

A. I. Nº - 207668.0003/11-9
AUTUADO - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 18. 10. 11

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0270-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE CONSUMO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário não acolhida. Infração subsistente. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Alegação defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário não acolhida. Infração subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. DECRETO Nº 7.799/00. “TERMO DE ACORDO” NÃO SE ENCONTRAVA DEFERIDO PELA AUTORIDADE FISCAL. Nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.799/2000, a utilização da redução da base de cálculo, depende de celebração de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, somente sendo possível ao contribuinte fruir do benefício fiscal após o deferimento do pedido pela autoridade competente. No presente caso, o autuado fez uso da redução da base de cálculo quando ainda não estava autorizado. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Alegação defensiva de desconhecimento das notas fiscais não acolhida, tendo que vista que as notas fiscais foram emitidas pelo próprio estabelecimento filial da empresa. Infração subsistente. 5. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Descrição imprecisa do fato. Inexistência, nos autos, de elementos que indiquem com segurança e certeza ter havido a irregularidade imputada ao contribuinte. Infração nula com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2011, exige crédito tributário no valor de R\$ 78.913,94, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do

estabelecimento, no mês de fevereiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$48,30, acrescido da multa de 60%;

2. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de abril e maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$64,17, acrescido da multa de 50%;

3. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de junho a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$57.361,99, acrescido da multa de 60%;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho a dezembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$774,11, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial da mercadoria;

5. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$20.665,37, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte recolheu a menos o ICMS relativo à antecipação parcial.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 153 a 157), requerendo, preliminarmente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente habilitados, legítimos representantes legais do autuado na ação, suscitando a ocorrência da decadência do direito de constituição dos créditos fiscais, no que se refere aos fatos geradores ocorridos até o dia 30/03/2006, sob o argumento de que somente fora intimado do lançamento no dia 31/03/2011, quando já decorridos 05 anos dos mesmos fatos geradores, sendo a decadência atinente às infrações 01 e 02 integralmente e, em parte, a infração 05.

Ressalta que para finalizar a discussão acerca da decadência, enxergando a aplicação analógica, inclusive para fins de análise da legislação Estadual, deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, cujo teor reproduz.

Rechaça a infração 03, consignando que diz respeito à suposta falta de recolhimento, por utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo, em razão de o Termo de Acordo de Atacadista, segundo a acusação, ter sido utilizado antes da assinatura.

Observa que durante o período que consta da autuação já havia solicitado o enquadramento no Decreto 7.799, preenchendo todos os requisitos legais, tanto que foi o “*termo*” assinado posteriormente. Argumenta que a assinatura, que é apenas um ato formal que convalida o direito adquirido, somente foi levada a efeito de forma posterior porque o sistema da SEFAZ apresentava pendência da empresa, com relação a parcelamento, que na verdade não existia.

Diz que, dessa forma, já possuía o direito a utilização dos benefícios do aludido decreto, desde a solicitação, não podendo ser impedido, e punido, pela simples falta de assinatura do “*Termo de Acordo*”, o que, inclusive, conforme já dito, ocorreu por culpa da Administração Pública. Alega que em junho de 2006 já preenchia os requisitos legais para a adoção do regime, sendo válida, e devendo ser homologada, a partir da assinatura do documento de formalização. Acrescenta que, além disso, a autuação foi realizada com vícios nos cálculos do “*imposto devido*”, como será adiante abordado.

Aduz que caso não seja considerada a validade do “*Termo de Acordo*”, significa dizer que as operações “retornam ao sistema normal de apuração”, com a consideração de “*débitos e créditos*”. Salienta que os cálculos apresentados no Auto de Infração somente apontam “*diferenças*”, comparando-se as cargas do “*regime especial*” com as cargas “*sem o regime especial*”, sem considerar, para cada Nota Fiscal, a dedução do crédito fiscal relativo à operação anterior. Diz que dessa forma, não pode atribuir validade aos demonstrativos colacionados ao processo, sendo insegura e inconsistente a apuração da base de cálculo e dos valores considerados como devidos. Sustenta que esse vício leva à nulidade da autuação, por insegurança na apuração da base de

cálculo. Frisa que caso sanado o vício, com a instauração de diligência para a apuração correta dos valores, protesta pela reabertura do prazo de defesa.

Insurge-se contra a infração 04, afirmando que não teve, até então, conhecimentos das notas fiscais que lhe serviram de base, ficando prejudicado no exercício do direito de defesa. Salienta que desconhecendo as operações que sustentaram a cobrança, no momento só pode afirmar que a simples listagem do CFAMT não é documento hábil para a autuação, conforme tem decidido o CONSEF em casos similares, conforme o Acórdão JJF Nº 0105-01/02, cujo teor transcreve parcialmente.

No que concerne à infração 05, afirma que é inconsistente, em razão da ausência de qualificação da infração. Transcreve a descrição da irregularidade apontada no Auto de Infração, no caso, “*Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei...*”, para alegar que se o fato não encontra previsão legal, não pode ser caracterizado como infração, segundo os princípios constitucionais de que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” e de que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, motivo pelo qual essa parte do lançamento se encontra viciada, não podendo ser homologada.

Diz, ainda, com relação à infração 05, que foram inseridas notas fiscais relativas a 2005, igualmente atingidas pela decadência. Acrescenta que as notas fiscais, que não foram apresentadas no processo, impedindo a cobrança e a própria caracterização da infração, haja vista que não se pode avaliar a natureza das mercadorias, os demonstrativos não especificam a origem dos “*valores deduzidos*”, não se podendo dizer a quais operações se referem, tornando viciada e insegura a apuração. Salienta que, em verdade, como as deduções são mínimas e sem correlação com notas fiscais, conforme se fez com os débitos, ensejando “*dois pesos e duas medidas*”, a cobrança é de “*FALTA DE ANTECIPAÇÃO*”. Ressalta que, não obstante, tentará buscar comprovações de pagamentos, solicitando desde já, como meio de prova, a juntada dos extratos de pagamentos constantes no sistema da SEFAZ, objetivando provar que não incorreu em falta de pagamento.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para apuração dos créditos e débitos correlatos à infração 03, bem como, pela nulidade ou improcedência das infrações impugnadas.

A autuante prestou informação fiscal (fl. 153 a 157), registrando que as intimações fiscais foram entregues durante a ação fiscal aos responsáveis pela empresa, no caso, contabilidade e sócio. Ressalta que a filial, foi monitorada juntamente com a matriz e outra filial no trimestre passado. Diz que o Termo de Início da Fiscalização, devidamente anexado ao Auto de Infração, no ANEXO I, à fl. 06 dos autos, foi apresentado ao responsável pela empresa em janeiro deste exercício.

Contesta o argumento defensivo referente à decadência, consignando que, de acordo com o entendimento do órgão julgador, a Fiscalização tem 05(cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação para formalizar o crédito tributário não recolhido ou recolhido a menos à época própria, sendo regra geral em matéria de decadência no tocante ao ICMS.

Afirma que tendo o lançamento ocorrido em 28/03/2011, com a lavratura do Auto de Infração, e o autuado cientificado em 31/03/2011, para os fatos geradores do período de janeiro a março do exercício de 2006 das infrações 01, 02 e parte da infração 05, a contagem de prazo para a Fazenda Pública constituir os créditos tributários dos citados meses findaria apenas em 31/12/2011.

Quanto à infração 03, consigna que independentemente da data em que o contribuinte protocolizou o pedido/solicitação para usufruir do benefício fiscal previsto pelo Decreto 7.799 – Termo de Acordo – Comércio Atacadista -, este só poderia ser utilizado, obviamente, após parecer e assinatura da autoridade fiscal e publicação do seu deferimento e ciência ao interessado, sendo que, no caso do autuado, isto ocorreu, apenas, em 22/12/2006, mediante o Parecer nº 16021/2006 – Processo nº 18230720066 de 01/11/06.

Sustenta que o parecer favorável e a assinatura da autoridade fiscal têm caráter principal e não meramente acessório, conforme aduzido pelo impugnante.

Frisa que neste tipo de solicitação/pedido exige-se análise detalhada da autoridade tributária competente, para poder ser deferido e, somente assim, ser homologado e utilizado.

Ressalta que a matriz da empresa em questão inscrita no CAD/ICMS sob o nº 24.217.743, também fiscalizada, teve por 02 vezes seu pedido indeferido, através dos Processos 08933020066 de 13/06/06 e 14179820061 de 31/08/06, Pareceres 8821 e 11501/2006, tendo sido desfavoráveis em razão de pendências, inadequações, não atendimento das condições e requisitos legais.

Reitera que, dessa forma, o autuado usufruiu de um benefício sem que ainda tivesse sido concedido, devendo, justamente, devolver ao erário os valores recolhidos a menos.

No que tange à infração 04, esclarece que a cópia da Nota Fiscal nº 69.159 fornecida pelo CFAMT, foi devidamente apresentada/entregue ao representante legal da empresa juntamente com o Demonstrativo da Infração, mediante recibo acostado à fl. 67 dos autos. Acrescenta que as outras notas fiscais não precisaram ser entregues uma vez que estão registradas no livro Registro de Saídas de outra filial inscrita no CAD/ICMS sob o nº 43.864.302, também fiscalizada, do mesmo grupo societário, conforme cópia do referido livro Registro de Saídas, acostado às fls. 69 a 96 dos autos.

Salienta que descabe a alegação de desconhecimento de algumas das operações que sustentaram a exigência do imposto, muito menos o prejuízo do exercício do direito de defesa.

Relativamente à infração 05, sustenta que se encontra devida e corretamente tipificada por lei, conforme sua descrição e enquadramento na página 02 do Auto de Infração, nos artigos 61, inciso IX; 125, inciso II, §§ 7º e 8º e 352-A, todos do RICMS/BA.

Frisa que o contribuinte descumpriu obrigação tributária principal, quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização, pois deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS relativo à Antecipação Parcial, conforme demonstrado pela autuação às fls. 129 a 137 dos autos.

Quanto à apresentação das notas fiscais, diz que, também para esta infração, assim como a anterior, se fez completamente desnecessária, uma vez que todas elas foram entregues a Fiscalização pelo próprio contribuinte, estando, inclusive, registradas no livro Registro de Entradas referente ao exercício de 2006 nas páginas 01 a 32, fls. 97 a 128 dos autos.

Observa que as Notas Fiscais nºs 21247 e 209087 citadas pelo impugnante estão lançadas no mês de janeiro do exercício de 2006, comprovando a entrada das mercadorias compradas naquele mês, razão pela qual foram incluídas no levantamento de janeiro de 2006.

Salienta que o “Demonstrativo da Antecipação Parcial”, ANEXO VI às fls. 129 a 137 dos autos, não só especifica a origem dos “valores deduzidos”, como diz quais as operações a que se referem, confirmando e assegurando a apuração.

Salienta que o autuado não anexou comprovação alguma de pagamentos diversos dos efetuados e devidamente considerados nos cálculos da infração.

Quanto à solicitação do impugnante para juntada dos extratos de pagamentos constantes do sistema da SEFAZ, manifesta o entendimento de que é desnecessário, uma vez que foram considerados, abatidos os efetivamente efetuados, no campo ICMS antecipado do Demonstrativo da infração.

Ressalta que foram apresentados ao autuado, não só durante os trabalhos fiscais, mas também quando do seu encerramento, todos os demonstrativos, planilhas e levantamentos das auditorias efetuadas, integrantes do Auto de Infração.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade da infração 03, sob o argumento de que para cada Nota Fiscal, deveria haver a dedução do crédito fiscal relativo à operação anterior, razão pela que não se pode atribuir validade aos demonstrativos colacionados ao processo, por ser insegura e inconsistente a apuração da base de cálculo e dos valores considerados como devidos, vício que leva à nulidade da autuação, por insegurança na apuração da base de cálculo.

Não vejo como prosperar esta pretensão defensiva, haja vista que o levantamento realizado pela autuante, refletido nos demonstrativos colacionados ao processo, permite constatar que a apuração da base de cálculo e dos valores apontados como devidos apresenta segurança e consistência, inexistindo o vício aventado pelo impugnante, capaz de inquinar de nulidade o lançamento, conforme previsto no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Em verdade, conforme será visto na análise do mérito, o levantamento levado a efeito pela autuante, sob esse aspecto, não merece qualquer reparo. Assim sendo, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante quanto a esta infração.

Ainda com relação à infração 03, indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99, pois considero os elementos contidos nos autos suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide.

No que tange à infração 05, constato que a arguição defensiva de que é inconsistente em razão de ausência de qualificação, portanto, se encontrando viciada, não podendo ser homologada, efetivamente, tem procedência.

Isto porque, consta na descrição da infração que: “*Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo... –*”, tendo sido consignado na complementação da descrição que o contribuinte recolheu a menos o ICMS relativo à Antecipação Parcial.

Na informação fiscal foi dito pela autuante que “...o contribuinte descumpriu obrigação tributária principal, quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização, pois deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS relativo à Antecipação Parcial, conforme demonstrado pela autuação às fls. 129 a 137 dos autos.”

Ora, a obrigação de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, devido nas aquisições interestaduais de mercadorias tributáveis normalmente destinadas à comercialização, tem previsão expressa na Lei 7.014/96, assim como no RICMS/BA, sendo certo que a falta de recolhimento ou o recolhimento a menos do imposto se constituem em infrações expressamente previstas.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 12-A da Lei n. 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Já o RICMS/BA apresenta a seguinte previsão no seu art. 352-A:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Portanto, não há que se falar em *descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo*, conforme a acusação fiscal.

Da análise dos elementos referentes a esta infração, posso inferir que a autuante utilizou a descrição da infração da forma acima aduzida, em razão de ter que tipificar a multa aplicável ao caso, indicando no Auto de Infração a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação estabelece que será aplicada a multa de 60%, *quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.*

Ocorre que, já se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão CJF N. 0045-12/10, que no caso de infração decorrente de falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, cabe a aplicação da multa de 60%, contudo, com observância do período abrangido pela autuação, para fins de sua tipificação.

Ou seja, a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 deve ser aplicada a partir de 28/11/2007, em face de sua redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhido, ter sido dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Já com relação à exigência do ICMS antecipação parcial referente a período anterior à 28/11/07 – caso do Auto de Infração em lide -, cabe a aplicação da multa de 60%, entretanto, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época.

Vale observar que infrações referentes à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial têm sido objeto de diversas autuações, constando sempre na descrição no Auto de Infração se tratar de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial*” e/ou “*Recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial*”, jamais que se trata *descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei*, conforme foi efetivado o lançamento em exame.

Além de tudo o que foi exposto acima, observo que assiste razão ao impugnante quando alega que os demonstrativos não especificam a origem dos “valores deduzidos”, não se podendo dizer a quais operações se referem, tornando viciada e insegura a apuração, sendo as deduções mínimas e sem correlação com notas fiscais, conforme se fez com os débitos.

Diante do exposto, em face da descrição imprecisa da infração imputada ao contribuinte, bem como a inexistência, nos autos, de elementos que indiquem com segurança e certeza ter havido o cometimento da irregularidade apontada na autuação, considero nula esta infração, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPFA/99. Infração nula.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Cabe-me, ainda, apreciar a arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até o dia 30/03/2006, sob o argumento de que somente fora intimado do lançamento no dia 31/03/2011, quando já decorridos 05 anos dos mesmos fatos geradores, sendo a decadência atinente às infrações 01 e 02 integralmente e, em parte, à infração 05.

Certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, é aplicável o prazo decadencial expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, conforme explicitado acima.

Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com termo final em 31/12/2011. Como o lançamento ocorreu em 28/03/2011, precedido de intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, CJF 0144-11/09, sendo que, neste último, reproduzo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência da decadência.

No que concerne à solicitação do impugnante para que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas em nome de seu representante legal, ressalto que nada obsta que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço constante na procuração, no entanto, cabe observar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Quanto aos demais argumentos apresentados pelo impugnante referentes à infração 03, observo que a utilização da redução da base de cálculo prevista pelo Decreto nº 7.799/2000, depende de celebração de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, conforme dispõe o seu art. 7º, abaixo reproduzido:

“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.”

Conforme se verifica da leitura do artigo acima transcrito, trata-se de um benefício condicionado, significando dizer que não pode o contribuinte, de forma unilateral, passar a utilizar a redução da base de cálculo, sem que antes haja análise e deferimento, se for o caso, da autoridade competente.

A propósito do impedimento de se adotar qualquer procedimento unilateral – tanto pelo contribuinte quanto pelo sujeito ativo da relação tributária – veja-se que sendo deferido o Termo de Acordo pela autoridade competente, o desenquadramento do contribuinte somente poderá ocorrer por iniciativa do Fisco, se precedido de denúncia do Termo de Acordo.

Neste sentido, assim estabelece o art. 7º-A do mencionado Decreto nº 7.799/2000:

“Art. 7º-A O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.”

Portanto, indubitavelmente, o autuado somente poderia utilizar o tratamento tributário previsto pelo Decreto nº 7.799/2000, a partir do deferimento pela autoridade competente do pedido de celebração do Termo de Acordo, no caso, em 22/12/2006, conforme o Parecer nº 16021/2006.

Relevante consignar que a justificativa do impugnante de que preenchia todos os requisitos legais, tanto que foi o Termo de Acordo assinado posteriormente, e que a assinatura é apenas um ato formal que convalida o direito adquirido, somente foi levada a efeito de forma posterior porque o sistema da SEFAZ apresentava pendência da empresa, com relação a parcelamento, que na verdade não existia, não pode ser acatada, haja vista que, conforme dito linhas acima, trata-se de um benefício fiscal condicionado a análise e deferimento por parte da autoridade competente.

É certo que se atendia a todas as condições para fruição do benefício, conforme alegado, caberia ao contribuinte verificar na repartição fazendária o motivo pelo qual o pedido ainda não fora deferido, jamais utilizar sem autorização a redução da base de cálculo de que cuida o Auto de Infração em lide.

Quanto à alegação defensiva de que caso não seja considerada a validade do “Termo de Acordo” as operações “retornam ao sistema normal de apuração”, com a consideração de “débitos e créditos”, e que os cálculos apresentados no Auto de Infração somente apontam “diferenças”, comparando-se as cargas do “regime especial” com as cargas “sem o regime especial”, sem considerar, para cada Nota Fiscal, a dedução do crédito fiscal relativo à operação anterior, não concordo com tal argumentação.

Primeiro, porque a autuante realizou o levantamento considerando corretamente a base de cálculo integral, isto é, sem a redução prevista pelo Decreto nº 7.799/2000 - em razão de o contribuinte não fazer jus ao benefício, no período objeto da autuação, conforme explicitado linhas acima-, confrontou com a base de cálculo reduzida utilizada indevidamente pelo contribuinte, lançando a diferença do valor do ICMS recolhido a menos.

Segundo, porque a pretensão do impugnante não pode ser atendida no levantamento levado a efeito pela autuante, haja vista que o Decreto nº 7.799/2000 estabelece o direito de utilização de crédito fiscal no percentual que não excede a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias, sendo certo que, mesmo tendo utilizado indevidamente o Termo de Acordo, o autuado se apropriou do mencionado crédito fiscal na apuração do imposto devido e recolhido, com redução da base de cálculo.

Desta forma, em razão de o imposto estar sendo exigido sobre a base de cálculo total e não reduzida, contudo, sendo exigido a diferença do imposto recolhido a menos, cabe ao contribuinte apurar o valor efetivo do crédito fiscal constante nas notas fiscais de aquisição e efetuar o lançamento extemporâneo, desde que atendidas as exigências estabelecidas no art. 101 do RICMS/BA.

Diante do exposto, considero subsistente a infração.

No respeitante à infração 04, constante que assiste razão a autuante quando afirma que a cópia da Nota Fiscal nº 69.159, coletada no sistema CFAMT foi devidamente entregue ao autuado juntamente com o demonstrativo da infração, conforme recibo acostado à fl. 67 dos autos. Também no que tange às demais notas fiscais arroladas neste item da autuação, constato que labora em acerto a autuante, haja vista que estão registradas no livro Registro de Saídas do estabelecimento filial da empresa inscrito no CAD/ICMS sob o nº 43.864.302, conforme cópia do referido livro Registro de Saídas, acostado às fls. 69 a 96 dos autos.

Diante disto, não há como prosperar a argumentação defensiva de que desconhece algumas das operações que sustentaram a autuação, pois realizadas pela própria empresa, razão pela qual considero integralmente subsistente esta infração, haja vista que o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, descumprindo obrigação acessória passível da multa de 10% do valor comercial das mercadorias.

Diante do exposto, considero as infrações 01, 02, 03 e 04 integralmente subsistentes, e a infração 05 nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.0003/11-9**, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.474,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.410,29 e de 50% sobre R\$64,17, previstas no artigo 42, II, “a”, “f” e I, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$774,11**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Recomenda-se nos termos do art. 21 do RPAF/99, a repetição dos atos, a salvo de falhas, em relação ao item julgado nulo.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR