigência de que trata a alínea "d" do inciso II do § 1º do artigo 1º do Decreto nº 4.316/95 a exigência deveria corresponder apenas ao faturamento da atividade industrial.

Argumenta que só tomou conhecimento acerca do indeferimento quando da lavratura do Auto de Infração, não tendo sido intimada acerca de qualquer decisão até aquele momento. Afirma que o parecer que formalizou o indeferimento do seu pleito foi exarado em 04/10/2013 – data posterior à lavratura do Auto de Infração.

Diante de tais circunstâncias, requer o reconhecimento da improcedência do lançamento de ofício.

Sustenta adicionalmente que os produtos, cujas operações de vendas são objeto do lançamento de ofício, foram produzidos em 2012, período em que o estabelecimento não apropriou os créditos decorrentes das aquisições de matérias primas em razão de estar utilizando o regime de diferimento. Assim sendo, afirma que para a correta apuração do valor devido tais créditos necessitam ser levantados e devidamente apropriados.

Por derradeiro, questiona a aplicação da penalidade pecuniária, aduzindo ser ela injusta e desproporcional. Sustenta que agiu de boa fé e no período compreendido entre a data do protocolo do seu pleito de renovação de habilitação – 21/12/2014 – e a data da lavratura do Auto de Infração permanecia no aguardo da resposta da inspetoria fazendária de sua jurisdição. Requer o cancelamento da penalidade a teor do quanto previsto no artigo 159 do RPAF.

Instada a se manifestar acerca das razões recursais, a PGE/PROFIS (fl. 249) recomendou a conversão do feito em diligência a fim de que restasse melhor esclarecido o trâmite do processo

administrativo que culminou do indeferimento da renovação da habilitação, requerendo na mesma oportunidade a juntada aos presentes autos do inteiro teor do primeiro PAF.

Acatando quanto sugerido pela PGE, na sessão datada de 22/09/2014 esta Câmara determinou o retorno dos autos à Inspetoria de origem de modo que fossem prestados os seguintes esclarecimentos: **(a)** Qual a efetiva data de protocolo do pedido; **(b)** Por que o indeferimento só ocorreu em 04/10/2012 após a lavratura do Auto de Infração; e **(c)** Se no período compreendido entre 21/12/2012 – data do pedido – e 04/10/2013 – data do indeferimento – o contribuinte foi comunicado ou mesmo orientado acerca dos procedimentos que deveria adotar enquanto não definitivamente analisado o seu pleito.

Atendendo ao quanto designado, o auditor fiscal Autuante confirmou que o protocolo do pedido de renovação se deu em 21/12/2012, tal como atestou em seu Recurso Voluntário, informando *que o contribuinte, após ter sido intimado em 01/2013, ficou protelando a apresentação da documentação*, sendo formalmente intimado a demonstrar o cumprimento das exigências previstas no Decreto nº 4.316/95 em 14/08/2013.

Esclareceu ainda o preposto fiscal que o contribuinte *comunicado informalmente* que baixa da habilitação de deferimento se deu automaticamente em 14/01/2013, conforme consta do extrato do INC da SEFAZ (documento de fl. 08). Na mesma oportunidade anexou ao presente PAF os autos do processo administrativo originado com o pedido de renovação.

Atendida a diligência os autos retornaram à PGE/PROFIS que, através do parecer de fls. 284/285, ratificado pelo despacho de fl. 286, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

No entender do Procurador representante, as provas dos autos, notadamente os documentos de fls. 259, 271 e 272, evidenciam que conduta do autuante *fere mortalmente o princípio dos motivos determinante*, na medida em que o *Recorrente não foi formalmente intimado para regularizar sua pretensão, tendo sido a sugestão de arquivamento do pleito anterior à suposta comunicação para apresentar os documentos que se deu apenas em 14/08/2013*.

Nestes termos, tendo o Auto de Infração sido lavrado antes mesmo de o contribuinte haver sido intimado acerca do indeferimento, por parte da autoridade competente, que no caso dos autos ocorreu em 14/10/2013 (fls. 280), entende a PGE/PROFIS *que o contribuinte não pode ser responsabilizado pela falha da Fiscalização em praticar, a tempo e modo, os atos administrativos que lhe seriam exigíveis*, opinando, por conseguinte, pela decretação da improcedência do lançamento de ofício.

VOTO

O recurso é tempestivo pelo que o conheço e passo a análise das razões de fato e de direito nele aduzidas.

Da análise dos documentos carreados aos autos, notadamente aqueles trazidos com a realização do procedimento de diligência sugerido pela PGE/PROFIS resta indubitável que o presente lançamento de ofício foi realizado em detrimento à ampla defesa e ao contraditório.

Com efeito, como bem asseverou o nobre Procurador representante, a conduta do autuante afronta de maneira acintosa a teoria dos motivos determinantes, na medida em que, tendo o pleito de renovação da habilitação para operar no regime de deferimento sido indeferido após a lavratura do Auto de Infração, não é possível cogitar de convalidação posterior.

Em razão da inobservância da formalidade consistente na comunicação formal ao contribuinte, acerca do não atendimento aos critérios legais que lhe possibilitaria a continuar operando no regime de deferimento, em momento anterior ao lançamento, o administrado teve cerceado o

direito de impugnar o indeferimento ou de recolher de forma espontânea o imposto supostamente devido.

Nestes termos e diante de tais circunstâncias evidenciadas de forma incontestável nos autos, dou Provimento ao Recurso Voluntário, para, com fulcro no inciso II do artigo 18 do RPAF, reformar a decisão de base e julgar Nulo o Auto de Infração, devolvendo ao contribuinte o caráter de espontaneidade que naturalmente este faria jus após ter sido regularmente intimado acerca do indeferimento da renovação da habilitação para operar sob o regime de diferimento de que trata o Decreto nº 4.136/95.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para reformar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **1294230008/13-1** lavrado contra a **DISTAK COMPUTADORES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLLO NASCIMENTO – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS