

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0003/11-9
RECORRENTE - AM COMÉRCIO DE AMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0270-01/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0136-12/14

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. Não acolhida a preliminar de decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$57.474,46, acrescido da multa de 50% e 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “f” e I, “b” da Lei nº 7.014/96, multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$774,11, prevista no art. 42, IX da mesma Lei, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 28/03/2011 decorre de 05 infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as infrações 01, 02, e 03, abaixo transcritas, como segue:

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%;

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é parcialmente procedente a

autuação:

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.

(...)

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, prevêm 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, deste último, reproduzo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade a título ilustrativo:

(...)

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 exceda 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.

(...)

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.

Devidamente intimado, o recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 180 a 182.

Em sua peça recursal, inconformada com o desfecho dado pelo julgamento de 1ª instância, em sede de preliminar, reitera seu pedido para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos seus advogados, e argui a decadência do direito de constituição dos créditos fiscais, no que se refere aos fatos geradores ocorridos até o dia 30/03/2006, considerando que a oro recorrente somente fora intimada do lançamento dia 31/03/2011, quando já decorridos 5 anos dos mesmos fatos geradores – afirma que a decadência alcança os itens 1 e 2. Cita e transcreve a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à infração 03, diz que durante o período que consta da autuação o autuado já havia solicitado o enquadramento no Decreto nº 7.799/2000, cujo Termo foi assinado em momento posterior. Aduzindo que a assinatura do referido Termo se constitui em mero ato formal que convalida direito adquirido, assevera que somente foi levado a efeito em momento posterior porque nos registros da SEFAZ a empresa apresentava pendência que dizia respeito a parcelamento inexistente. Nessa toada, entende o recorrente que já era seu o direito à utilização dos benefícios do aludido decreto, desde a solicitação, *“não podendo ser impedida, e punida, pela simples falta de assinatura do “Termo de Acordo”, o que, inclusive, como já dito, aconteceu por culpa da Administração Pública”*.

Afirma que já em junho de 2006, preenchia os requisitos legais para a adoção do regime, devendo ser homologado o enquadramento no dito Decreto 7799/2000 a partir da assinatura do documento de formalização.

Entende que na hipótese de não ser considerado válido o *“Termo de Acordo”*, as operações que deram azo à autuação deveriam ter tratamento fiscal normal, com a consideração de débitos e créditos. Nesse particular, aduz que os cálculos apresentados no Auto de Infração não podem servir a fundamentar a exigência fiscal porque *“apontam apenas diferenças, comparando-se as cargas do “regime especial” com as cargas “sem o regime especial”, sem considerar, para cada NF, a dedução do crédito fiscal relativo à operação anterior”*.

Aduz que o vício que aponta inquina de nulidade a infração, pois, torna insegura e inconsistente a apuração da base de cálculo e dos valores considerados como devidos, além de atentar contra o seu direito de defesa. Pugna pela conversão do feito em diligência, ao tempo em que requer a reabertura do prazo de defesa.

No mérito, diz que a JJF preferiu presumir que *“...o autuado se apropriou do mencionado crédito fiscal na apuração do imposto devido e recolhido, com redução de base de cálculo”*, desconsiderando o próprio Decreto nº 7.799/2000 que estabelece um limitador ao uso do crédito fiscal, conforme dicção do art. 6º que transcreve.

Aduz que os julgadores de piso foram contraditórios quando negaram a aplicabilidade do benefício estatuído pelo mesmo Decreto nº 7799/2000 e consideraram os termos do mesmo Decreto para presumir a parcela de abatimento que teria sido realizada. Pondera que se o Termo de Acordo não é validado, não se poderia falar em validade parcial. Nessa esteira, entende que se não foi aceito que as operações poderiam contar com a redução de base de cálculo, deveria o autuante refazer completamente o *“conta corrente”*, pelos critérios normais de apuração, apropriando os créditos e débitos totais, para cobrança da diferença em favor do Estado, se fosse o caso. Conclui que a ação fiscal valeu-se de *“dois pesos e duas medidas”*, com o que compactuou a Junta de Julgamento Fiscal.

Finalizando, afirma que a autuação, nas bases em que foi feita, considerando o débito, sem a dedução do crédito, atenta contra a legalidade, contra o seu direito de defesa e conta a segurança jurídica.

Pelo que expôs, espera que seja declarada a nulidade do item 3 ou que seja determinada diligência com o objetivo de que sejam refeitos os cálculos, aplicando-se os mesmos critérios adotados na apuração para os valores de crédito e de débito.

Por derradeiro, protesta 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 ao item 3, ao tempo em que pugna pelo provimento do seu Recurso Voluntário para que seja declarada nula ou improcedência a infração 3, ou, ainda, no máximo, pela procedência parcial, com as devidas deduções, além da nulidade ou improcedência das infrações 1 e 2.

A Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fls. 188/191, no qual assevera que a decadência suscitada pelo recorrente em relação às infrações 1 e 2 é destituída de qualquer lógica jurídica, em razão de desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, §4º, do CTN e sua interação com o disposto no art. 173, I, do mesmo "codex". Discorre derredor da matéria citando a doutrina e a jurisprudência.

Quanto ao mérito da infração 3, diz que o recorrente apresenta as mesmas alegações trazidas aos autos pela peça de defesa e que tais razões foram apreciadas no julgamento de primo grau, não tendo sido trazido aos fólios processuais provas ou argumentos jurídicos capazes de promover a modificação da Decisão recorrida.

Aduz que resta comprovado que o autuado usufruiu do benefício fiscal previsto no Decreto 7799/2000 anteriormente à concessão do mesmo pela autoridade fiscal, motivo que justifica a devolução dos valores recolhidos a menor pelo recorrente.

Afirma que o PAF assegura ao sujeito passivo o direito à impugnação do lançamento em sede administrativa, o que também possibilita a realização de qualquer prova em direito admitido.

Opina pelo Improvimento do Recurso voluntário interposto.

Na assentada de julgamentos do dia 03/12/2012, por proposição do e. Dr. José Augusto Martins Junior, procurador da PGE/PROFIS, presente à sessão de julgamentos, invocando a teoria dos fatos determinantes, recomendou e os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram, por unanimidade, fls. 194, converter o presente feito em diligencia para que fossem prestadas as seguintes informações:

1. *A data da formalização do enquadramento do recorrente ao Decreto 7.799/2000;*
2. *Se houve indeferimento ao pedido de enquadramento;*
3. *Se as condições à concessão do benefício foram atendidas quando do requerimento de enquadramento;*
4. *O que levou a Inspeção a deferir o pedido de enquadramento em 22/12/2006, quando o requerimento foi feito em abril de 2006; e*
5. *Montar quadro demonstrando a cronologia dos fatos, passo a passo, desde o requerimento formulado pelo Contribuinte até a assinatura do Termo de Acordo.*

Em atendimento à diligência requerida pelos membros desta 2ª CJF, Fiscal estranho ao feito prestou informação fiscal às fls. 197/198, nos seguintes termos:

- 1) *O recorrente foi enquadrado no Decreto 7799/2000, com Deferimento do Termo de Acordo em 22/12/2006, com ciência do contribuinte em 22/12/2006, doc. de fls. 201-202 e 206-209, conforme processo SIPRO nº 182307/2006-6, protocolado pelo contribuinte em 01/11/2006, doc. às fls. 199;*
- 2) *O Contribuinte entrou com pedido de celebração de Termo de Acordo em 01/11/2006, Processo nº 182307/2006-6, doc. de fls. 199, e este não sofreu nenhum Indeferimento;*
- 3) *Na própria petição da empresa às fls 200, a mesma reconhece que está omissa do envio dos registros SINTEGRA, Tipo 54 (item de mercadoria) e Tipo 75 (descrição dos itens das mercadorias comercializadas) e pede 45 (quarenta e cinco) dias para regularizar tal situação, no Parecer intermediário da fiscalização também é apontada a irregularidade quanto à entrega dos Arquivos magnéticos, estando a mesma **omissa da entrega dos arquivos referentes aos meses 01 e 02/2006 e apresentado os arquivos dos meses 06 a 09/2006 sem os registros 54 e 75**, vide doc. de fls. 203, em seguida a Coordenação da CPROC enviou o processo para a análise por parte da DPF, observando que o contribuinte tinha pendências e que havia solicitado 45 (quarenta e cinco) dias para regularizá-las, vide fls 204.*

A Cláusula terceira do Termo de Acordo diz que a empresa é obrigada a fazer a entrega dos Arquivos Sinetgra, por totais de documentos fiscais e por item de mercadoria, na forma e nos prazos previstos no RICMS/BA, e a cláusula segunda, inciso III prevê que o tratamento tributário de que trata o Termo de Acordo não se aplica a

contribuintes que estejam irregulares com as suas obrigações principais e acessórias.

Extrato do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM às fls 210-211, demonstra que a empresa somente sanou de forma parcial as pendências em 30/12/2006, corrigindo as irregularidades em relação aos meses 01, 02, 07,08 e 09/2006, mas, permanecendo as irregularidades em relação ao mês 06/2006,

4) Conforme item 1 acima, o processo SIPRO nº 182307/2006-6 foi protocolado em 01/11/2006 e não em abril de 2006, e o DEFERIMENTO ocorreu em 22/12/2006, tempo este decorrido em virtude das pendências da empresa para com a entrega dos Arquivos Sintegra e pela necessidade de análise e Parecer por parte dos diversos órgãos envolvidos no processo (CPROC; DPF; DAT METRO). Extrato do INC anexo às fls 212 demonstra que este é único processo de benefício fiscal que a empresa possui junto a SEFAZ/BA;

5) Cronograma da tramitação do Termo de Acordo:

01/11/2006 - Contribuinte deu entrada do processo.

27/11/2006 - Parecer Intermediário dado pela CPROC, encaminhando o processo para Parecer da Coordenação da CPROC.

29/11/2006 - Despacho da Coordenação da CPROC encaminhando o processo para Parecer da GECES/DPF.

19/12/2006 - Parecer Intermediário da GECES/DPF pelo Deferimento e encaminhando o processo para Parecer Final da DAT METRO.

22/12/2006 - DAT METRO defere o processo e assina o Termo de Acordo.

22/12/2006 - Contribuinte toma ciência do deferimento do pedido de celebração de Termo de Acordo e recebe uma cópia do mesmo.

Respondidos os questionamentos do CONSEF, será o processo encaminhado para a CCRED/PAF visando dar ciência à empresa e ao autuante.

Foram juntados à informação fiscal diversos documentos que lhe dão fundamento.

Às fls. 218/219, em nova manifestação, o recorrente retorna aos autos, pontuando:

1. Reiterando todos os pontos do seu Recurso, observando que os documentos de fls. 199 e 200 não dizem respeito ao pedido do regime especial, formulado, segundo registro à fl. 194, que se reporta ao “*pedido de prorrogação*”, para solução de pendências relativas ao SINTEGRA, registrando que com o deferimento do pleito, as pendências foram sanadas.
2. Que a deve ter havido algum equívoco por parte da SEFAZ no cadastramento do seu pleito, aduzindo que não pode o contribuinte ser prejudicado. Registra que conforme consignado à fl. 200, diz expressamente que solicitava o aludido prazo, “*tendo em vista nossa imperiosa necessidade da assinatura (liberação) do Termo de Acordo SEFAZ Atacadista, desde março deste ano*”, o que induziria a data da efetiva solicitação, ponderando que se tal data não foi registrada pela SEFAZ no seu sistema, não pode arcar com tal ônus, considerando que provou sua condição para a obtenção do regime especial.
3. Pondera que “*... se não houve indeferimento ao pedido, sendo concedido o prazo e, depois, havendo o deferimento, é porque o autuado preenchia sim os requisitos essenciais, existindo tão somente pequeno entrave acessório, superado, como dito, até mesmo pela ausência do indeferimento*”.

Por fim protesta pela produção de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para apuração dos créditos e débitos correlatos ao item 3, ao tempo em que também protesta pelo “*provimento*” do seu Recurso Voluntário para que seja declarado nulo ou improcedente os itens recorridos, ou, alternativamente que seja julgada parcialmente procedente a infração 3, e nulas ou improcedentes as infrações 1 e 2.

Em Parecer conclusivo, o Dr. José Augusto Martins Junior, procurador da PGE/PROFIS, fls. 225/226, opina no sentido de que seja negado provimento ao apelo recursal, entendendo que “*.. tendo em vista que a pendência apontada para concessão do benefício em nada tem a ver com a existência de parcelamento pendente, não há que se falar em retroação do deferimento, pois, de fato, à época dos fatos engendrados do lançamento, não restavam preenchidas as condições previstas no Decreto nº 7.799/00*”.

VOTO VENCIDO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido formulado pelo recorrente para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos seus advogados, registro que nada obsta o atendimento do pedido, contudo, há que se registrar que mesmo atendido o pedido acima, o encaminhamento de intimações e notificações relativas ao feito, diretamente ao Sujeito Passivo não será motivo de nulidade, conforme expresso na legislação de regência.

O recorrente, em sede de preliminar, argui a decadência do direito de constituição dos créditos fiscais, no que se refere às infrações 1 e 2, fatos geradores ocorridos até o dia 30/03/2006. Também argui a nulidade da infração 3 aduzindo insegura e inconsistente a apuração da base de cálculo e dos valores considerados como devidos.

Quanto à decadência suscitada pelo recorrente, entendo que assiste razão à Recorrente, para as operações ocorridas anteriormente a 28/03/2006, à luz da orientação do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, e jungido a diversos PAF's, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 28/03/2006, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca a operação anterior a 28/03/2006, qual seja a ocorrência datada de 01/02/2006 da infração 1, apenas.

Por cautela, tratando de eventual preliminar de nulidade, vejo que as razões recursais são desprovidas de qualquer base fática ou legal. Em verdade, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Quanto à nulidade da Decisão proferida pela 4ª JF, suscitada pelo Recorrente ainda que sutilmente, entendo que foram enfrentadas todas as preliminares e razões de defesa, bem como os documentos trazidos aos autos, o que garante a higidez da Decisão proferida em primo grau.

Por tudo isso, presentes os requisitos à lavratura do Auto de Infração que deu origem a este PAF, com fundamento na Lei do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96 e no RPAF/99, afasto as preliminares de nulidade do Auto de Infração, pois, não se enquadram em nenhuma das possibilidades de nulidade previstas no art. 18 do RPAF/99. Nesse mesmo sentido, reitero meu entendimento de que a Decisão recorrida analisou a integralidade dos argumentos trazidos na peça de defesa.

Referentemente ao requerimento para conversão do feito em diligência, entendo que não há que ser atendido, pois, os elementos trazidos aos autos, por si só mostram-se suficientes para que seja a lide julgada. Também merece destaque o fato de que o recorrente não logrou comprovar, conforme determina o Decreto nº 7.799/2000, que houve a utilização de crédito fiscal no percentual que não excedesse 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, restando certo que, o Sujeito Passivo, até prova em contrário, se apropriou do mencionado crédito fiscal na apuração do imposto devido e recolhido, com redução da base de cálculo.

No mérito, o Recurso Voluntário cinge-se unicamente à infração 3, cuja acusação fiscal é de recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000.

Da compulsão dos autos, entendo que alguns pontos precisam ser registrados, como segue:

1. Apesar de o recorrente haver requerido enquadramento no Decreto 7.799/2000, o que lhe possibilitaria beneficiar-se da redução da base de cálculo do ICMS, à época da lavratura do Auto de Infração em questão tal requerimento não havia sido deferido.
2. Mesmo sem ver deferido seu pleito de enquadramento no Decreto nº 7.799/2000, o recorrente passou a fazer uso dos benefícios fiscais decorrentes do referido Decreto, sob a justificativa de que seu pleito preenchia todos os requisitos legais para a adoção do regime.
3. O deferimento do pedido de enquadramento ocorreu em momento posterior aos fatos geradores do imposto e ao próprio Auto de Infração.

O recorrente entende que diante dos fatos acima narrados, deveria a Fazenda Estadual convalidar a sua conduta (uso do benefício fiscal sem a devida formalização), vez que a assinatura do Termo de Acordo se constitui em mero ato formal que convalida direito adquirido.

Quanto à matéria em apreço, devo remeter a discussão à utilização do tratamento tributário diferenciado previsto no Decreto nº 7.799/2000. No particular, a transcrição do art. 7º se impõe porque define a condição elementar para que um contribuinte possa fruir do benefício ali previsto, como segue:

“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.” (grifo do relator)

Da leitura e inteligência do texto da norma, vê-se claramente que é condicionante à fruição do benefício a celebração do Termo de Acordo, logo, independentemente de o recorrente preencher todos os requisitos para ver seu pleito atendido, não podia ter se valido de condição incerta para fruir de benefício que ainda não lhe havia sido concedido, conforme previsto no Decreto nº 7.799/2000.

Feitas as considerações acima alinhavadas, entendo que correta é a autuação que exige o imposto em razão de recolhimento a menos derivado do ICMS pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo conforme indicado nos autos.

Com respeito à tese recursal de que não considerada a validade do Termo de Acordo, as operações teriam que ser tratadas pelo regime normal, com a consideração de débitos e créditos, pelo que pode constatar dos autos, o Auditor Fiscal construiu o levantamento fiscal com base no confronto da base de cálculo utilizada indevidamente pelo Recorrente (base de cálculo reduzida) e a base de cálculo derivada da correta aplicação da legislação (sem o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000), daí encontrando e lançando a diferença do valor do ICMS recolhido a menos.

Ora, se o lançamento decorre da apuração da diferença na definição da base de cálculo do imposto que se exige (reduzida e não reduzida), não há que se falar em apuração com base em crédito e débito, pois, tal distinção decorre unicamente da utilização de benefício fiscal de forma indevida, considerando que o Sujeito Passivo passou a fruir de benefício que somente passou a fazer jus em momento posterior aos fatos e operações que deram azo à autuação, e até mesmo à lavratura do presente Auto de Infração.

Isto posto, com base nos elementos que compõem o presente PAF, e fundamentado na informação fiscal derivada da diligência requerida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que amiudou e esclareceu pontos eventualmente obscuros quanto à validade do Termo de Acordo para colocar a oro recorrente ao abrigo do Decreto nº 7.799/2000, entendo que estão presentes todos os elementos para a formação do meu convencimento, concluindo que não merece qualquer reparo a Decisão recorrida quanto a infração 3.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL à suplica recursal, afastando a exigência fiscal sobre as operações alcançadas pela decadência.

VOTO VENCEDOR

Em que pese o voto proferido pelo Relator, entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 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 repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“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 não originais)

Além disso, a Lei nº 3.956/81 (COTEB) estabelece, no artigo 107-A, inciso I, que *“O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Sendo assim, o prazo legal para a constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro, abril e maio de 2006 se esgotaria em 31/12/11. Como este auto de infração foi lavrado em 28/03/11, não se encontravam decaídos os débitos relativos aos fatos geradores apontados na peça recursal.

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 –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.”*

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há que se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante:

1. da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. do entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. do despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de *“minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”*

Ante o exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar de decadência.

Quanto ao mérito, acompanho, com outra fundamentação, o voto do ilustre relator.

Como se pode depreender da análise dos autos, o lançamento de ofício decorreu da constatação de que o autuado aplicou, indevidamente, o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 nas operações internas de saídas de mercadorias, tendo em vista que, no período mencionado na autuação, ainda não havia sido firmado Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda para fruição do benefício fiscal, como determina a legislação.

A sistemática adotada no referido decreto permite que o beneficiário reduza a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas a outros contribuintes de forma que a carga tributária seja fixada em 10%; por outro lado, o contribuinte também é obrigado a estornar o crédito fiscal excedente à carga tributária de 10%.

Ora, se a Fiscalização entendeu que, por não haver Termo de Acordo firmado, o recorrente deveria ter tributado normalmente suas operações, deveria também ter considerado os créditos

fiscais gerados pelas entradas de mercadorias em sua totalidade e não limitados ao percentual de 10%, haja vista que se está refazendo a conta corrente fiscal do autuado.

Entretanto, apesar de alegar que a autuante não levou em consideração, em sua totalidade, os créditos fiscais a que tinha direito, o recorrente não trouxe aos autos nenhuma prova de que: a) no período da autuação realizou entradas de mercadorias tributadas a alíquotas superiores a 10%; b) efetivou o estorno dos valores de crédito que excediam ao mencionado percentual de 10%.

Sendo assim, restando não comprovada a alegação de falta de consideração de créditos fiscais, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.0003/11-9**, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE AMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.474,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.410,29 e 50% sobre R\$64,17, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “f” e I, “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.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS