

PROCESSO	- A. I. N° 206880.0005/14-7
RECORRENTE	- NOVA AMAZONAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0071-01/15
ORIGEM	- INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 27/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0340-11/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS REGISTROS NOS LIVROS FISCAIS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO N° 7.799 DE 9/5/2000. RECOLHIMENTO A MENOS. Torna-se irrelevante, se a *posteriori*, a Administração concedeu a autorização, pelo fato do contribuinte preencher as condições após ter negado em momento pretérito. Não há qualquer elemento jurídico que assegure a retroatividade da autorização. Por outro lado, não há de se falar em boa fé, sob a alegação de que Recorrente em nenhum momento foi informado da assinatura do Termo de Acordo, pois de antemão não poderia jamais utilizar o benefício sem se certificar que estaria autorizado, e deveria sim, procurar desde logo a confirmação da assinatura do Termo de Acordo para começar a operar. As três infrações são inteiramente procedentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em 11/05/2015 (Acórdão de fls. 238/48) que julgou Procedente, o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, com o lançamento de ofício no valor histórico de R\$2.113.626,88, acrescido de multa, em decorrência da constatação das seguintes infrações, relativas aos exercícios de 2010/2013:

1) Deixou de recolher ICMS em função da divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.739,00, acrescido da multa de 60%.

2) Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, nos meses de outubro a dezembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$226.876,02, com multa de 60%.

3) Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.869.011,86, com multa de 60%.

Após a apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que julgou Procedente por unanimidade, o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos, em resumo :

VOTO:

Inicialmente, o contribuinte autuado suscita a nulidade do lançamento de ofício por ausência de requisitos essenciais elencados no art. 39, VII, RPAF BA, por não constar no Auto de Infração as situações de redução da multa, caso optasse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentar defesa. Pede, em vista disso, a declaração de nulidade do Auto de Infração e consequente inexigibilidade das multas.

Reclama que não foram apresentados os demonstrativos e os levantamentos quantitativos, meios de prova essenciais à materialidade da infração suscitada, conforme também dispõe o art. 39, VI, além do art. 41, incisos I e II, ambos do mesmo regulamento de processo administrativo, evitando de nulidade os autos de infração lavrados pois desobedece ao art. 142 do CTN, cerceando o seu direito a ampla defesa. Pede a nulidade dos autos em face à violação do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e motivação dos atos administrativos e dos princípios da boa-fé, isonomia e verdade material.

No que entende ser razões de mérito, o sujeito passivo relata ter iniciado o processo administrativo que pleiteia a celebração de Termo de Acordo para redução da base de cálculo do ICMS (Processo nº 021846/2020-7), concedidas aos atacadistas, contribuintes inscritos no Estado da Bahia, conforme específica o Decreto nº 7.799/2000, e a autoridade do Fisco não procedeu à devida notificação ao contribuinte, violando princípios constitucionais fundamentais, além da legislação tributária em vigor e o Regulamento de Processo Administrativo desse Estado - RPAF BA (Decreto nº 7.629/99).

Reitera que não foi intimado da decisão que indeferiu o aludido processo, nos termos do art.108 e 109 do RPAF BA, do que tomou conhecimento somente após a lavratura do Auto de Infração em lide; pede que seja reconhecido o benefício da redução da base de cálculo, uma vez que preenchia todos os requisitos legais para a sua concessão, inclusive com 2 pareceres técnicos favoráveis e que, tal direito, sendo um ato declaratório, decorre da assinatura do Termo de Acordo, operando efeitos desde a publicação do Decreto Atacadista nº 7.799/2000, corroborando os lançamentos fiscais efetuados pelo contribuinte, não podendo prevalecer o parecer final. Assevera que as isenções propostas pelo decreto acima aludido tem caráter oneroso e não podem ser suprimidas livremente, a teor do art. 179, CTN e súmula 544 do STF.

Examinando os autos do presente processo administrativo fiscal -PAF, constato, antes, que não podem ser acolhidas as alegações de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, uma vez que o Auto de Infração foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99). O PAF está revestido das formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular, aos inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças que dão suporte às exigências, necessárias à defesa do autuado, que a pode exercer amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e intervindo nos autos, tantas vezes entendeu pertinentes. Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, aduzindo a sua motivação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato de constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública desse Estado.

Acerca dos demais questionamentos preliminares aduzidos, o direito não assiste ao autuado com relação à falta de apresentação dos demonstrativos e levantamentos, provas da materialidade da infração, conforme o seu argumento, tendo em vista restar provada a entrega de tais documentos, em mídia eletrônica, de acordo com declaração assinado pelo Senhor Domingos Reis Pinheiro de Brito, em 16.07.2014, acostada aos autos (fl.29). Sobre a ausência de enumeração, no Auto de Infração, das situações de redução da multa, possibilitando ao contribuinte, o recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa, também não logra êxito o autuado. Tal fato não conduziria à nulidade o Processo Fiscal, seja porque consta expressamente no campo "demonstrativo de débito" do Auto de Infração, fl. 08, a expressão "o débito acima está sujeito à correção monetária, acréscimos moratórios e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito", seja porque a própria Lei de ICMS do Estado estabelece os requisitos para redução das multas previstas por infração às normas do imposto, no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

A arguição sobre violação do devido processo legal, ausência de motivação e publicidade dos atos administrativos e ofensa aos princípios da boa-fé, da isonomia e da verdade material, serão abordados conjuntamente com a análise do indeferimento do Termo de Acordo, porque correlatos.

O sujeito passivo, por técnica de defesa, não apresentou razões individualizadas, em face às três infrações que lhe foram imputadas, porque entendeu que o "fato gerador" é o mesmo (inexistência de intimação quanto ao indeferimento da celebração do Acordo Atacadista), considerando que a ausência do benefício fiscal teria motivado a lavratura do Auto de Infração.

Em relação ao pleito para a celebração do Termo de Acordo para redução da base de cálculo do ICMS (Processo administrativo nº 021846/2010-7), conforme específica o Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2.000, nas operações de saídas internas de contribuintes inscrito com o código de atividade comércio atacadista, contudo, não obstante reiteradas afirmações do sujeito passivo de que não foi intimado da decisão que indeferiu o aludido processo, nos termos do art.108 e 109 do RPAF BA, tomando conhecimento somente após a lavratura do presente Auto de Infração, consta no sistema processual da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o seu

cadastramento, no dia 11.02.2010 e o correspondente indeferimento, na data de 13.05.2010.

A forma de intimação ao sujeito passivo ou de pessoa interessada, prevista no Regulamento de Processo Fiscal (Decreto nº 7.629/99), acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, além da intimação por Edital (art. 108).

Independente de constar no sistema de processos da Secretaria da Fazenda, a data da ciência ao contribuinte de indeferimento do Termo de Acordo, em 13.05.2010 e a declaração do Diretor da DAT SUL (fls. 231/233) de ter feito a devida comunicação através do e-mail cadastrado pelo próprio autuado, a afirmação do sujeito passivo de que não foi devidamente cientificado não faz prova a favor da tese da sua decisão de utilizar dos benefícios do Termo de Acordo, sem estar legalmente autorizado.

O legislação que aprovou o benefício da redução de base de cálculo, nas operações de saídas no comércio atacadista, na redação vigente no período tratada nos autos, estabelece que a utilização do tratamento tributário fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso (art. 7º do Decreto nº 7.799/00).

Justamente por isso, não se pode acatar, os diversos argumentos do contribuinte de houve defeito na forma de comunicação do indeferimento do seu pedido, em ofensas aos vários princípios que devem reger a relação jurídica entre a Administração Pública e seus contribuintes, sobretudo, no caso em concreto, quando as infrações que originaram o lançamento de ofício e a consequente constituição do crédito tributário, segundo o próprio autuado, surgiram da utilização indevida dos benefícios do Termo de Acordo Atacadista, no entendimento que preenchia todos os requisitos legais para a sua concessão.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a posição segundo a qual a redução da base de cálculo equivale a uma isenção parcial, para fins de utilização de créditos do Imposto sobre a circulação de bens e mercadorias (ICMS). A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 635.688/RS, de 16.10.14, com repercussão geral reconhecida, julgado em conjunto com o RE 477.323, restando vencido o ministro Marco Aurélio, para o qual há uma diferença entre isenção e redução de base de cálculo.

Dessa forma, no caso em concreto, diante de uma espécie de isenção, que é causa de exclusão de crédito tributário (art. 176, CTN), demarca-se uma situação em que se configura tratamento diferenciado entre contribuintes, sendo da essência dessa norma exonerativa a estipulação de desígnios razoáveis ou de requisitos a serem observados para a fruição do benefício. Não obstante as razões defensivas, assegurando que a redução da base de cálculo do ICMS do Decreto nº 7.799/00 tem caráter oneroso e não podem ser suprimidas livremente, assim não me parece.

As isenções onerosas têm assento no art. 178, CTN, e são aquelas que se sujeitam a prazo certo e, cumulativamente, a determinadas condições. Esta isenção, sim, não pode ser revogada, em face da segurança jurídica e do instituto do direito adquirido que correm em favor do contribuinte (art. 5º, XXXVI, CF 88; art. 41, ADCT; Súmula 544).

A isenção em caráter individual decorre de restrição legal do benefício às pessoas que preencham determinados requisitos, de forma que sua fruição dependerá de requerimento endereçado à administração tributária no qual se comprove o cumprimento dos pressupostos legais, conforme previsto no art. 179, CTN. É nesse tipo de isenção que se insere o Decreto nº 7.799/00, em debate.

O Termo de Acordo específico que deveria ser celebrado como condição para a redução da base de cálculo do Decreto 7.799/00, cuja cópia foi anexada pelo autuado, fls. 80/81, sequer foi assinada pela autoridade fazendária competente, significando que não houve, de fato, um acordo, nesse sentido, entre o contribuinte autuado e o Governo do Estado da Bahia.

Portanto, completamente equivocada a pretensão do autuado aos benefícios aludidos, sustentando que tal direito, sendo um ato declaratório, decorre da assinatura do Termo de Acordo, operando efeitos desde a publicação do Decreto Atacadista nº 7.799/2000, corroborando os lançamentos fiscais efetuados. Seja porque não houve a assinatura do Acordo, justamente porque o autuado estava na situação de contribuinte inapto, na data do requerimento formulado, conforme prova o documento de fl. 68, requisito que o inabilitava ao Acordo; os dois pareceres intermediários que, segundo o autuado, foram favoráveis ao seu pleito, não são conclusivos, mas apenas informativos e intermediários, como sugerem o próprio nome. O Parecer Final foi pelo Indeferimento do Pedido, justamente por problema na consignação do nome do representante da empresa, além da situação de inaptidão, antes mencionada.

Dante da exposição retro mencionada, concluímos que houve equívoco do contribuinte no planejamento de seus negócios e inicio de suas atividades empresariais no Estado da Bahia, usufruindo dos benefícios fiscais do Decreto nº 7.799/2000, sem que houvesse concluído o Acordo com o Governo do Estado da Bahia. A alegação de ausência da notificação de indeferimento do Termo Atacadista (processo nº 021846/2010-7) não se mostrou

capaz de justificar a utilização indevida dos benefícios tributários pela ausência da necessária concessão ou reconhecimento do benefício por despacho da autoridade administrativa, em requerimento do interessado com a prova de preenchimento das condições previstas no contrato, conforme estabelece o art. 7º do Decreto nº 7.799/00.

Em agindo assim o contribuinte, restaram caracterizadas as infrações lançadas no presente processo administrativo fiscal, no valor de R\$2.113.626,88 e PROCEDENTE é o competente Auto de Infração.

Inconformado com o resultado do julgamento, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário nos seguintes termos, em resumo:

A empresa contribuinte tem conduta ilibada, sendo que, apura seus tributos na modalidade lucro real e atua no seguimento de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral há muito tempo, com matriz sediada na Capital do Brasil, sendo que, foi aberta filial no Estado da Bahia, com mesmo objetivo da matriz e tendo iniciado as suas atividades somente em 2010.

Todavia a Recorrente, antes de realizar negócios jurídicos de aquisição de mercadorias, no dia 11.02.2010 requereu a celebração do Termo de Acordo, esculpido nos termos do Decreto n.7.799/2000, a fim de adoção de redução na base de cálculo do ICMS, eis que a empresa Recorrente possuía e possui todos os requisitos para fruição do benefício.

Devido a isso, a Recorrente instruiu o Processo nº 021846/2010-7 com toda a documentação necessária para deferimento do pleito, inclusive, com prova de sua condição de signatária do termo de acordo. Tanto é verdade que passou a enviar para repartição fazendária do seu domicílio, o arquivo magnético com todas as informações de entrada e saída, além de sua escrita fiscal, desse modo, respeitando a cláusula terceira do termo de acordo atacadista.

A Recorrente desde a data do início de suas atividades até Dezembro de 2012 enviou suas informações fiscais através de DMA's, após a referida data passou a enviar por meio eletrônico, assim o Fisco sempre teve ciência de sua condição de signatária do Termo de Acordo. Ademais, a Recorrente ao passar pelas barreiras alfandegárias do Estado da Bahia teve suas notas carimbadas, o que demonstra de forma inequívoca, o conhecimento prévio da Fazenda Estadual sobre o recolhimento com o benefício fiscal.

Porém, em relação ao Processo Administrativo nº 021846/2010-7, a Recorrente jamais recebeu qualquer informação oficial, apenas soube da existência de dois pareceres favoráveis ao benefício fiscal ao entrar em contato com a INFRAZ de Bom Jesus da Lapa, com isso, começou as suas atividades no Estado da Bahia, utilizando-se do benefício fiscal, tanto é verdade, que sempre recolheu seus tributos usufruindo dos benefícios do Decreto nº 7.799/2000.

Acontece que, após anos e anos de recolhimentos tributários e de pleno exercício de atividades empresariais no Estado da Bahia, a Recorrente restou surpresa com a lavratura de Auto de Infração vergastado. O combatido Auto de Infração fiscalizou o período compreendido entre 15/01/2010 a 31/12/2013, sendo que, foram impostas 03 infrações, em razão de suposta utilização indevida de crédito fiscal, divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios e suposta utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Ocorre que, no caso em tela, o Auto de Infração, *com a devida venia*, é conflituoso, já que, não considerou o termo de acordo firmado com a empresa recorrente que estabeleceu redução na base de cálculo do ICMS.

Contudo há de se observar que houve 2(dois) pareceres técnicos favoráveis ao deferimento, sendo que, um emitido pelo servidor Riolando Rodrigues Barbosa, no dia 18.02.2010, às 16:01 e o outro exarado pelo servidor Luiz Antônio Alcântara Tanajura, no dia 21.04.2010 às 08:57, restando certificado que o contribuinte, ora recorrente ATENDEU TODAS AS CLÁUSULAS PARA USUFRUIR OS BENEFÍCIOS DO TERMO DE ACORDO.

Acontece que foi emitido o parecer final pelo Inspetor Marcos Antônio Freitas Viana, no dia 28.04.2010 às 16:28, opinando pelo indeferimento do benefício fiscal à Recorrente, por dois motivos, a saber: 1- Suposta divergência de assinatura do representante da empresa e 2- Suposta

situação de inaptidão no cadastro da Sefaz/Ba. Antes de adentrarmos no mérito do indeferimento, importante salientar que o motivo do indeferimento era totalmente SANÁVEL. Tal parecer final foi ratificado pelo Diretor Zelington Pereira Coqueiro, que **determinou a ciência do contribuinte e arquivamento**.

No entanto, não houve a ciência do contribuinte, ora Recorrente o que mácula todo o procedimento, inclusive, no que tange ao seu arquivamento, sem prévio conhecimento. Tanto é verdade que já foi realizado, por parte da recorrente, o pedido de desarquivamento do Processo nº 021846/2010-7, o qual foi indeferido.

No que se refere ao mérito do indeferimento do benefício fiscal à Recorrente, o mesmo não subsiste ante a verdade material, pois a assinatura apostada no documento é do Sr. João Orivaldo de Oliveira (Sócio Administrador da empresa Recorrente), bem como a situação de inaptidão não é verídica, conforme se observa no histórico em anexo. Ademais os pareceres intermediários demonstram a aptidão da Recorrente à época.

Destaca-se que tal equívoco do Fisco Estadual seria facilmente dirimido, caso o contribuinte tivesse tomado ciência do indeferimento, tanto é verdade que o sócio administrador da recorrente continua sendo o Sr. João Orivaldo de Oliveira e a empresa estava ativa em abril de 2010, bem como no mês em curso. Contudo a INFRAZ de Bom Jesus da Lapa/Ba, infelizmente, não procedeu dessa forma, tendo sido omissa e, consequentemente, prejudicando imensuravelmente a recorrente.

Ademais, deve se observar que em 27 de agosto de 2014 a Secretaria da Fazenda emitiu parecer final deferindo requerimento da recorrente de assinatura do termo de acordo e compromisso para usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.799/00. Acontece que, os documentos juntados no processo administrativo fiscal do ano de 2014 foram os mesmos juntados no processo administrativo fiscal do ano de 2010, que de forma contrária, indeferiu a concessão do benefício, evidenciando erro da autoridade pública ao indeferir o benefício à Recorrente.

Outrossim, no caso posto, não há qualquer prejuízo para o Estado da Bahia, visto que a recorrente faz jus ao benefício fiscal e recolheu regularmente seus tributos utilizando o termo de acordo, sendo assim, é medida salutar o improviso do Auto de Infração.

Foi suscitada como 1ª preliminar a nulidade do Auto de Infração, todavia, não acolhida pela junta de julgamentos fiscais. Acontece que o Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, que Regulamentou o Processo Administrativo Fiscal (RPAF), determina, em seu art.39 e seguintes os requisitos essenciais do Auto de Infração.

Assim, o guerreado Auto de Infração não apontou o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária relativos a cada situação. Apenas de forma genérica indicou o artigo de lei supostamente infringido. Como se não bastasse tais vícios, consta ainda no combatido Auto de Infração GRAVE OMISSÃO, senão vejamos:

Não consta no Auto de Infração enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora Recorrente, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa. Com isso, o Auto de Infração encontra-se eivado de vício insanável, haja vista a violação a norma precisa e articulada no epigrafado decreto, assim há evidente infração aos princípios fundamentais constitucionais, a saber: ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Destaca-se que é OBRIGAÇÃO INEXORÁVEL, a indicação no Auto de Infração das situações, em que à multa aplicada poderá ser reduzida, vez que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes. O vergastado Auto de Infração limita-se apenas a dizer: "*O Débito acima está sujeito à correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito.*" Portanto é medida salutar o reconhecimento do vício apontado.

Respeitado Conselho, em sede de defesa foi levantada a falta de fundamentação do Auto de Infração combatido, sendo ocorrência preliminar prejudicial à validade e eficácia da peça básica do processo fiscal instaurado, posto que o Autuante na fundamentação do Auto de Infração deixou de cumprir requisitos necessários para atender a formalização do lançamento que é vinculado e regrado.

Assim, resta devidamente comprovado que o Autuante deixou de apresentar a qualquer preposto da empresa, os demonstrativos e os levantamentos quantitativos, que são meios de prova essenciais à materialidade da infração suscitada, conforme dispõe o art. 39, VI, além do art. 41, incisos I e II, ambos do RPAF/99.

Assim, verifica-se que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do nobre auditor.

Cumpre destacar que no de mérito a seguir não se preocupará em discutir cada uma das infrações constantes no Auto de Infração em epígrafe separadamente, uma vez que o fato gerador das três infrações (inexistência de intimação quanto ao indeferimento da celebração do acordo) é o mesmo, por isso, se arguindo de forma generalizada, eis que a ausência do benefício fiscal é motivador do combatido Auto de Infração, sendo suficiente para a reforma do acórdão vergastado, portanto, o recurso aqui apresentado abrange todas as infrações.

Ocorre que, o nobre Conselho, apesar de ter sido iniciado o processo administrativo de concessão de benefício, a autoridade não procederam à devida notificação ao contribuinte, ora Recorrente, desse modo, violando princípios constitucionais fundamentais, bem como a legislação tributária em vigor, inclusive o RPAF em seu art. 72, senão vejamos:

“Art. 72. O Consulente será cientificado da resposta dada à consulta ou do despacho que determinar seu arquivamento por inépcia ou ineficácia nos termos do art. 108.”

Ademais, cumpre evidenciar que o processo administrativo fiscal é regulamentado através de Lei Estadual, qual seja o Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, que prevê a aplicação destes princípios em seu art. 2º.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Portanto, no caso em julgamento, o contribuinte não foi intimado da decisão constante no Processo nº 021846/2010-7, após emissão do parecer final, em desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tornando sem efeito a decisão que indeferiu o termo de acordo, como será melhor demonstrado no tópico seguinte.

Nesse diapasão, vale ainda destacar, o que preceitua o art. 87 do RPAF, vejamos:

“Art. 87. Da decisão do pedido de reconhecimento de benefício fiscal, quando a legislação específica não dispufer de outro modo, caberá recurso:

II - voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 (dez) dias, no caso de indeferimento do pleito.”

Portanto, poderia a recorrente interpor Recurso Voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, contudo, em razão da INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO, o Processo nº 021846/2010-7, restou arquivado e a autuada depois de anos de recolhimento, instada a recolher ICMS a maior, em razão do erro da impetrada.

Nesse sentido, a não divulgação do ato administrativo que indeferiu o termo de acordo não pode produzir efeitos. Logo, resta comprovada a não observância do procedimento nos autos do Processo nº 021846/2010-7. Vale trazer a lume decisão do Superior Tribunal de Justiça, que se amolda para o caso em análise pela ínclita Junta de Julgamentos:

“... há de ser reconhecida a isenção se a omissão da autoridade administrativa teve o condão de impedir que fosse realizada, pelo contribuinte, a prova necessária para o gozo do benefício isencional.” (STJ, 2ª T. REsp.

552.467/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, ma/05.)"

Em razão disso, há de ser reconhecido o benefício fiscal pretendido pela recorrente, pois a última não pode ser prejudicada pela omissão do Fisco Estadual.

A lei que dispõe sobre o processo administrativo fiscal prevê três formas de intimação: a pessoal, por via postal e por meio eletrônico. No caso em epígrafe a Secretaria da Fazenda alega ter intimado o contribuinte por meio eletrônico, qual seja o envio de e-mail ao endereço eletrônico informado.

Os arts. 89 e 108 do Decreto nº 7.629/1999, que dispõem sobre o processo administrativo fiscal, no âmbito Estadual, determinam que:

Art.89.No caso de processo de reconhecimento de benefício fiscal, observar-se-á o disposto:

I-No art.108, para efeitos de intimação do sujeito passivo;

II-nosarts.130 a 139, no preparo e instrução do pedido

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 2º A cientificação da intimação por meio eletrônico ocorrerá quando o contribuinte acessar, mediante uso de senha, o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda em que conste o despacho ou a decisão.

§ 3º A intimação por meio eletrônico será considerada sem êxito se no prazo de cinco dias após o envio de aviso eletrônico o sujeito passivo não acessar o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda.

Dessa forma, ao realizar a intimação por meio eletrônico, esta somente é válida quando o sujeito passivo acessar o sistema informatizado da SEFAZ, através de senha própria.

Acontece que no processo administrativo para concessão de benefício fiscal (Processo nº 021846/2010-7) nunca houve acesso ao sistema informatizado da SEFAZ/BA pela empresa Nova Amazonas, ora Recorrente, sendo assim, a intimação por meio eletrônico deveria ter sido declarada sem êxito, uma vez que não obedeceu ao artigo acima e à época da intimação da empresa, também não havia regulamentação sobre a intimação eletrônica, não podendo a mesma ocorrer, como será detalhadamente explicado no tópico seguinte. Ou seja, a não ciência do contribuinte, ora Recorrente, macula todo o procedimento, inclusive, no que tange ao seu arquivamento, sem prévio conhecimento. Ademais, imperioso ressaltar que o e-mail indicado na informação fiscal não é o mesmo informado pela recorrente ao protocolar o Termo de Acordo em 11/02/2010.

Assim, diante da ausência de requisito essencial à intimação por meio eletrônico, qual seja, a confirmação pelo Sujeito Passivo do recebimento da decisão, bem como o suposto envio a endereço eletrônico diverso do informado pela recorrente, torna-se indubitável a ausência de intimação. Dessa forma, a partir da imagem colacionada nesta página constata-se que o e-mail informado pela recorrente e foi leoqnu@bol.com.br, o que comprova nitidamente a nulidade da intimação realizada.

Percebe-se que, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ/BAHIA) somente instituiu o Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) recentemente, ferramenta essa que visa facilitar a comunicação do Fisco com o contribuinte, que passou a receber comunicações de caráter oficial como intimações, notificações e comunicados, por meio de portal de serviços.

O Domicílio Tributário Eletrônico foi incluído no Código Tributário Estadual através da Lei 13.199/2014 (fls.228 a 231), publicada no dia 29 de novembro de 2014, mas somente será implementado após credenciamento do contribuinte, na forma a ser prevista em regulamento.

Em 27 de agosto de 2014 a Secretaria da Fazenda emitiu parecer final deferindo requerimento da recorrente, no Processo nº 136044/2014-6, de assinatura do termo de acordo e compromisso para usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.799/00.

No parecer final, a parecerista Ana Cláudia Vasconcelos Gomes, analisou todos os documentos juntados pela recorrente, e constatou que comprovavam todos os requisitos necessários para a concessão do benefício requerido. Acontece que, os documentos juntados no processo administrativo fiscal deste ano foram os mesmo juntados no processo administrativo fiscal do ano de 2010, que de forma contrária, indeferiu a concessão do benefício.

Ora Nobre Conselho, como haver decisões contraditórias com base nos mesmos documentos? E ainda, como a recorrente pode ter certeza que a Administração Pública não ocorreu em erro?

Diante destes questionamentos, o parecer final do Processo nº 021846/2010-7, que negou o benefício fiscal à Recorrente em 2010, torna-se expressivamente duvidoso. Assim, resta evidenciado mais um motivo para este Auto de Infração ser julgado totalmente improcedente.

O princípio da boa-fé objetiva trata-se de figura jurídica de real importância que, vem sendo aplicada nos processos administrativos fiscais. No caso em julgamento imperioso reconhecer que a Recorrente agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação. A Recorrente agiu com todo o decoro, na medida em que protocolizou seu pedido e aguardou a finalização do processo, porém nunca foi intimada sobre o resultado final, o que impossibilitou o pleno exercício do direito à defesa e do devido processo legal.

Percebe-se, ainda, que na infração recorrida houve equívoco da autoridade autuante, haja vista a omissão da autoridade do INFAZ de Bom Jesus da Lapa, nos autos do Processo Administrativo nº 0218846/2010-7, razão da não intimação da recorrente. Assim, verifica-se, no caso posto, a improcedência do Auto de Infração em epígrafe. Ante o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que sejam reconhecidas as preliminares suscitadas para anular o Auto de Infração.

Outrossim, em razão do princípio da eventualidade, requer que seja utilizado à busca da verdade material diante da prova documental, ora juntada, a fim do reconhecimento da improcedência do Auto de Infração. Na remotíssima hipótese de não serem acolhidas as preliminares, no mérito que seja reformado o **Acórdão nº 0071-01/15**, em relação às infrações nºs 01, 02 e 03, sendo reconhecida a boa-fé da recorrente, bem como a total improcedência das infrações.

Instada a emitir parecer opinativo, a PGE, se pronunciou às fls. 295/309, quando após minuciosa apreciação de todos os argumentos do Recorrente, opinou por conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário decorrente de manutenção total do lançamento de ofício em decisão de primeira instância deste Conselho de Fazenda, em que o Recorrente alega as mesmas razões defensivas apresentadas na impugnação inicial.

O auto é composto de 3 itens, o primeiro pela falta de recolhimento do imposto em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, o segundo por utilização de crédito fiscal indevido referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, e por último, recolhimento a menos do imposto em razão de utilização indevida de base de cálculo.

O Recurso apresentado, assim como na impugnação inicial não contesta, em princípio, o cometimento das 3 infrações. Tacitamente o Recorrente confessa o cometimento das infrações, contudo apresenta defesa inteiramente voltada para o pedido de nulidade em preliminar, por conta de alegados erros procedimentais e processuais.

A seguir, pede pela improcedência por conta do lançamento ter sido efetuado em contexto de alegada boa fé, vez que teria solicitado à Secretaria da Fazenda o Termo de Acordo para redução de base de cálculo, e que por falta de conhecimento da negativa, teria efetuado vendas com o benefício fiscal, e a posteriori o benefício teria sido concedido, sem que houvesse quaisquer alterações do *status quo* vigente da empresa e dos sócios, o que tornaria a negativa inicial, um ato administrativo sem a necessária motivação e fundamentação.

Em resumo, a preliminar de nulidade traz os seguintes argumentos: falta de elementos essenciais previstos no art. 39 do RPAF, falta da enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte escolhesse pelo recolhimento do tributo, falta de apresentação dos demonstrativos do auto a qualquer preposto da empresa, e o consequente cerceamento de defesa.

De simples observação das páginas iniciais deste processo, depreende-se que as 3 infrações estão perfeitamente descritas, com enquadramento e multa aplicadas, não havendo falta de quaisquer elementos essenciais previsto no art. 39 do RPAF, pois estão contidos a indicação do dispositivo da legislação tributária relativa a cada item, a multa correspondente, intimação para apresentação de livros e documentos fiscais à fl. 09, demonstrativos analíticos impressos dos valores das infrações entre as fls. 10 e 28, declaração de representante legal da empresa à fl. 29 de que recebeu mídia eletrônica com os demonstrativos das 3 infrações, e ciência do lançamento de ofício à fl. 04, com assinatura do representante da empresa, Sr. Domingos dos Reis Pinheiro de Brito.

Também não procede o pedido de nulidade por conta da alegada falta de enumeração das situações de redução de multa. Tais reduções estão previstas em Lei Tributária, acessível mediante simples consulta em qualquer unidade fazendária, ou mesmo no sítio da Secretaria da Fazenda, e caso o Recorrente desejasse pagar o valor do Auto de Infração, não encontraria quaisquer obstáculos para isto.

Tal dispositivo normativo tem natureza meramente administrativa, de incentivo ao pagamento do Auto de Infração mediante redução regressiva do valor da multa, e sem vínculo com as razões legais tributárias que fundamentam o Auto de Infração, e assim, não podem ser invocadas como cerceamento de defesa. Assim, denego a nulidade pretendida.

No mérito, diz que não se preocupará em discutir cada uma das infrações constantes no processo uma vez que o fato gerador das 3 infrações (inexistência de intimação quanto ao indeferimento da celebração de acordo) e assim, argui de forma generalizada a sua defesa, pois apenas a ausência do benefício é combatido.

O Recorrente apresenta diversas razões para justificar a improcedência. Que houve violação do devido processo legal, que não foi intimado da decisão do Processo nº 021846/2010-7 após emissão de parecer final que negou o Termo de Acordo para redução de base de cálculo; que a intimação por meio eletrônico só é válida se for acessada no sistema informatizado da sefaz; que o email indicado pela recorrente ao protocolar o Termo de Acordo não é o mesmo indicado na informação fiscal; que não havia domicílio tributário eletrônico à época dos fatos narrados na impugnação, e por fim alega o princípio da boa fé e da verdade material.

Inicialmente devo discordar da defesa apresentada com as mesmas razões de mérito nas 3 infrações, como se todas elas tivessem como origem na ausência de assinatura e autorização do Termo de Acordo pela Administração.

Na infração 1 houve divergência entre documentos fiscais do próprio Recorrente, e a infração 2, por uso indevido de crédito fiscal, sem qualquer correlação com a infração 3, que decorre da redução de base de cálculo sem a assinatura do Termo de Acordo. Assim, tomando, por exemplo, o demonstrativo de fl. 19, em outubro de 2010, o Recorrente pagou o valor de R\$167,54 de ICMS ST, e lançou a crédito. Tal pagamento não permite o lançamento a crédito do imposto, visto haver encerramento da fase de tributação, e não há qualquer vinculação com o item 3,

decorrente da falta de autorização para redução de base de cálculo. Contudo, ainda que tivesse correlação, a situação estaria atrelada ao destino da infração 3, que será adiante detalhada e julgada.

Assim, pontuando a defesa a partir dos argumentos atinentes a infração 3, é incontroverso que no período autuado, embora o Recorrente houvesse solicitado a assinatura do Termo de Acordo, este foi negado pela Administração, e neste ínterim, o Recorrente aplicava reduções de base de cálculo em suas operações, alegadamente sob o império da boa fé, por conta de não haver sido comunicado da negativa. Vejamos a sequencia dos fatos.

À fl. 74 consta que empresa se encontrava INAPTA em 28/04/2010, e ATIVA em 14/08/2012, conforme prova a documentação anexa, e por isso a empresa não preenchia as condições objetivas para usufruir do benefício, e posteriormente autorizado o Termo, em período que não foi alcançado pelo lançamento de ofício. É certo que o Termo de Acordo não é concedido de forma automática, visto que a sua própria celebração pressupõe a existência de pré-requisitos sem a qual a Administração não o concede.

É também incontroverso, inclusive por entendimento do próprio STF (RE 174.478/SP), que a redução de base de cálculo equivale à isenção parcial, e como tal, tem sua interpretação literal nos termos do Art. 111 do CTN.

Assim, ainda que o pretendido benefício tenha natureza jurídica declaratória, desde que o contribuinte preencha objetivamente os requisitos e tenha direito à obtenção, não é dispensável a consumação do ato administrativo, nem tampouco pode gozar do benefício a partir do momento que o pleiteia, visto que, conforme a Administração constatou, o Recorrente estava INAPTO no cadastro da SEFAZ.

Assim, realizar a tarefa de conceder redução de base de cálculo do imposto, é tarefa exclusiva do Estado da Bahia que na qualidade de entidade tributante que detém total autonomia para abrir mão ou não de suas receitas. Tal isenção parcial, mediante Termo de Acordo não é aplicada em caráter geral, sob determinados produtos, mas sob determinadas operações efetuadas por contribuintes previamente autorizados ao gozo da isenção parcial.

A isenção de caráter individual se caracteriza pelo fato de ser atribuída a um grupo limitado de contribuintes que comprovem o preenchimento de determinadas condições legais. Apenas a habilitação junto ao Fisco daqueles que atendam aos requisitos pré-estabelecidos na legislação que o isente, permitirá a isenção parcial mediante redução de base de cálculo e cabe à administração tributária do ente tributante analisar o preenchimento dos requisitos para a concessão da isenção. Vejamos o que diz o art. 179 do CTN:

A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

Assim, é incontestável que eventual aprovação do Termo de Acordo só terá validade e eficácia após ato específico previsto no art. 7º do Decreto nº 7799/2000.

Art. 7º - A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Assim, embora conste no processo que o contribuinte foi avisado pelo e-mail cadastrado, eventual falha de comunicação da negativa da assinatura do Termo de Acordo, jamais poderá ser motivo de nulidade do lançamento, pois o Recorrente jamais poderia operar em data anterior à autorização, já que não há previsão legal de retroatividade da isenção parcial concedida.

Operar nestas condições, sem se certificar que está habilitado é uma atitude de risco assumida pelo Recorrente, que deveria acompanhar *pari passu* a autorização do Termo de Acordo.

Injustificável que uma empresa do porte de um atacadista, passe meses ou anos sem sequer fazer uma consulta acerca da sua situação, tomando conhecimento apenas quando surpreendido por um Auto de Infração.

Como foi muito bem esclarecido no Parecer da d. PGE, Procuradora Dra. Adriana Lopes Viana, o Recorrente adquire o direito ao gozo do benefício fiscal a ser concedido mediante assinatura de Termo de Acordo, após a data da assinatura, nos termos do art. 125 do Código Civil:

Art. 125 – Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva enquanto esta não se verificar, não se terá direito adquirido a que ele visa.

Por isso mesmo, torna-se irrelevante, se a *posteriori*, a Administração concedeu a autorização, pelo fato do contribuinte preencher as condições após ter negado em momento pretérito. Não há qualquer elemento jurídico que assegure a retroatividade da autorização. Por outro lado, não há de se falar em boa fé, sob a alegação de que Recorrente em nenhum momento foi informado da assinatura do Termo de Acordo, pois de antemão não poderia jamais utilizar o benefício sem se certificar que estaria autorizado, e deveria sim, procurar desde logo a confirmação da assinatura do Termo de Acordo para começar a operar. As 3 infrações são inteiramente procedentes.

Face ao exposto NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantenho a Decisão recorrida.

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 206880.0005/14-7, lavrado contra NOVA AMAZONAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.113.626,88, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS