

PROCESSO - A. I. Nº 149269.0007/10-0
RECORRENTE - BANDEIRANTE QUÍMICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0262-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 31/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0317-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTES ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. As mercadorias objeto da autuação só estariam fora do enquadramento no regime de substituição tributária, se destinadas à empresas beneficiadas pelo PROAUTO (Lei nº 7.537/99). Não restou comprovado nos autos que a empresa destinatária das mercadorias, GAGE DO BRASIL LTDA, seja beneficiária dos benefícios fiscais concedidos pelo programa de incentivo fiscal supracitado. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Decisão por maioria. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 28 de dezembro de 2010, com exigência de R\$149.829,74 de ICMS, acrescido da multa de 60%, através do Acórdão JJF Nº. 0262-05/11 (fls. 564 a 567), pela constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01: Falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado, no total de R\$149.829,74, além da multa no percentual de 60%, fato verificado no período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2007;

A Decisão objeto do Recurso foi a seguinte:

“A impugnante trouxe aos autos diversos documentos com o fito de provar que as suas vendas à GAGE estão dentro da previsão legal, por se tratar de empresa sistemista da FORD e gozando dos benefícios concedidos pela Lei nº 7.537/99 que por tal razão não era obrigada a fazer a retenção do ICMS. Estes documentos são o contrato social da própria impugnante, da destinatária dos seus produtos, a GAGE, as notas fiscais de venda que foram objeto da autuação, e um e-mail enviado por funcionária da GAGE, a autuante, a pedido da impugnante, explicando que a GAGE é equiparada à indústria, e tem como único cliente a própria FORD, e é empresa beneficiada do PROAUTO, do qual se beneficia também.

Indefiro inicialmente o pedido de diligência por considerar que prova necessária à solução da lide (de que a GAGE é beneficiária do PROAUTO), não tem complexidade que requeira diligência. O programa especial de incentivo ao setor automotivo da Bahia – PROAUTO foi instituído pela Lei nº 7.537 de 28 de outubro de 1999 com a finalidade de criar estímulos à implantação de empreendimentos industriais no setor automotivo da Bahia, podendo habilitar-se tanto a empresa que fabrica automóveis como também as empresas fornecedoras cujas atividades sejam correlatas ou complementares e de acordo com § 1º, Art. 2 da supracitada lei, é condição “sine qua non” ser listado no projeto do empreendimento e ser aprovado pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE – Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico. Vejamos o que diz a Lei:

Art. 12 da Lei 7.537/99: O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

§ 1º - O diferimento previsto neste artigo aplica-se às operações com:

I - insumos em geral, destinados à fabricação de:

- a) veículos automotores;
- b) partes, peças e componentes automotivos.

II - veículos automotores novos, partes, peças e componentes importados, destinados à revenda;

III - partes, peças e componentes nacionais, destinados à revenda;

IV - bens destinados ao ativo fixo, inclusive veículos automotores novos, das empresas beneficiárias.

....
§ 3º - Consideram-se insumos, para os efeitos do inciso I, do § 1º, deste artigo, as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios.

....
§ 5º - O diferimento do lançamento do imposto aplica-se, também, às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, observadas as condições previstas no caput deste artigo.

Embora comumente se entenda que as empresas vinculadas ao complexo Ford são todas beneficiárias do PROAUTO, a verdade é que nem todas as empresas ditas “sistemistas” da Ford, e que inclusive tem suas instalações anexas ao seu complexo industrial, são beneficiárias do PROAUTO, por não se enquadrarem dentro dos parâmetros estabelecidos em seu artigo 12, assim como há empresas que estão instaladas à distância considerável da FORD e são beneficiárias, como é o caso da PIRELLI em Feira de Santana, fabricante de pneus, que se enquadra na descrição do § 3º, como fornecedora de insumos (pneumáticos). Observando-se a mercadoria presente nas notas fiscais (solvente), o Art. 12 não trata explicitamente deste item como sendo insumo. Esta é a primeira evidência de que a destinatária das mercadorias não está inclusa entre os beneficiários. Além disso, como informa a autuante, a GAGE realmente apresenta recolhimento normal de ICMS, conforme é possível verificar no sistema INC da SEFAZ, diferentemente das outras empresas beneficiárias da lei de incentivo, cujas saídas são diferidas e não apresentam recolhimento de ICMS normal.

Assim, por força do § 1º do Art. 2º da Lei nº 7.537, a empresa precisa de aprovação do seu projeto pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE para habilitar-se ao diferimento. A empresa se torna beneficiária do PROAUTO após o FUNDESE se pronunciar a respeito por meio de resolução, pois o benefício não é automaticamente estendido a todo e qualquer fornecedor da FORD que seja beneficiário do PROAUTO. Vejamos o que diz literalmente o parágrafo 1º do Art. 2º:

*§ 1º - A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, **listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.***

Assim, um certificado da FORD que atesta a condição de fornecedora não é condição suficiente para que automaticamente uma empresa seja beneficiária do PROAUTO e um simples e-mail enviado por preposto da GAGE do BRASIL é um documento unilateral e informal, portanto é uma prova frágil e não pode garantir que a empresa seja beneficiária do diferimento concedido pelo programa de desenvolvimento estabelecido pelo governo do Estado da Bahia, pois a prova incontestável é a resolução do Conselho Deliberativo do FUNDESE concedendo à GAGE, o direito ao diferimento e isto não foi apresentado.

Quanto ao pedido de reconhecimento da decadência do lançamento tributário de fevereiro a novembro de 2005, a legislação pertinente no Estado da Bahia, o § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário e o Conselho de Fazenda, por força do Art. 167, I, do RPAF, não tem competência para a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo do COTEB.

Quanto à alegada bitributação, no caso da empresa destinatária ter recolhido o ICMS operações próprias, não procede. Primeiro que se a GAGE eventualmente recolheu o ICMS normal sobre as operações próprias destas operações com a impugnante, provavelmente não recolheu o ICMS ST, que é maior que o normal, por força da aplicação de margem de valor agregado, e ainda que o tenha feito, isto não caracteriza bitributação, que é o fenômeno pelo qual o mesmo fato gerador vem a ser tributado por dois ou mais entes políticos, ou seja, há concorrência de dois agentes no pólo ativo da relação tributária. Neste caso, poderia haver um “bis in idem”, ou seja, o mesmo ente tributando mais de uma vez pela ocorrência do mesmo fato gerador. Tal situação é perfeitamente solucionável, desde quando a GAGE teria direito à restituição do indébito, mas de todo modo, a sujeição passiva legal perante a Secretaria da Fazenda, é de responsabilidade do autuado, não havendo possibilidade prevista em lei que exima a sua responsabilidade, ainda que o imposto devido tenha sido recolhido por terceiros.

Diante do exposto, considerando-se que a GAGE aparece nos sistemas da SEFAZ com recolhimento normal de ICMS, regime incompatível com o de beneficiário do PROAUTO, da falta da resolução do FUNDESE na defesa

da impugnante, e pelo fato da mercadoria comercializada não se encontrar entre as beneficiadas pela Lei nº 7.537/99, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Cientificada do julgamento, a empresa, interpôs Recurso Voluntário (fls. 578 a 591), onde contesta a Decisão de piso, com base na seguinte argumentação:

Inicialmente, argui a ocorrência de decadência parcial, transcrevendo o artigo 146 da Constituição Federal, e o fato de que o Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de Lei Complementar, dispõe em seu artigo 150, *caput* e § 4º, que, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos desde a ocorrência do fato gerador sem que a Fazenda Pública tenha se manifestado, considera-se homologado o pagamento do tributo feito pelo sujeito passivo.

Entende que, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, com pagamento efetuado pelo sujeito passivo, o prazo decadencial passa a fluir a partir da data do fato gerador.

Assim sendo e considerando que o recorrente foi cientificada do Auto de Infração em epígrafe somente em 29.12.2010, não há dúvida de que se operou a decadência sobre todos os fatos jurídicos tributários ocorridos até o dia 29.12.2005, inclusive.

Defende a inconstitucionalidade dos artigos 915, inciso I, do RICMS/BA e 28, § 1º, do COTEB, e que apesar do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF, e insiste em defender o seu direito e pugnar pelo reconhecimento da decadência do lançamento sobre fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos antes da lavratura do Auto de Infração, pois, à luz da Ordem Jurídica Brasileira, é a norma do Código Tributário Nacional que deve prevalecer em matéria de decadência e prescrição.

Quanto ao mérito da autuação, informa que todas as operações objeto da autuação foram vendas de solventes feitas pelo recorrente à filial da empresa GAGE DO BRASIL LTDA. no município de Camaçari, Estado da Bahia, como demonstram as notas fiscais acostadas ao lançamento.

Aduz, ainda, que a filial da GAGE em Camaçari/BA situa-se no pólo industrial da FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA. e fornece seus produtos exclusivamente à própria FORD, que notoriamente é uma indústria fabricante de automóveis e, como tal, é beneficiária principal do PROAUTO, nos termos da Lei n.º 7.537/99 do Estado da Bahia; bem como à sociedade empresária AUTOMETAL S/A, também uma fornecedora da FORD.

Passa a analisar a legislação do PROAUTO, especialmente a Lei n.º 7.537/99, que em seu artigo 12, cujo teor transcreve, prevê a ocorrência de diferimento nas operações com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, para concluir que tal dispositivo desonera a cadeia de circulação de mercadorias com a evidente finalidade de assegurar um benefício econômico aos estabelecimentos fabricantes de veículos automotores.

Conclui seu raciocínio, afirmando que ainda que a empresa GAGE não estivesse credenciada junto ao PROAUTO, ainda assim o lançamento do ICMS deveria ser diferido, porque, em última análise, esse diferimento consiste num benefício econômico à FORD e não de um incentivo fiscal à GAGE.

Logo, entende o recorrente que o diferimento do lançamento do ICMS preconizando pela Lei n.º 7.537/1999 não depende de prévia habilitação junto ao PROAUTO dos diversos sujeitos que atuam na cadeia de circulação de mercadorias que têm como destinatários finais estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, na forma do § 5º do artigo 12 da Lei mencionada, cujo texto transcreve.

Afirma que o conceito de fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO encontra-se no § 1º do artigo 2º da mesma Lei n.º 7.537/1999, e que a sua redação enseja duas interpretações: que o lançamento do ICMS fica diferido mesmo quando o destinatário final seja um fornecedor de um beneficiário principal do PROAUTO; e que o lançamento do ICMS fica diferido tanto nas operações que envolvam quanto nas operações que não envolvam os fornecedores das beneficiárias principais do PROAUTO.

Continuando sua interpretação do texto legal, infere que a Lei não exige que os diversos sujeitos que atuam na cadeia de circulação de mercadorias estejam credenciados no PROAUTO, pois, se fosse essa a intenção do legislador, o texto legal diria que o diferimento “só” se aplica nas operações realizadas entre os fornecedores dos beneficiários principais do PROAUTO.

Reafirma que o recorrente não está obrigada a recolher o ICMS a título de substituição tributária sobre as operações em causa em função do benefício que contempla a FORD e não por causa de algum benefício da GAGE, e que pouco importa se a GAGE está ou não devidamente credenciada perante o PROAUTO, pois, para efeito de diferimento do lançamento do ICMS, basta que a FORD esteja credenciada perante o PROAUTO e que as mercadorias vendidas pelo recorrente tenham como destinatário final a própria FORD ou um fornecedor da FORD.

Solicita a realização de diligência, a fim de que a empresa GAGE apresente suas notas fiscais de vendas realizadas nos anos de 2005 a 2007, as quais certamente comprovarão que todas as mercadorias tiveram como destinatária final a FORD.

Reitera o argumento defensivo de que a cobrança do ICMS substituição tributária consistir em *bis in idem*, pois a GAGE já pagou o ICMS incidente sobre a operação subsequente.

Replica a Decisão de primeiro grau a respeito, entendendo que não seria possível o reconhecimento da ocorrência do *bis in idem* porque o ICMS-ST é maior do que o normal, por força da aplicação de margem de valor agregado. Ora, se fosse por isso, deveria ter sido lançado contra o recorrente, a título de ICMS-ST, apenas a diferença entre a margem de valor agregado estipulado pelo RICMS e a margem de lucro efetiva da GAGE nas vendas feitas à FORD, de modo que o valor lançado contra o recorrente no Auto de Infração seria substancialmente inferior.

Conclui aduzindo que as mercadorias em causa tiveram como destino final a FORD, uma beneficiária do PROAUTO, e que o recorrente não estava obrigada a recolher ICMS sobre as operações próprias nas vendas feitas à GAGE e nem mesmo a GAGE estava obrigada a recolher ICMS sobre suas operações próprias de vendas feitas à FORD. Logo, o recorrente e a GAGE têm direito à repetição dos valores pagos sobre suas respectivas operações.

Pontua que o Acórdão combatido afirma que a ocorrência do *bis in idem* seria “...*perfeitamente solucionável, desde quando a GAGE teria direito à restituição do indébito...*”, todavia entende que a solução não seria tão simples quanto parece, pois, como se sabe para requerer a restituição do indébito do ICMS, o contribuinte deve comprovar que assumiu o encargo financeiro ou deve obter uma autorização de quem o assumiu, nos termos do artigo 73 do RPAF. E é certo que a FORD foi quem arcou com o encargo financeiro do ICMS pago pela GAGE sobre as operações próprias, de tal modo que, a esta altura, é impraticável a restituição destes tributos.

Defende, finalmente, que o produto que vende deva ser considerado insumo, apesar da sua natureza (solvente), vez que utilizado no processo de pintura automotiva, e que por tal motivo, inexistente dúvida, quanto a sua condição de insumo destinado à fabricação de veículos automotores e enquadra-se na categoria de produtos intermediários, tal como prevê o § 3º do artigo 12 da Lei do PROAUTO.

Finaliza, solicitando o acatamento do Recurso, e seu provimento.

Remetido para a PGE/PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer opinativo quanto ao Recurso apresentado, a ilustre Procuradora inicialmente afasta a ocorrência de decadência suscitada, bem como a realização de diligência, conforme requerido.

Afirma na tentativa de descaracterizar a infração, o sujeito passivo reitera os mesmos argumentos constantes na impugnação inicial, e é incisiva nos termos legais, o requisito essencial para a habilitação de empresa como beneficiária do regime de diferimento é estar listada no projeto de empreendimento e ser aprovada pelo FUNDESE, via Resolução.

Segue, aduzindo que o benefício fiscal não é concedido de forma automática, e indistinto para todas as empresas fornecedoras da FORD beneficiárias do PROAUTO, e sim, benefício cujo gozo dependerá de deliberação e aprovação por parte do FUNDESE.

Posiciona-se no sentido de que o sujeito passivo não conseguiu acostar aos autos prova material capaz de certificar que a empresa GAGE DO BRASIL LTDA. seja, de forma efetiva, beneficiária do regime de diferimento concedido pelo PROAUTO, além do fato de que nos sistemas da SEFAZ a mesma apresenta recolhimento normal, em contraste com as empresas beneficiárias da Lei de incentivo, cujas saídas são diferidas.

Quanto a alegação de “*bis in idem*”, entende que caberá à GAGE DO BRASIL LTDA. comprovar os recolhimentos e pleitear eventual restituição do imposto.

Por tais argumentos, entende que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

VOTO

Primeiramente, em relação às colocações do recorrente de natureza preliminar, devo observar o seguinte: Torna-se necessário, tecer algumas considerações quanto a arguição da decadência parcial suscitada, diante do entendimento do recorrente da mesma ter havido, mencionando, inclusive a Decisão do STF motivador da edição da Súmula Vinculante nº 8.

Impende afirmar-se que quando da edição de tal Súmula Vinculante, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

Aquele órgão, após análise jurídica do quanto ao conteúdo e alcance da citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opinou no sentido de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este órgão julgador.

Foi suscitada por essa CJF a questão da decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo consta nos autos, os fatos geradores ocorreram no ano de 2005, a partir do mês de fevereiro e o lançamento encontra-se com data de 28 de dezembro de 2010, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Para decidir sobre essa questão, necessário fazer uma reflexão sobre o teor da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, de conhecimento de todos, a respeito da matéria.

Assim 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”.

Inicialmente, importante observar-se que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária.

Todavia, apenas somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Noto, a partir da análise dos seus fundamentos, que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é esclarecedora, resume e enriquece toda a discussão.

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. *As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.*

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. *O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.*

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. *As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.* **IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO.** *Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.* **V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA**

DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. *São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.*

(RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)”

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação implicaria um verdadeiro desrespeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, à vista de tais considerações, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, do CTN de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei. Nesse ponto, impende fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que ao meu entender não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da

segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da Decisão vinculante do Tribunal Superior.

Como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, entendo necessário tecer algumas observações em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia.

Ao meu entendimento, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa discussão. Verifico que a PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem, sem haver o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em função da falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Entendo, ainda, que da resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, importante ressaltar a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, 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 prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia. Daí se depreende a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nesse contexto, devo 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, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Com a edição da Súmula em debate, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como tem opinado a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais,

em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS. Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício.

Daí, para sabermos qual a regra deva ser usada, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

“EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”.
Desse modo, em reforço a tal argumentação, e consoante pacificada jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, conforme já mencionado, o prazo decadencial conta-se na forma do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE A QUO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN).

(...)

3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (artigo 173, I, do CTN).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag nº. 1.315.679/SP, relator Minintro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgamento ocorrido em 02 de junho de 2011).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ICMS. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (RECURSO REPETITIVO - RESP 973.733-SC).

1. O tributo sujeito a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício substitutivo, que deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

(...)

3. Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo de o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte (Precedentes da Primeira Seção: AgRg nos EREsp 190287/SP, desta relatoria, publicado no DJ de 02.10.2006; e ERESP 408617/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 06.03.2006).

(...)

5. À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº. 973.733/SC, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais Recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp. n. 1.074.191/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 2-3-2010, DJe de 16-3-2010).

Frise-se que não se está negando efeito à Súmula Vinculante do STF, muito ao contrário, pois a sociedade vive ao império da lei, e do princípio da legalidade. Todavia, as decisões acima enunciadas não se reportam à Decisão acerca de matéria previdenciária, tal como a que baseou a Súmula Vinculante nº. 08, mas, especificamente, a ICMS, tributo que se discute nesta oportunidade.

Observe-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício é regulado, repito, pelo artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo diploma legal.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, aborda a questão com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, páginas 912 e 913).

Dessa forma, não poderia ser outro o meu entendimento, diante dos argumentos acima expostos.

Logo, da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2006, findando-se em 31 de dezembro de 2010. Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

Assim, claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2005, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo, razão pela qual, afasto a decadência argüida pelo recorrente, rejeitando a preliminar levantada.

Quanto a alegação de eventual inconstitucionalidade dos artigos 915, inciso I, do RICMS/BA e 28, § 1º, do COTEB, nos termos do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não cabe a este órgão apreciação desta natureza.

De relação ao pedido de diligência formulada, para verificação junto à empresa Gage do Brasil Ltda., indefiro o mesmo, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligar ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito. Ademais, os elementos solicitados no corpo da diligência, poderiam ter sido apresentados pelo recorrente.

Na apreciação do mérito, a questão se apresenta de forma bastante singela, resumindo-se a falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas vendas realizadas para contribuinte deste Estado, vez que, de acordo com a acusação fiscal comercializou solvente para a empresa Gage do Brasil Ltda., localizada em Camaçari, sem a respectiva retenção do imposto devido por substituição tributária.

Resumidamente, a base recursal apresentada é a de que o recorrente não está obrigada a recolher o ICMS a título de substituição tributária sobre as operações em causa em função do benefício que contempla a FORD e não por causa de algum benefício da GAGE, e que pouco importa se a GAGE está ou não devidamente credenciada perante o PROAUTO, pois, para efeito de diferimento do lançamento do ICMS, basta que a FORD esteja credenciada perante o PROAUTO e que as mercadorias vendidas pelo recorrente tenham como destinatário final a própria FORD ou um fornecedor da FORD.

Para avaliação de tal argumento, necessária será remissão à Lei nº. 7.537/99, que instituiu o programa denominado PROAUTO (Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia) vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico (FUNDESE). Tal diploma foi editado com o fito de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

No parágrafo primeiro, do artigo segundo de tal Lei, estava disposto que a concessão dos benefícios e incentivos nela previstos, excluído o financiamento de capital de giro, estendia-se aos **fornecedores** das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica fosse correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Assim previa o artigo 12 da Lei:

Art. 12. O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

§ 1º - O diferimento previsto neste artigo aplica-se às operações com:

I - insumos em geral, destinados à fabricação de:

a) veículos automotores;

b) partes, peças e componentes automotivos.

II - veículos automotores novos, partes, peças e componentes importados, destinados à revenda;

III - partes, peças e componentes nacionais, destinados à revenda;

IV - bens destinados ao ativo fixo, inclusive veículos automotores novos, das empresas beneficiárias.

§ 2º - O disposto nos incisos II e III deste artigo, aplica-se apenas às empresas beneficiárias principais do PROAUTO.

§ 3º - Consideram-se insumos, para os efeitos do inciso I, do § 1º, deste artigo, as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios.

(...)

§ 5º - O diferimento do lançamento do imposto aplica-se, também, às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, observadas as condições previstas no caput deste artigo.

Estas, pois, são as condições legais impostas para as empresas beneficiárias do PROAUTO.

Note-se que em momento algum, a norma fala em venda de forma exclusiva, como alega o recorrente diante da situação da empresa Gage do Brasil Ltda. frente à FORD, sequer estabelece a desnecessidade de autorização prévia para que as operações sejam amparadas por diferimento, como pretende o recorrente. Por isso não posso acolher a súplica recursal a respeito.

Vejamos agora as questões sob o aspecto fático, e merecem alguns comentários. O primeiro deles é o de que o diferimento ocorre em relação às operações que destinem matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, enfim, os insumos industriais para estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, no caso presente a empresa FORD do Brasil S/A. Não é este o caso em exame, uma vez que a empresa recorrente é fornecedora da empresa Gage do Brasil Ltda., esta, sim, fornecedora da FORD.

Outra situação na qual o diferimento do lançamento do imposto pode ser aplicado refere-se às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, no caso, os fornecedores da FORD. E aqui valem algumas explicações. Em momento algum se fez a prova no processo de que a empresa Gage do Brasil Ltda. esteja na condição de beneficiária do PROAUTO. E esta condição seria indispensável para podermos eventualmente falar em diferimento, como deseja o recorrente. Logo, tal argumento não pode ser acolhido, e por via de consequência, a empresa Gage do Brasil Ltda., cliente do recorrente não pode ser considerada como inserida nos benefícios fiscais do PROAUTO, diferentemente das afirmações contidas na peça recursal.

Sabido é, e isso foi muito bem pontuado no voto de primeiro grau, que a inserção no PROAUTO não se dá de forma automática, apenas pelo fato da empresa se apresentar como fornecedora daquela denominada “beneficiária principal”, mas requer outros atos, inclusive a imprescindível Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico (FUNDESE), o que não consta dos autos, repito, e seria a prova negativa que necessitaria o recorrente para tentar reverter a autuação.

Relevante lembrar os termos do artigo 111 do CTN no sentido de determinar que interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Assim, as inferências contidas na peça recursal, acerca do alcance da norma legal, ou seu alcance, não podem ser acolhidas, diante do fato de que o diferimento nada mais ser do que suspensão temporária e condicionada do destaque e recolhimento do imposto.

Dessa forma, não se configurando a empresa Gage do Brasil Ltda. como beneficiária do PROAUTO, ainda que fornecedora da FORD, as operações com solventes, como ocorrido, submetem-se à regra de tributação, no caso concreto à substituição tributária, não se podendo dar guarida, de igual forma, à argumentação de ocorrência de *bis in idem*, e ainda que ocorresse tal fato, o que reitero, não é o caso presente, o procedimento correto seria a repetição de indébito, realizado na forma regulamentar.

Note-se que em momento algum o recorrente contesta o fato de que caso as operações de venda de solvente fossem realizadas para empresa não beneficiária do PROAUTO, não seria devida a retenção e recolhimento do ICMS a título de substituição tributária, donde se infere que em tais hipóteses, é devido o imposto, e para seu cálculo a legislação estabelece a regra, inclusive quanto, se cabível, deve ser o percentual de margem de valor agregado (MVA), pouco importando, no caso, o preço real de venda do produto, o qual tem relevância apenas para o lançamento do ICMS relativo à operação normal.

Por tais razões, não tendo trazido o recorrente à necessária prova frente às questões levantadas, entendo que o julgamento de primeiro grau deva ser mantido, e o Recurso Voluntário não provido.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e mérito)

Peço vênias ao ilustre Relator para discordar da sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 28/12/2005.

Ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 28/12/2005, à luz da decisão 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, 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 28/12/2005, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 28/12/2005, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na medida em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador. Quanto aos demais períodos não alencados pela decadência acompanho o voto do relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência e mérito, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **149269.0007/10-0**, lavrado contra **BANDEIRANTE QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$149.829,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e mérito) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e mérito) – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência e mérito)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS