

PROCESSO	- A. I. Nº 206880.0005/14-7
RECORRENTE	- NOVA AMAZONAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO IMP. DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0340-11/17
ORIGEM	- INFAS BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 08/11/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0266-11/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA ADMISSIBILIDADE. Não houve reforma da Decisão de Primeira Instância pela Câmara de Julgamento Fiscal. Inadmissível, portanto, a utilização do Pedido de Reconsideração, nos termos do Art. 169, I, “d” do RPAF/99. Não acolhido o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata, o presente processo, de Pedido de Reconsideração interposto pela Recorrente em face da decisão proferida por esta 1ª CJF, através o Acórdão CJF nº 0340-11/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30.06.2014, ciente em 16.07.2014, determinando a cobrança de ICMS no valor original de R\$2.113.626,88, acrescido de multa, em decorrência da constatação das seguintes infrações, relativas aos exercícios de 2010 a 2014:

Infração 01 – 03.01.04: 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%.

Infração 02 – 01.02.67: 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%.

Infração 03 – 03.02.06: 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 analisar o teor do Acórdão JJF nº 0071-01/15, fls. 238 a 248, o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente, fls. 260 a 289, o Parecer da PGE/PROFIS, fls. 295 a 309, em sessão do dia 29.11.2017, esta CJF assim deliberou:

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 da 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 de 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 Santos 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 de nego 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 do 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 3, por uso indevido de crédito fiscal, sem qualquer correlação com a infração 3, que decorre da redução de base de cálculo sem 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 interim, 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 sequência dos fatos.

À fl. 74, consta que a empresa se encontrava INAPTA em 28/02/2010, e ATIVA em 14/08/2012 conforme prova a documentação anexa, e por isso a empresa não preenchia as condições objetivas de 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 sua 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 RT. 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 de 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 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, representando 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 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 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 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 de 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.

Cientificada, via AR, tempestivamente, a Recorrente apresentou Pedido de Reconsideração, fls. 332 a 336, onde busca reformar a Decisão proferida pela 1ª CJF, alegando inicialmente, como base para sua pretensão, o que determina o RPAF no artigo 169, I, “d” que assim determina:

d) pedido de reconsideração da decisão de Câmara que tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento;

Alega a Recorrente que pugnou em sua peça defensiva e na peça recursal pela nulidade da autuação “*em razão ao desrespeito ao quanto preceituado no art. 3, V, do RPAF*” havendo a CJF não acolhido sua pretensão pelo fato de “*que as três infrações estão perfeitamente descritas, com enquadramento e multa aplicadas*”.

Afirma a Recorrente que o artigo acima citado traz um rol **taxativo, expresso**, onde prevê que o Auto de Infração também deve conter: “**a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação.**”, não havendo, afirma, o respeito a este requisito no Auto de Infração.

Argumenta, a Recorrente, que o contribuinte tem o direito de ter conhecimento prévio das

reduções que pode usufruir de relação às multas, em caso de quitação do Auto de Infração, o que, argumenta, em não lhe sendo informado, enseja a nulidade da autuação.

Analizando de relação ao Termo de Acordo, afirma merecer reconsideração o julgamento, sob a justificativa de ter sempre pautado suas atividades com base no benefício concedido pelo Decreto nº 7799/2000, com base em que, sustenta, não subsistem as 3 infrações, constando que não adentrou ao mérito da lide com base no pressuposto de as mesmas não existirem.

Com base no acima, destacou que a CJF não pode se eximir de analisar inúmeras ilegalidades apontadas no Recurso Voluntário, o que não teria ocorrido no julgamento, como destaca:

- A violação ao devido processo legal, ao princípio da publicidade dos atos administrativos e do contraditório e da ampla defesa;
- A inexistência de intimação válida
- A ausência de domicílio tributário eletrônico na época dos fatos narrados na impugnação.

Destaca que o acórdão prolatado pela CJF não ingressa no mérito das infrações em lide, destacando trecho do voto do ilustre Relator que, afirma, adentrou no mérito de temas não suscitados em seu recurso, como transcreto:

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.

Além do que acima apresentou, a Recorrente destaca que o acórdão não faz referência ao fato de que em data de 27.08.2014, a SEFAZ emitiu parecer final deferindo requerimento no Processo nº 136044/2014-6, concedendo o benefício do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/2000.

Informa que tal processo teve parecer favorável da parecerista, após a análise de toda documentação acostada ao processo, que afirma ser a mesma apensada quando do requerimento efetuado no exercício de 2010, o que, afirma, configura decisões contraditórias, fatos estes que não foram abordados na decisão da 1ª CJF.

Por fim, afirma a Recorrente:

Ante o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, bem como as referidas omissões, requer que o auto de infração seja totalmente reformado, conforme exposto e diante da prova documental já acostada aos autos, assim que seja JULGADO IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO NA FORMA EXPOSTO.

Anexou, a Recorrente, cópia do Agravo Regimental nº 0507359 – 04.2015.8.05.0001/50000, fls. 341 a 342, onde a autoridade judicial declara nula a decisão do Indeferimento do Termo de Acordo requerido no exercício de 2010, sob o fundamento da inociência de comunicação da decisão à mesma, determinando que se abrisse prazo para manifestação por sua parte das alegações que tivesse para que o Termo de Acordo fosse concedido, o que foi cumprido pela autoridade fazendária.

Aberto o prazo para que a autoridade fiscal administrativa se manifestasse, assim procedeu, tendo a INFATZ de origem desarquivado o processo e, através de preposto credenciado, prestado as informações sobre o que requerido pela Recorrente, sendo o processo, pelas mesmas razões anteriormente pontuadas, indeferido, fls. 346v a 348.

Ainda inconformada a Recorrente voltou à esfera judicial, sob a alegação de não cumprimento do quanto determinado, tendo a autoridade judicial instado junto à SEFAZ no sentido do cumprimento do alegado como não executado.

Conforme consta nos autos do processo, fls. 349 e 349v, foi o processo retornado à INFRAZ de origem para nova manifestação, tendo a mesma ratificado o indeferimento, conforme fls. 362 a 371, sendo o seu posicionamento acatado pelas esferas superiores, como abaixo relatado:

- Parecer da SAT/DIREEF/GECON, fls. 373 e 373v;
- Parecer da SAT/DITRI/GECOT, fls. 374 e 374v;
- Parecer da SAT/DPF/GECES, FLS. 375 A 376; E,
- Parecer da SAT/DIREF, em 13.08.2019.

Todas os pareceres mantiveram a decisão inicial pelo indeferimento do pleito.

VOTO

A análise do presente Pedido de Reconsideração restringe-se ao acatamento ou não do requerido pela Recorrente no sentido de retroagir o seu pedido de Termo de Acordo, com base no Decreto nº 7799/2000, à data inicial do Processo nº 021846/2010-7, indeferido por motivo de encontrar-se, à data da apreciação, na condição de INAPTA, no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA.

O questionamento proposto pela Recorrente ante os órgãos administrativos, em decorrência da autuação objeto do presente processo, e ao poder judiciário, buscando descharacterizar as decisões emanadas da INFRAZ de origem e da DPF desta SEFAZ, tem como base o pressuposto de não comunicação da decisão pelo indeferimento do requerido no processo acima referenciado, atendido em esfera judicial por decisão do TJ/BA no Agravo Regimental nº 05073569-04.0015.80.05.0001/50000, que determinou a nulidade da decisão inicial do referido processo, determinando o desarquivamento do processo e efetuação de nova análise.

Como bem destacado pelo preposto autuante, referendado pela Junta Julgadora, na decisão de piso, e, mantido por esta Câmara no Acórdão CJF nº 0340-11/17, a infração fiscal ficou configurada pela utilização de benefício não autorizado, no caso o disponibilizado através o Decreto nº 7799/2000, que reduz a base de cálculo do ICMS na atividade de comércio atacadista, em determinadas condições.

A Recorrente, ao afirmar não haver tomado conhecimento da decisão proferida pela esfera administrativa competente, do indeferimento ao seu pedido, constante do Processo nº 021846/2010-7, causa estranheza, ao verificarmos que sendo o processo datado de 2010, em 2014, a mesma ainda não tinha conhecimento do despacho concessivo ou não.

Destaque-se que o Decreto nº 7799/2000 em seu artigo 7º, expressamente determina:

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, representando 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.

Lógico que, não tendo sido cientificado da decisão sobre a concessão do benefício, não poderia a Recorrente fazer uso do benefício, mesmo sob a alegação de boa fé, sendo que sua afirmativa de haver enviado aos órgãos competentes todos os informes fiscais, através o cumprimento de obrigações acessórias, não homologa qualquer pedido de benefício tributário, sendo que uso indevido somente pode ser constatado através o serviço de fiscalização, como ocorreu.

Foram atendidos por parte das autoridades à luz dos documentos e da situação cadastral da Recorrente, os ordenamentos e, em nova análise, decorreu nova decisão pelo indeferimento do pedido no referido processo.

O fato de no decorrer de exercício posterior haver a Recorrente obtido a concessão do benefício, considerando que a esta época preenchia as condições para tanto, não lhe assegura, por nenhuma determinação legal, o direito ao reconhecimento retroativo à data do primeiro pedido.

A solicitação da preliminar de nulidade suscitada não pode prosperar, em face de todo o processo

estar em consonância com o exigido pelo RPAF/BA, nada havendo que possa levar a tal atendimento.

Constatou que, como afirmado pela própria Recorrente, a mesma não adentrou ao mérito da autuação, limitando-se a pugnar pela sua nulidade, o que não acato.

Pelo que consta do processo, com base nas provas documentais a ele acostadas, reconheço não haver razões para que se atenda ao presente Pedido de Reconsideração. Considerando não haver fatos ou argumentos anteriormente não apresentados, razões que deem sustentação ao pretendido pela Recorrente, assim como embasamento legal para que se reforme a Decisão proferida, voto pelo NÃO RECONHECIMENTO ao Pedido de Reconsideração, mantendo a Decisão proferida na Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e manter 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, 24 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS