

PROCESSO	- A. I. N° 210432.0003/07-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ENGEPACK EMBALAGENS S/A.
RECORRIDOS	- ENGEPACK EMBALAGENS S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0050-03/11
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 12/09/2014

RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0257-11/14, de 12 de agosto de 2014, conforme solicitação da SAT/DAT/METRO/CPPAF, fls. 1924/1927, para fim de adequação do demonstrativo de débito aos valores efetivamente julgados.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0257-11/14-A

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** SUCATAS. Pela descrição dos produtos nas notas fiscais, foram realizadas operações comerciais com sucatas, mercadorias tributáveis, cujo pagamento do imposto não foi comprovado pelo autuado. Refeitos os cálculos, mediante diligência fiscal, o imposto exigido ficou reduzido. **b)** MERCADORIA NÃO AMPARADA PELO DIFERIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Trata-se de operação com mercadoria impossibilitada de adoção do regime de diferimento. Infração subsistente. 3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Os cálculos foram refeitos, excluindo-se os recolhimentos comprovados por meio de Documentos de Arrecadação. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. **a)** OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA. Trata-se de devolução de mercadoria, tendo sido aplicada a mesma alíquota do documento originário. Infração insubstancial. **b)** VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO REGIME NORMAL OU DO SIMBAHIA INAPTO COM APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. **c)** VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. **d)** VENDAS DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. Houve desistência da defesa apresentada, conforme requerimento formal do defendant, para fruição dos benefícios da Lei nº 11.908/2010. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO.

RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. **6.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Não constituem “materiais de consumo” aqueles que são diretamente empregados na atividade-fim da fábrica, mas sim produtos intermediários, espécie do gênero insumos industriais. Excluídas as parcelas relativas aos insumos industriais. Infração subsistente em parte. **7.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **8.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. **a**) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b**) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infrações não impugnadas. **9.** EXPORTAÇÃO. **a**) FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DO PAÍS. **b**) REMESSA COM O FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO NA MODALIDADE EXPORTAÇÃO INDIRETA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que foram canceladas as operações de exportação, objeto da autuação. Infrações insubstinentes. **10.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **11.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a**) FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Quanto a estas infrações, houve desistência da defesa apresentada, conforme requerimento formal do defendant, para fruição dos benefícios da Lei nº 11.908/2010. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Rejeitadas a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 210432.0003/07-8, lavrado em 30/10/2007 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$2.192.425,29, em razão pelo suposto cometimento de 18 infrações.

Prima facie, ressaltamos que são objeto do Recurso Voluntário as infrações 1, 2, 3, 4, 10 e 11 e, por sua vez, diante da desoneração realizada pelo julgamento de piso, são objeto do Recurso de Ofício as Infrações 1, 2, 4, 5, 10, 14 e 15, conforme se depreende do quadro a seguir.

Infração	Valor Original	Julgamento	Valor Julgado	Pagamento Impugnação	Pagamento Lei 11.908/10	Remanescente	Desoneração Julgamento	RECURSO	
1	23.479,49	Parcialmente Procedente	12.046,81	9.695,96	-	2.350,85	- 11.432,68	RO	RV
2	34.965,54	Parcialmente Procedente	110,41	15,37	-	95,04	- 34.855,13	RO	RV
3	753.364,59	Procedente	753.364,59	49.496,94	-	703.867,65	-	-	RV
4	72.801,29	Parcialmente Procedente	46.656,07	45.316,39	-	1.339,68	- 26.145,22	RO	RV
5	12.561,03	Improcedente	-	-	-	-	- 12.561,03	RO	-
6	24.536,19	Procedente	24.536,19	22.973,97	1.562,22	-	-	-	-
7	110.688,82	Procedente	110.688,82	-	110.688,82	-	-	-	-
8	121.762,87	Procedente	121.762,87	121.762,87	-	-	-	-	-
9	19.641,54	Procedente	19.641,54	-	19.641,54	-	-	-	-
10	100.361,24	Parcialmente Procedente	84.155,02	18.255,45	-	65.899,57	- 16.206,22	RO	RV
11	47.359,15	Procedente	47.359,15	42.491,23	-	4.867,92	-	-	RV
12	75.478,12	Procedente	75.478,12	75.478,12	-	-	-	-	-
13	22.079,89	Procedente	22.079,89	22.079,89	-	-	-	-	-
14	328.185,30	Improcedente	-	-	-	-	- 328.185,30	RO	-
15	438.260,23	Improcedente	-	-	-	-	- 438.260,23	RO	-
16	17.566,71	Procedente	17.566,71	-	17.566,71	-	-	-	-
17	775.364,55	Procedente	775.364,55	-	775.364,55	-	-	-	-
18	8.280,00	Procedente	8.280,00	-	8.280,00	-	-	-	-

As irregularidades que estão sob reexame são as seguintes:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$23.479,49. (RO/RV)

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referentes às saídas de sucatas com diferimento de ICMS para destinatários em situação de INAPTO, isento de inscrição estadual ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com diferimento do imposto, no período de fevereiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$34.965,54. (RO/RV)

Infração 03: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter considerado de forma indevida que as referidas saídas de preformas diversas estariam amparadas pelo benefício do diferimento para destinatário que só possuía habilitação de diferimento para as aquisições de preforma de 2 litros, no período de março de 2002 a março de 2006. Valor do débito: R\$753.364,59 (RV).

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, contrariando o art. 343, inciso XVIII, combinado com o art. 399, inciso II, alínea "k" e art. 504, inciso IV do RICMS/BA, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$72.801,29. (RO/RV)

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas interestaduais com alíquota especial de 7%, sem previsão legal, contrariando o disposto no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, nos meses de agosto a outubro de 2002. Valor do débito: R\$12.561,03. (RO)

Infração 10: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$100.361,24. (RO/RV)

Infração 11: Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, ou em razão de o fornecedor do referido serviço de transporte encontrar-se em situação de INAPTO, nos meses de janeiro a maio de 2002 e de março a novembro de 2005. Valor do débito: R\$47.359,15.(RV)

Infração 14: Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de julho e agosto de 2002. Valor do débito: R\$328.185,30. (RO)

Infração 15: Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta) sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, conforme previsto no Convênio ICMS 113/96, nos meses de julho e agosto de 2002. Valor do débito: R\$438.260,23. (RO)

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fls. 939 a 979, e Informação Fiscal às fls. 1.296 a 1.310. Às fls. 911 a 913, 936 e 937, e 1573 a 1575 estão juntados os comprovantes de pagamento parcial em

relação às infrações totalmente (6, 7, 8, 9, 12, 13, 16, 17 e 18) ou parcialmente (1, 2, 3, 4, 10 e 11) reconhecidas.

Após concluir a instrução, com a realização de duas diligências, a 5^a JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, conforme o entendimento abaixo transrito:

VOTO

Inicialmente, o defensor alegou que as intimações emitidas pela fiscalização solicitaram documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006 e a Ordem de Serviço referida no Termo de Início de Fiscalização (OS 517110/06, fls. 31/32) não é a mesma referida no Auto de Infração (OS 506373/07 – fl. 01) esta última emitida após o início da ação fiscal. O autuado alega que não foi intimado do Termo de Início de Fiscalização nem lhe foi dado ciência a respeito das ordens de serviço, em desrespeito ao art. 28, inciso I do RPAF. Diz que, apesar de as intimações recebidas pela empresa solicitarem documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006, a fiscalização lavrou o Auto de Infração relativo ao período de 2002 a 2007.

Quanto ao início da Fiscalização, o art. 28 do RPAF/99, estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”.

Observo que apesar de o contribuinte alegar que não tomou conhecimento do Termo de Início de Fiscalização à fl. 31 do PAF, foram acostadas aos autos as intimações para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 24 a 30), e todas foram datadas e assinadas por representante do autuado. Assim, no caso em exame, o sujeito passivo tomou conhecimento do início da fiscalização, e a emissão da intimação já dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

O autuado também alegou que apesar de as intimações solicitaram documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006, a fiscalização lavrou o presente Auto de Infração referente ao período de 2002 a 2007. Neste caso, entendo que o fato alegado não é motivo para nulidade do procedimento, haja vista que o autuado poderia ter efetuado o recolhimento espontâneo do imposto devido em relação ao período não consignado na intimação e Termo de Início de Fiscalização.

Quanto à alegação referente ao número e data de emissão da Ordem de Serviço, trata-se de questão administrativa que não invalida o trabalho de fiscalização, haja vista que o contribuinte foi regularmente intimado do início da ação fiscal.

Considerando que não foram constatadas falhas processuais e não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defensor, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto a partir de janeiro de 2002, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

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 à homologação, será ele de 5 (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.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2002 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/10/2007, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na

data da ação fiscal não houve recurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Vale salientar que o art. 28 e seu § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia estabelecem que “Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa, após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”. Portanto, não é acatada a preliminar suscitada pelo defendant, de que houve decadência quanto aos valores apurados no exercício de 2002.

Na sustentação oral realizada na sessão de julgamento, o defensor do autuado requereu a realização de perícia em relação aos fatos e documentos relativos à infração 03. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos, inclusive, com a juntada de documentos pelo defendant.

No mérito, a primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 201 a 205 do PAF.

A infração 10 se refere à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 201 a 205 do PAF.

Saliente que infrações 01 e 10, serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dos materiais objeto da autuação é fundamental para a Decisão da lide quanto aos mencionados itens do Auto de Infração.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado reconhece a procedência parcial da exigência fiscal relativa a estas infrações, exclusivamente quanto às operações de aquisição de produtos relacionados no demonstrativo de fls. 946/947 (vol. 4). Em relação aos demais itens do levantamento fiscal, alega que houve equívoco na autuação, porque a fiscalização considerou indevido o crédito apropriado e exigiu diferença de alíquota referente a matérias primas, material de embalagem e produtos intermediários. Salienta que o Fisco entendeu como indevida a utilização de crédito fiscal relativo a lâmpadas, rótulos e barras de cola, dizendo que esses materiais são efetivamente essenciais à atividade produtiva, e por isso, possibilitam a utilização do respectivo crédito fiscal; não há que se falar em material de uso e consumo, e sim de produtos intermediários.

O defendant apresentou descrição de seu processo produtivo (fls. 1017 a 1019) para que se tenha uma visualização completa do mencionado processo produtivo, asseverando que além da exigência indevida sobre as aquisições de lâmpada, rótulos e barra de cola, o presente Auto de Infração ainda exige diferença de alíquota em relação às seguintes operações: a) retorno de ativo imobilizado que haviam saído em comodato (NFs 2470, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132); b) recebimento de mercadorias em empréstimos; c) recebimento de mercadorias para amostra; d) recebimento de mercadoria “remessa em garantia”; e) retorno de mercadorias enviadas para conserto; f) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado.

Observo que os insumos estão diretamente vinculados ao processo industrial e a quantidade aplicada ou utilizada está relacionada com a produção, sendo essa quantidade necessária para obtenção do produto final. Em relação ao produto intermediário, somente se considera como tal se os materiais forem consumidos no processo industrial ou integrem o produto final, na condição de elemento indispensável à sua composição, conforme estabelece o § 1º do art. 93 do RICMS/97.

O presente processo foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo informado pelo diligente que as mercadorias barra de cola e rótulos integram o produto final, garrafa pet. O diligente fotografou o processo industrial onde constatou o momento em que os rótulos são afixados nas garrafas, com utilização da barra de cola. Quanto à lâmpada da sopradora, informou que se desgasta durante o processo produtivo, e é essencial para aquecimento da preforma, antes de sua transformação em garrafa PET, que depois é rotulada. Elaborou novos demonstrativos de débito das infrações 01 e 10, apurando os valores do imposto, totalizando R\$12.029,29 (infração 01 – fls. 1369/1370) e R\$84.155,02 (infração 10 – fls. 1372/1373).

Quanto às demais alegações apresentadas pelo defendant, conforme diligência realizada às fls. 1546 a 1549 não ficaram comprovados itens elencados nas razões de defesa, relativamente às devoluções de empréstimos, remessa em garantia e demais argumentos do autuado. O autuado foi intimado desta diligência, conforme fl. 1550, e não apresentou qualquer contestação.

Concluo que a irregularidade apontada está devidamente caracterizada, sendo parcialmente procedente a exigência fiscal das infrações 01 e 10, de acordo com os valores do imposto apurados na diligência às fls. 1369/1373, totalizando R\$12.029,29 (infração 01 – fls. 1369/1370) e R\$84.155,02 (infração 10 – fls. 1372/1373), retificando-se o total apurado para R\$ 12.048,81 em razão de erro na soma dos valores.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente às saídas de sucatas com diferimento de ICMS para destinatários em situação de INAPTO, isento de inscrição estadual ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com

diferimento do imposto, no período de fevereiro de 2003 a março de 2006, conforme demonstrativos de fls. 206 a 209 dos autos.

Em sua impugnação, o autuado reconheceu a procedência das exigências relativas às NFs 11735, 27788, 28237, 35364. Impugnou o lançamento em relação às NFs 16357, 16614 16615, alegando que as mercadorias foram internadas na Zona Franca de Manaus. Afirma, também, que não deve prosperar a exigência do imposto com relação às vendas efetuadas para Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda., por se tratar de operações de venda de óleo lubrificante, isentas de ICMS, conforme art. 21, II do RICMS/BA. Quanto às saídas para J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, no valor principal de R\$17.976,09 e R\$149,11, respectivamente, o autuado entende que não procede a exigência do imposto alegando que existe habilitação dessas empresas para adquirir as mercadorias com diferimento.

Observo que o art. art. 21, II do RICMS/BA, citado pelo deficiente, estabelece:

Art. 21. São isentas do ICMS as operações com combustíveis e lubrificantes:

II - até 31/12/12, nas saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado, coletados por estabelecimento coletor cadastrado e autorizado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), com destino a estabelecimento re-refinador ou coletor-revendedor, devendo o trânsito dessas mercadorias até o estabelecimento destinatário ser acompanhado (Convs. ICMS 03/90 e 38/00):

- a) por Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, relativa à entrada, dispensado o estabelecimento remetente da emissão de documento fiscal; ou
- b) por Certificado de Coleta de Óleo Usado emitido pelo coletor, observadas as disposições do Convênio ICMS 38/00;

O autuante acatou a alegação defensiva somente em relação às NFs 16357, 16614 16615; e afirmou que as informações constantes nos arquivos magnéticos e escrituração do autuado são inconsistentes.

Na diligência fiscal realizada (fls. 1369/1374 – VOL 5), foi informado pelo diligente que excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais referentes às saídas de lubrificantes, de números 11735, 16807, 17596, 18051, 18317, 20120, 22368, 24049, 24462, 26046, 26460, 27788, 27850, 20121, 28176, 28237, 29303, 29470, 33060, 36842. Quanto à habilitação das empresas J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Com. de Aparas de Papel Velho Ltda., informa que o autuante recorreu aos dados cadastrais constates do banco de dados desta SEFAZ. Elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 1370/1371, apurando o débito total de R\$32.924,14.

Na manifestação apresentada após a diligência fiscal, o deficiente alegou que na revisão fiscal restou comprovada a improcedência da exigência fiscal em relação às vendas para a Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda.. Quanto às saídas para as empresas J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, o deficiente alega que não tem acesso aos dados cadastrais da SEFAZ-BA, que é disponível apenas aos funcionários do órgão.

Considerando a informação constante no “HISTÓRICO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, do INC (Informações do Contribuinte) desta SEFAZ (fls. 1399/1402), referente às empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papel Velho Ltda., foi solicitado para o autuante excluir do presente lançamento as notas fiscais correspondentes ao período em que as mencionadas empresas estavam habilitadas a operar no regime de diferimento.

Em atendimento, a diligência foi efetuada por estranho ao feito às fls. 1564/1565, dizendo que elaborou planilha com as notas fiscais remanescentes do demonstrativo de fls. 206/209, conforme fl. 1564 dos autos. Após as exclusões das notas fiscais das empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papel Velho Ltda., elaborou novo demonstrativo de débito desta infração 02 à fl. 1565, alterando-se o total exigido neste item do Auto de Infração para o total de R\$14.220,67, conforme demonstrativos às 1564/1565, que não foi contestado pelo deficiente após a intimação de fl. 1571 dos autos.

Observo que no demonstrativo elaborado pelo diligente à fl. 1564 foram incluídas indevidamente as Notas Fiscais 16357, 16614 16615, alegadas pelo deficiente que se tratam de mercadorias que foram internadas na Zona Franca de Manaus, alegação acatada pelo autuante na informação fiscal. Assim, excluindo as mencionadas notas fiscais do demonstrativo da diligência, o débito apurado nesta infração fica reduzido para R\$110,41. Acato os novos demonstrativos elaborados por Auditor estranho ao feito na diligência fiscal, com as exclusões citadas, e concluo pela procedência parcial desta infração.

Infração 03: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter considerado de forma indevida que as saídas de preformas diversas estariam amparadas pelo benefício do diferimento para destinatário que só possuía habilitação para as aquisições de preforma de 2 litros, no período de março de 2002 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 229 a 233.

Conforme alegado pelo deficiente, são vendas realizadas para a empresa Norpet – Industria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. amparadas pelo benefício concedido no âmbito da BAHIAPLAST, sendo a mencionada empresa habilitada para aquisição de preformas destinadas à fabricação de garrafas pet de dois litros. Diz que não estão cobertas pelo benefício de diferimento apenas as vendas relativas

às preformas de 17, 18, 22 e 26 gramas, e que a exigência referente às preformas de 18, 22 e 26 gramas foram extintas pela decadência. Portanto reconhece o débito em relação às vendas com diferimento das preformas de 17 e 28 gramas. Esclarece que as preformas de 33 gramas a 48 gramas foram utilizadas pela Norpet para fabricação de garrafas pet de 2 litros, conforme declaração que acostou ao PAF, estando incluídas no benefício de diferimento previsto na Resolução 17/99, no âmbito da BAHIAPLAST. Quanto às preformas de 33, 34, 39, 40 e 48 gramas, pede que seja cancelada a exigência fiscal, alegando que se referem às vendas destinadas à fabricação de garrafas pet de 2 litros, amparadas pelo benefício de diferimento.

A alegação de decadência, já foi apreciada neste voto, sendo decidido que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo de cinco anos, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa. Portanto, não acato a alegação defensiva quanto às preformas de 18, 22 e 26 gramas, salientando-se que foi reconhecido pelo autuado o débito correspondente às de 17 e 28 gramas.

O levantamento fiscal foi efetuado em relação às operações de saídas no período de março de 2002 a março de 2006 (fls. 229 a 233), de preformas diversas (17, 18, 22, 26, 28, 33, 34, 39, 40, 48 gramas) que estariam amparadas pelo benefício do diferimento para o destinatário, Norpet – Industria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. Benefício concedido no âmbito da BAHIAPLAST, sendo a mencionada empresa habilitada para aquisição de preformas destinadas à fabricação de garrafas pet de dois litros (fl. 238/240).

Pelo quadro comparativo à fl. 245, apresentado pelo autuado, as garrafas produzidas de dois litros correspondem a 52,0 / 54,0 gramas, e a Resolução 17/1999 (fls. 238/239 prevê o benefício do diferimento para a empresa habilitada (NORPET), nas aquisições de preforma de 02 litros. Portanto, com base nas informações trazidas aos autos pelo defensor à fl. 245 do PAF, entendo que está comprovado que foi utilizado o benefício do diferimento em relação às saídas de preforma para destinatário que não possuía habilitação para aquelas mercadorias objeto das operações. Infração subsistente.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, contrariando o art. 343, inciso XVIII, combinado com o art. 399, inciso II, alínea I e art. 504, inciso IV do RICMS/BA, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005. Demonstrativo de fls. 298 a 301.

Nas razões de defesa, o autuado reconhece a procedência da exigência fiscal relativa às operações com os fornecedores EMBRASA E PURAS 499, ressalvando os casos em que se operou a decadência. Diz que houve equívoco da autuação em relação às refeições da empresa SODEXHO 82, considerando que o ICMS diferido foi regularmente recolhido, conforme notas fiscais que relacionou às fls. 958/959 do PAF. Com relação às NFs 22488 e 27649, diz que os valores foram retidos pelo impugnante, mas por equívoco, o recolhimento ocorreu através de DAE, e embora tenha havido erro formal o ICMS foi recolhido. O defensor apresentou o entendimento de que a substituição tributária é mera técnica de arrecadação do tributo, e no caso em análise, os pagamentos foram efetivados pelo impugnante (doc 17 – fls. 1098 a 1145), fato desconsiderado pela fiscalização.

Observo que o adquirente, neste caso, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento.

O autuado apresentou DAEs comprovando o recolhimento de parte do imposto exigido neste item da autuação fiscal, sendo feitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, para excluir os recolhimentos comprovados por meio de DAEs que constavam o número da respectiva Nota Fiscal. Portanto, na diligência fiscal encaminhada por esta JJF, foi solicitado para o diligente excluir do levantamento fiscal os valores cujo recolhimento do imposto foi comprovado por meio de DAEs que constam a numeração da respectiva nota fiscal. O diligente elaborou novo demonstrativo de débito, apurando o total de R\$46.656,07, conforme demonstrativo de fl. 1371.

Na manifestação apresentada (fls. 1528/1536) após a diligência fiscal, o defensor argumenta que devem ser excluídos os valores alcançados pela decadência, relativamente ao período de 31/01/2002 a 31/10/2002. Entretanto tal alegação já foi apreciada neste voto.

Acato o resultado da mencionada diligência, conluso pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$46.656,07, conforme demonstrativo de fl. 1371.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas interestaduais com alíquota especial de 7%, sem previsão legal, contrariando o disposto no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, nos meses de agosto a outubro de 2002. Demonstrativo de fl. 385.

O autuado alega que as notas fiscais objeto da autuação, de números 7296, 7386, 7390, 7429, 7430, 7571, 7652 e 7653 (fls. 1176 a 1190), demonstram que se trata de operações de devolução de preformas recebidas em empréstimos, ou devolução de material recebido em demonstração, sendo a alíquota aplicada a mesma adotada quando da remessa da mercadoria. Assevera que o fato de o impugnante ter utilizado CFOP 6.999 (outras

saídas não especificadas) ao invés do CFOP 6.202 (devolução de compra para comercialização), não autoriza o lançamento de eventuais diferenças a título de ICMS.

Em relação à devolução de mercadorias o art. 651 do RICMS/97 estabelece:

Art. 651. Ao devolver mercadorias que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, o contribuinte ou pessoa obrigada à emissão de Nota Fiscal emitirá este documento, com destaque do imposto, se for o caso, a fim de dar curso às mercadorias, no trânsito, e para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido, mencionando, nele, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.

Parágrafo único. Na devolução, devem ser tomadas como base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário, a não ser que este tenha sido emitido de forma irregular, com imposto destacado a mais, hipótese em que a base de cálculo e a alíquota a serem aplicadas serão aquelas que deveriam ter sido utilizadas corretamente.

No caso em exame, nas notas fiscais objeto da exigência do imposto neste item da autuação (fls. 1176 a 1190), além de constar como natureza de operação “outras saídas não especificadas”, não foram indicados os dados relativos ao motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário. Não obstante essa omissão, consta uma informação no campo “dados adicionais” das NFs 7386, 7390, 7429, 7430, 7571, 7653 que se trata de retorno de material enviado a título de empréstimo. Assim, considerando que deve ser acatada a alegação defensiva em relação aos mencionados documentos fiscais, porque foi indicado nos documentos fiscais o retorno das mercadorias, foi encaminhada diligência fiscal para ser elaborado novo demonstrativo.

Foi solicitado para o diligente excluir da exigência fiscal as notas fiscais de números 7386, 7390, 7429, 7430, 7571 e 7653 nas quais foi consignada a informação de que se trata de retorno de material enviado a título de empréstimo e o número do documento fiscal originário. Em atendimento, foi refeito o demonstrativo de débito à fl. 1372, apurando o total de R\$150,98, sendo R\$57,23 - NF 7296 (data de ocorrência 31/08/2002) e R\$93,75 - NF 7652 (data de ocorrência 31/10/2002).

Intimado para tomar conhecimento do novo demonstrativo, o defendente alegou que também devem ser excluídas as Notas Fiscais 7296 (fl. 1176) e 7652 (fl. 1190), por se tratar de operações envolvendo devolução de preformas recebidas em empréstimo ou devolução de material recebido em demonstração, cuja alíquota de retorno deve ser a mesma adotada na remessa da mercadoria.

Constatou que a NF 7296 (fls. 1176 e 1548) se refere à mercadoria recebida por meio da NF 38038 (fl. 1177), estando comprovado que se trata de envolvendo devolução de mercadoria, conforme alegado pelo defendente. O mesmo ocorre em relação à NF 7652 (fl. 1190), também constando a informação no campo “dados adicionais”, que se trata de retorno de material enviado a título de demonstração através da NF 26.034, de 24/09/2002 (fl. 1566). Assim, excluindo-se as duas Notas fiscais remanescentes, NFs 7296 e 7652, este item do Auto de Infração é improcedente

Conforme manifestação apresentada às fls. 1573 a 1575, o defendente requereu desistência parcial da impugnação apresentada, em relação aos seguintes itens do Auto de Infração:

Infração 06: Informa que já havia reconhecido a procedência parcial deste item da autuação, conforme requerimento protocolado em 12/12/2007. Diz que reconhece a procedência do valor remanescente impugnado, correspondente às notas fiscais 28029, 28549, 42054 e 42055, conforme planilha que elaborou à fl. 1574.

Infrações 07, 09, 16, 17, 18: Reconhece a procedência dos valores integrais exigidos nestes itens do Auto de Infração. Declarou que renúncia a quaisquer alegações de direito em relação aos mencionados itens e requereu a juntada de cópia do DAE comprovando o recolhimento dos valores incluídos pela empresa na fruição dos benefícios da Lei 11.908/2010.

Considerando a manifestação apresentada pelo autuado, desistindo da defesa em relação às infrações 06, 07, 09, 16, 17 e 18, concluo pela extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I do CTN, ficando prejudicada a defesa quanto a estes itens do Auto de Infração.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não impugnou as infrações 08, 11, 12 e 13, com exceção dos valores que entende que foram alcançados pela decadência na infração 08. Disse que já protocolou pedido de quitação do débito em relação aos valores reconhecidos. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A alegação de decadência, já foi apreciada neste voto, sendo decidido que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo de cinco anos, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Infração 14: Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de julho e agosto de 2002. Demonstrativo à fl. 572.

O defendente alega que as operações autuadas foram canceladas, consoante notas fiscais de devolução de

números 00365 e 00366 (fls. 1248 a 1251). Assegura que as mercadorias foram devolvidas para o impugnante antes da exportação, sendo desnecessário comprovar a efetiva exportação, tendo em vista que as operações foram canceladas.

Efetuada diligencia para que fosse apurado se as NFs 365 e 366 (fls. 1249 e 1251) foram emitidas na ordem cronológica do talonário e se foram escriturada na época própria. O diligente confirma a emissão sequencial no talonário de nota fiscal série 1, das mencionadas NFs de números 365 e 366, e o respectivo lançamento nos livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias que acostou aos autos, fls 1451 a 1460.

Em sua manifestação, o defendente diz que a revisão fiscal comprovou a improcedência destas infrações, tendo em vista o cancelamento das exportações objeto da autuação. Após analisar a documentação apresentada pelo defendente e as informações prestadas na diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, considero que está elidida a exigência fiscal. Infração insubstancial.

Infração 15: Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta) sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, conforme previsto no Convênio ICMS 113/96, nos meses de julho e agosto de 2002. Planilha à fl. 576.

O autuado alega que as operações autuadas referem-se a cancelamento de operações de exportação, consoante as notas fiscais de números 7145 e 7193 (fls. 1253 a 1256). Afirma que apesar de ter remetido as mercadorias para exportação, as operações não foram concluídas, tendo em vista que as mercadorias foram devolvidas, conforme as notas fiscais citadas anteriormente.

À fl. 1373, o diligente confirmou o registro e informação de que a Nota Fiscal 7145, emitida em 01/08/2002, no valor de R\$1.1505.341,57 se refere à devolução da Nota Fiscal 34544, emitida em 08/07/2002, por Engepack Embalagens São Paulo S/A, no mesmo valor. Também confirma o registro e informação de que a NF 7193, emitida em 07/08/2002, no valor de R\$1.072.659,74 se refere à devolução da NF 34758 e não 34458, tendo ocorrido erro de digitação. Tudo conforme as fotocópias que anexou aos autos, fls. 1462 a 1493.

O defendente diz que a revisão fiscal comprovou a improcedência desta infração, tendo em vista o cancelamento das exportações objeto da autuação. Analisando a documentação apresentada pelo defendente, concluo que está elidida a exigência fiscal. Infração insubstancial.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	12.046,81	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	110,41	-
03	PROCEDENTE	753.364,59	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	46.656,07	-
05	IMPROCEDENTE	-	-
06	DEFESA PREJUDICADA	24.536,19	-
07	DEFESA PREJUDICADA	110.688,82	-
08	PROCEDENTE	121.762,87	-
09	DEFESA PREJUDICADA	19.641,54	-
10	PROCEDENTE EM PARTE	84.155,02	-
11	PROCEDENTE	47.359,15	-
12	PROCEDENTE	75.478,12	-
13	PROCEDENTE	22.079,89	-
14	IMPROCEDENTE	-	-
15	IMPROCEDENTE	-	-
16	DEFESA PREJUDICADA	-	17.566,71
17	DEFESA PREJUDICADA	-	775.364,55
18	DEFESA PREJUDICADA	-	8.280,00
TOTAL	-	1.317.879,48	801.211,26

Prolatada a Decisão, devido a redução ocorrida nas infrações 1, 2, 4, 5, 10, 14 e 15 a 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício, consoante previsão legal vigente à época do julgamento.

Por sua vez, inconformado com o julgamento de primeira instância, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.664 a 1.685), fazendo um breve histórico dos fatos, das infrações lançadas e dos motivos que devem levar à alteração do julgamento de piso.

Afirma que são objeto do Recurso Voluntário as infrações 1, 2, 3, 4, 10 e 11. Assevera que a Decisão de primeira instância deve ser parcialmente reformada essencialmente pelos seguintes motivos:

a) parte dos valores remanescentes exigidos nas Infrações 01 e 10 referem-se a operações em que há previsão

expressa de dispensa de recolhimento do imposto, sob as quais não há incidência do imposto nem estão submetidas ao recolhimento de diferencial de alíquota, conforme reconhecido, inclusive, pelo Fiscal Autuante;

- b) *o valor exigido na Infração 03, relativo às operações de venda de preformas para produção de garrafas de dois litros, se enquadram no benefício do diferimento outorgado ao adquirente das mercadorias; e*
- c) *os valores remanescentes exigidos nas Infrações 04 e 11 encontram-se extintos por decadência, nos termos do disposto no artigo 150, § 4º, do CTN.*

Passa a discorrer sobre as razões recursais das infrações 1 e 10, lançadas pelo suposto creditamento indevido e pela falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas operações de aquisição de mercadorias que foram consideradas pela fiscalização como bens de uso e consumo do estabelecimento.

Lembra que no julgamento de primeira instância foi acolhida a impugnação em relação aos itens que se caracterizam como insumos no processo produtivo do recorrente, com base na diligência procedida por Auditor Fiscal estranho ao feito. Assim, foi cancelada a exigência indevida em relação aos rótulos, às lâmpadas especiais utilizadas no aquecimento das preformas e das barras de cola.

Mesmo assim, assevera que a Decisão recorrida deixou de cancelar a exigência em relação a operações cuja improcedência da exigência foi reconhecida pelo próprio Auditor Fiscal Autuante, na sua informação fiscal, em relação às Notas Fiscais nºs 24070, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132 e 487306. Em seguida, monta o seguinte quadro sintetizando suas alegações:

Nota	Operação	DIFAL
5689(1027)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	91,18
6132(1031)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	355,44
24070(1021)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	10.263,65
24669(1023)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	8.632,67
25453(1025)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	16.325,83
7893(1029)	Retorno de empréstimo de bem do ativo	22.895,42
487306	Retorno de mercadoria enviada para conserto	130,00
Valor reconhecido na Informação Fiscal		58.694,19

Coloca que, apesar do reconhecimento da improcedência da exigência pelo autuante, Junta de Julgamento deixou de cancelar a exigência em relação às operações referentes a retorno de bens do ativo que haviam sido remetidos em comodato.

Neste ponto, lembra que não há incidência do imposto nestas operações, conforme expressamente disposto no art. 6º, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS/97. Afirma que as notas fiscais mencionadas já foram juntadas aos autos (Doc. 05, da impugnação), e que a não incidência do ICMS em operações de comodato restou pacificada na Súmula nº 573 (Não constitui fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato).

Na mesma toada, elenca novos motivos para descharacterizar parcialmente o restante das infrações, nos seguintes termos, *in litteris*:

- i) *ao recebimento de mercadorias em empréstimo, conforme notas fiscais 6131 e 0317 (Doc. 06, da impugnação), dispensado do recolhimento do ICMS, nos termos do disposto no art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA;*
- ii) *ao recebimento de mercadoria para amostra, conforme nota fiscal nº 504 (Doc. 07, da impugnação), sob o qual não há incidência do imposto, nos termos do disposto no art. 16, I, do RICMS/BA;*
- iii) *ao recebimento de mercadorias em “remessa em garantia”, conforme notas fiscais 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605, sob as quais não é devido o diferencial de alíquota (Doc. 08, da impugnação);*
- iv) *ao retorno de mercadorias enviada para conserto, conforme nota fiscal nº 487306 (Doc. 09, da impugnação), em que há suspensão da incidência do ICMS, nos termos do art. 628 do RICMS/BA, conforme reconhecido pelo autuante;*
- v) *à compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado, conforme nota fiscal nº 502 (Doc. 10, da impugnação), que não está submetida ao recolhimento de diferencial de alíquota nos termos do art. 7º, V, do RICMS/BA, e*

vi) ao diferencial de alíquota da Nota Fiscal nº 1325 (Doc. 11, da impugnação), tendo em vista tratar-se da aquisição de compressor destinado ao ativo fixo da Impugnante, conforme art. 7º, IV, do RICMS/BA.

Com essas diretrizes, aponta que o valor a ser cancelado seria aquele apontado no seguinte quadro:

Nota Fiscal	Operação	Crédito Indevido	DIFAL
1325	Compra de compressor	677,25	967,50
502	Compra de mercadoria junto a EPP de fora do Estado	-	783,36
46189(1040)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	-	39,80
2605(1045)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	1.127,97	1.534,65
50114 (1041)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	-	189,11
50513 (1041)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	-	171,69
50547 (1043)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	-	398,86
4384(1044)	Recebimento de mercadoria em "remessa em garantia"	-	62,04
317 (1033)	Recebimento de mercadoria em empréstimo	-	600,00
6131 (1035)	Recebimento de mercadoria em empréstimo	-	5,00
504(1037)	Recebimento de mercadoria para amostra	-	230,40
<i>Não incidência, suspensão ou não sujeitas ao DIFAL</i>		1.805,22	4.982,41

Em seguida, propala que deve ser cancelada as exigências fiscais em relação às notas acima indicadas, seja por não estarem sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquota (infração 10), seja por ser assegurado o direito de crédito, nos termos do disposto na legislação aplicável, vigente à época dos fatos.

Noutro tópico, diz que reconhece a procedência do valor remanescente da infração 2, no valor original de R\$ 110,41 (cento e dez reais e quarenta e um centavos), mantido pela Decisão de primeira instância e que procederá ao recolhimento do valor cobrado.

Passa a discorrer sobre a infração 3.

Diz que fiscalização exige valores relativos falta de recolhimento do ICMS, por ter considerado de forma indevida que as saídas de preformas diversas estariam amparadas pelo benefício fiscal do diferimento, quando destinadas para empresa que só possuía habilitação ao diferimento para as aquisições de preformas de 2 litros, conforme previsão contida no art. 1º, inciso II da Resolução nº 17/1999, publicada no DOE de 31/12/1999.

Fala que as vendas foram realizadas para a empresa Norpet – Indústria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. -, que estava amparada por benefício concedido no âmbito do BAHIAPLAST, conforme Resolução 17/1999, art. 1º, inciso II que transcreve:

Art. 1º Considerar ad referendum do Conselho Deliberativo, a NORPET INDÚSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA., indústria de transformação plástica, inscrita sob o código de atividade econômica nº 2522-4/00, habilitada aos benefícios do BAHIAPLAST, nos termos do art. 7º e 9º do Decreto nº 7.439, de 17.09.98, relativos à:

(...)

II - Diferimento - nas aquisições de preforma de 2 litros, de estabelecimentos industriais inscritos CAD-ICMS, sob o código de atividade econômica 2522-4/00.

Relembra que o lançamento exige o ICMS relativo às operações de venda das preformas de 17 gramas, 18 gramas, 22 gramas, 26 gramas, 28 gramas, 33 gramas, 34 gramas, 39 gramas, 40 gramas e 48 gramas, sendo que já foi reconhecido a procedência da exigência em relação às vendas de preformas de 17g, 18g, 22g e 26g, por não se prestarem à fabricação de garrafas de dois litros e, portanto, não estarem cobertas pelo benefício do diferimento.

Afiança que a discussão relativa ao presente item da autuação restringe-se às operações de venda de preformas de 33 gramas a 48 gramas, que foram utilizadas pela Norpet para fabricação de garrafas pet de 2 litros, conforme declarado pela empresa adquirente (Doc. 15, da impugnação). Ressalta que a Decisão recorrida negou provimento à Impugnação deste item sob o fundamento de que o recorrente havia informado que a produção de garrafas de dois litros é procedida com utilização de preformas de 52g ou de 54g, conforme quadro à fl. 245.

Pontua que a informação prestada pela empresa se refere apenas às garrafas produzidas pelo estabelecimento autuado, nos seguintes termos: “Garrafas produzidas na unidade de Simões

Filho” (fl. 245).

Noutro giro, diz que das informações prestadas à fiscalização (fl. 35) e segundo os seus livros fiscais do recorrente, o seu principal cliente é a Norsa Refrigerantes Ltda. (engarrafadora de produtos da Coca-Cola), para qual garrafas prontas para utilização no envase de bebidas carbonatadas (refrigerantes). Explica que “*Tais bebidas, em razão de conterem gás, que exerce maior pressão sobre a embalagem utilizada, requerem a utilização de garrafas produzidas a partir de preformas com maior espessura*”.

Fala que, tendo em vista que a NORPET produzia garrafas para o envasamento de outras bebidas, esta utilizava de preformas com menor gramatura, conforme declaração devidamente prestada pela empresa (Doc. 15, da impugnação), o que permitia redução do custo de suas embalagens e, consequentemente, no preço de seus produtos.

Diz que a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, regulamentou a produção de garrafas PET, por meio da NBR nº 15.395 (Anexo 01), de 07/8/2006, estabelecendo condições específicas para a produção de embalagens a serem utilizadas em bebidas carbonatadas (com gás) e em bebidas não carbonatadas. Comenta que para demonstrar a viabilidade técnica da produção de garrafas de dois litros com utilização de preformas de 33 gramas, 34 gramas, 39 gramas, 40 gramas e 48 gramas, solicitou a elaboração de Laudo Técnico pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, ligado à Universidade de São Paulo – USP.

Com base nessas premissas, pede o cancelamento da exigência 3, em relação as vendas de preformas de 33, 34, 39, 40 e 48 gramas, por serem relativas a vendas destinadas para fabricação de garrafas de dois litros, amparadas pelo benefício do diferimento.

Por fim, passa a discorrer sobre a ocorrência da decadência nas infrações 3, 04 e 11, consoante a norma do art. 150, §4º do CTN. Aponta que foi intimada a apresentar livros e documentos no dia 14/6/2006, como se observa da “*Intimação para Apresentação de Livros e Documentos*” à fl. 24, dando-se início ao procedimento fiscal nesta data, nos termos do disposto no art. 26, inciso III do RPAF.

Ressalta que “*todas as intimações fiscais emitidas pela d. fiscalização solicitaram documentos relativos ao período de 2003 a 2006, como se verifica dos termos de intimação às fls. 24, 25, 27, 28 e 29*” e que “*a Ordem de Serviço referida no Termo de Início de Fiscalização (O.S. 517110/06, fls. 31 e 32) não é a mesma referida no Auto de Infração (O.S. 506373/07, fl. 01), esta última emitida muito após o início da fiscalização*”.

Argumenta que, apesar de todas as intimações recebidas pela empresa solicitarem informações e documentos relativos aos períodos de 2003 a 2006, “*estranhamente, a d. fiscalização lavrou Auto de Infração relativo ao período de 2002 a 2007*”. Manifesta que a lavratura do Auto de Infração só se deu em 22/11/2007, constituindo crédito tributário relativo a valores apurados no ano de 2002, e, portanto, já extintos pela decadência, nos termos do que estabelece o artigo 156, V, do CTN, que colaciona.

Menciona que, transcorrido o prazo legal estabelecido, perde o Fisco o direito de constituir o crédito tributário, consoante o disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, que também transcreve.

Fala que a aplicação do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é matéria pacífica na jurisprudência, conforme decisões reiteradas do STJ, dentre as quais o Recurso Especial nº 148.214/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha e o Recurso Especial nº 640.848/SP, Relator Ministro Luiz Fux.

Afirma que no presente PAF, exige-se ICMS relativo ao período compreendido 01/01/2002 e 15/06/2007, mas que o lançamento somente foi efetuado em 22/11/2007. Diante desse quadro, assevera que “*o lançamento ora impugnado somente poderia ter englobado os períodos de apuração ocorridos após 22/11/2002, encontrando-se extintos por decadência os créditos tributários constituídos no presente lançamento referentes aos períodos de apuração anteriores a esta data*”.

Dentro dessa linha de raciocínio, pede a declaração da decadência dos valores remanescentes exigidos nas Infrações 03, 04 e 11, relativos a fatos geradores ocorridos antes de 22/11/2002.

Ao final de seu arrazoado, pede pelo provimento do seu Recurso Voluntário, para reformular parcialmente o acórdão recorrido, negar provimento ao Recurso de ofício, e declarar a improcedência:

- a) de parte dos valores remanescentes exigidos nas Infrações 01 e 10, posto que referem-se a operações em que há previsão expressa de dispensa de recolhimento do imposto, sob as quais não há incidência do imposto nem estão submetidas ao recolhimento de diferencial de alíquota, conforme reconhecido, inclusive, pelo Fiscal Autuante;
- b) da exigência contida na Infração 3, relativo às operações de venda de preformas para produção de garrafas de dois litros, tendo em vista que as preformas de 33g, 34g, 39g, 40g e 48g, são adequadas para a fabricação de garrafas de dois litros, conforme certificado pelo Laudo Técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, vinculada à Universidade de São Paulo – USP, pelo que se enquadram no benefício do diferimento outorgado ao adquirente das mercadorias; e
- c) dos valores remanescentes exigidos nas Infrações 03 (preformas de 18g, 22g e 26g), 04 e 11, que se encontram extintos por decadência, nos termos do disposto no artigo 150, § 4º, do CTN.

Também requereu, caso os documentos e o laudo técnico juntados ao processo não fossem suficientes para demonstrar a improcedência do lançamento, que fosse determinada diligência fiscal ou perícia técnica, nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF, a fim de verificar:

- a) se as operações objeto das Notas Fiscais nºs 1325, 502, 46189, 2605, 50114, 50513, 50547, 4384, 317, 6131 e 504 referem-se a operações de recebimento de mercadoria em empréstimo, recebimento de mercadoria em amostra, recebimento de mercadoria em remessa em garantia, retorno de mercadorias remetida para conserto, sob as quais não há incidência do imposto ou não estão sujeitas ao pagamento de diferencial de alíquota,
- b) se o valor exigido em relação às operações objeto das Notas Fiscais nºs 24070, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132 e 487306, apesar de a improcedência da exigência ter sido reconhecida pelo próprio Auditor Fiscal Autuante, na sua informação fiscal, permanece sendo exigido no lançamento, e
- c) se as preformas de 33g, 34g, 39g, 40g e 48g, são adequadas para a fabricação de garrafas de dois litros.

Junto aos documentos trazidos pelo Recorrente, foi colacionado Parecer Técnico nº 19.394301, emitido pelo Centro de Tecnologia de Processos e Produtos do Laboratório de Processos Químicos e Tecnologia de Partículas do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, ligado USP, respaldando a possibilidade do uso de preformas de 33, 34, 39, 40 e 48 gramas para a fabricação de garrafas PET de dois litros.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 1777 a 1778, o n. Procurador José Augusto Martins Junior emitiu Parecer Opinativo recomendando a realização de diligência em relação à infração 3, face a juntada de Parecer Técnico do IPT.

Em Pauta Suplementar do dia 23 de maio de 2012, a 2ª CJF, em busca da verdade material que rege o Processo Administrativo Fiscal, decidiu encaminhar o presente processo para ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito verificasse in loco, as seguintes questões:

- i) Se as preformas de 33 e 48 gramas podem ser utilizadas para a fabricação de garrafas PET de 2 litros;
- ii) Se as preformas de 33 e 48 gramas alienadas à NORPET se destinam ao envasamento de bebidas não carbonatadas;

iii) Quais bebidas não carbonatadas envasadas pela NORPET que utilizavam as preformas PET na gramatura de 33 a 48 gramas.

Em resposta ao solicitado na diligência, foi elaborado o Parecer nº 113/13 da lavra do Auditor Fiscal Luiz Alberto Amaral de Oliveira, tecendo as seguintes considerações:

- a) Que a NORPET não está mais operando, e sua inscrição se encontra inapta desde 12/06/2006, conforme edital nº 23/006;
- b) Inicialmente foi encontrado para responder as dúvidas sobre a NORPET o Sr. Robson, informando que a empresa encerrou suas atividades há bastante tempo, tendo desativado a sua planta industrial há mais de uma década;
- c) Que as perguntas poderiam ser encaminhadas à sócia Geisa da Silva Gonçalves (NORPET@ig.com.br);
- d) As respostas das perguntas encaminhadas para sócia da empresa estão à fl. 1794.

Com base nas respostas recebidas, o Fiscal Parecerista concluiu que, *in verbis*:

"Assim, é possível concluir, pelas respostas obtidas, que a empresa NORPET utilizou preformas de 33 e 48 gramas (adquiridas junto à Engepack) para fabricação de garrafas PET de 2 litros, no período de 2002 a 2006.

Ainda de acordo com as respostas, as garrafas fabricadas destinaram-se ao envasamento de bebidas não carbonadas, tais como vinho, água mineral, sucos e azeite de dendê.

Por último, a sócia Geisa respondeu que a planta industrial da NORPET foi desativada há mais de dez anos, juntamente com o encerramento de suas atividades."

Intimados do resultado da diligência, Contribuinte e Autuante se manifestaram.

Às fls. 1779 a 1808, a empresa concorda com o resultado da diligência no sentido de que restou demonstrado que as preformas de 33 a 48 gramas se destinam à fabricação de garrafas de 2 litros.

Por seu turno, o autuante, à fl. 1839, entende que a referida infração 3 é totalmente devida, por terem sido observados os dispositivos legais. Em seguida explica suas razões para manutenção da infração com base nas seguintes argumentações, *verbo ad verbum*:

- a) *Consta às folhas 238 deste PAF a Resolução 17/99, que concede o benefício do diferimento de forma específica para formas destinadas a fabricação de garrafas de 2 litro;*
- b) *Contra também às folhas 245e 247 deste PAF as especificações técnicas da ENGEPACK que define os usos e aplicações de seus produtos, em que determina apenas as formas de 52g e 54g para uso na fabricação de garrafas de 2 litros;*
- c) *Ressalte-se ainda a "Declaração" da sócia da NORPET, Sra. Geisa da Silva Gonçalves, constante à folhas 1.791 deste processo em que informa que a referida empresa encerrou suas atividades a mais de 10 anos, ou seja, meados de 2003.*
- d) *Diante de tudo que foi exposto, entendemos que o pedido encontra-se totalmente prejudicado, opinando pelo INDEFERIMENTO do pleito.*

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE para exame jurídico.

No Parecer de fls. 1878 a 1881, o n. Procurador José Augusto Martins Junior, após breve síntese dos fatos ocorridos no processo e das argumentações defensivas, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

Primeiramente, refuta a tese da decadência levantada pelo Contribuinte, ante a aplicação do artigo 107-A do COTEB, afirmando que o prazo decadência inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e não a partir do dia do fato gerador.

Em relação às Notas Fiscais nºs 24070, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132 e 487306, que supostamente se refeririam ao retorno de empréstimos, não restou comprovado tal ato de retorno, conforme entendeu a Decisão de piso. Assevera também que a manifestação do autuante não vincula a definição da Decisão da JJF.

Quanto ao item nº 3, aduz o ilustre Procurador, que *"merece suporte a tese do recorrente, pois, conforme estudos técnicos untados aos autos, e outrossim, a manifestação da diligência técnica*

de fls. 1789/1791, lustradas em razão da manifestação da empresa NORPET, ... as preformas de 33 e 48 eram utilizadas para fabricação de garrafas PET de 2 litros, e, ousrossim serviam para envazamento de bebidas não carbonatadas”.

Ao final, opina pelo Provimento Parcial da infração 3.

A fl. 1881, a d. Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos exara despacho acompanhando integralmente o Parecer da lavra do Procurador José Augusto Martins Junior, que concluiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Temos sob análise os Recursos Voluntários e de Ofício interpostos em face da Decisão da 3^a JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado pelo suposto cometimento de 18 infrações.

Início o julgamento pelo Recurso Voluntário.

O Recurso Voluntário tem por objeto a reforma da Decisão de piso no que tange ao mérito das infrações 01, 03 e 10, e o reconhecimento da decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 22/11/2002.

Ab initio, passo a analisar a questão preliminar sobre a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação ao presente PAF.

O Recorrente sustentou em defesa que, no caso em tela, houve a decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram a partir de 2002 e a autuação foi lançada somente em 22.11.2007, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Por seu turno, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2^a CJF.

Pois bem, 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”.

Primeiramente ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário 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. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda 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.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo 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 lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

“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 PROVÍDO. 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)" (grifo nosso)

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 prespcionais e decadenciais em torno de matéria tributária**. Deste modo, não cabe ao COTEB versar sobre tais assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do próprio Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque 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, qual seja: o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, 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, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei, conforme suscitou o i. Procurador no seu Parecer.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) 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, b) a de 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 eu entendo, 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 esta 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.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis*

mutandis, 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, salta aos olhos que 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.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários 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.

Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. 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. Em outras palavras, entendo que não houve 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 que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a 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. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, é 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! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, 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.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava

entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. Agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, 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 opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante constitucionalidade 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 perquirir qualquer soma a título de tributo.

Ressalto que, se levada à questão ao Poder Judiciário, o Estado arcará com enormes ônus sucumbências, que serão pagos pelas futuras gerações e administrações, desperdiçando dinheiro público do povo baiano.

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. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, 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 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”)

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de decadência com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Desse modo, percebo que a caracterização deve advir da lei, caso a caso.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 22/11/2002 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançadas pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Passo ao exame das ocorrências não atingidas pela decadência.

Primeiramente mesmo não sendo arguidas questões de especificas de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que as imputações estão claras, as bases de cálculo dos itens foram determinados conforme previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Caminho para o exame do mérito.

As infrações 1 e 10 foram pela utilização indevida de crédito fiscal ICMS referente à aquisição de

material para uso e consumo do estabelecimento, e pela suposta falta de recolhimento do diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, respectivamente.

Em relação a infração 1, entendo que merece guarida parte dos argumentos defensivos.

Pela análise dos autos, vejo que merece guarida parte dos argumentos defensivos quanto ao retorno do ativo imobilizado enviados em comodato. Assim, em relação às Notas Fiscais nºs 24070, 24669, 25453, 5689, 7893 e 6132 (entre as fls 1021 a 1031) vejo restar demonstrado que houve retorno de ativo imobilizado para o estabelecimento autuado e, consoante as previsões do RICMS/BA-97, não incide ICMS sobre tais operações.

Neste sentido, o art. 6º, XIV, “a” do diploma citado determinava:

“Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

(...)

XIV - saída ou fornecimento:

a) de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo), locação ou arrendamento mercantil (“leasing”), bem como o respectivo retorno (art. 563);”

Também, tem razão a empresa em relação as Notas Fiscais de nºs 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605 (fls. 1040 a 1045) pois está consignado nas notas o recebimento de mercadoria em “remessa em garantia”, operações que não é devido novo diferencial de alíquota.

Julgo que não é lógico exigir do recorrente o pagamento de novo diferencial de alíquota do imposto estadual, uma vez que não se tratam de novas operações comerciais, mas operações com peças recebidas em substituição ou para reposição, sem valor mercantil. Assim, entendo não ter ocorrido a hipótese de incidência do referido imposto.

Em relação as demais obrigações, creio que não merece razão o Contribuinte pois não foram comprovadas as operações consoante as normas previstas no Regulamento do ICMS, então vigente a época dos fatos.

O recebimento de mercadorias em empréstimo e sua devolução, nas Notas Fiscais de nºs 6131 e 0317, não está de acordo com a previsão legal estabelecida no ICMS para o retorno da mercadoria.

No mesmo sentido, concluo que não se configurou o recebimento de mercadoria para amostra, na Nota Fiscal nº 504, o retorno de mercadorias enviadas para conserto nas Nota Fiscal nº 487306, e a compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte na Nota Fiscal nº 502.

Por fim, a aquisição de compressor na Nota Fiscal nº 1325, destinado ao ativo fixo do estabelecimento não está isenta da diferença de alíquota como afirmou o Contribuinte, por não se tratar de caso de aplicação do quanto disposto no art. 7º, IV, do RICMS/BA.

Infrações 1 e 10, parcialmente subsistentes, conforme quadro abaixo:

VLR. JULGADOR	CRÉDITO INDEVIDO	DIFAL
	12.046,81	84.155,02
NF 5689 (fl. 1027)		-91,18
NF 6132 (fl. 1031)		-355,44
NF 24070 (fl. 1021)		-10.263,65
NF 24669 (fl. 1023)		-8.632,67
NF 25453 (fl. 1025)		-16.325,83
NF 7893 (fl. 1029)		-22.895,42
NF 46189 (fl. 1040)		-39,80
NF 2605 (fl. 1045)	-1.127,97	-1.534,65
NF 50117 (fl. 1041)		-189,11
NF 50513 (fl. 1042)		-171,69
NF 50547 (fl. 1043)		-398,86
NF 4384 (fl. 1044)		-62,04
	INFRAÇÃO 1	INFRAÇÃO 10
Julgado 2ª Instância	10.918,84	23.194,68

Adentro ao exame da infração 3 pela falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O cerne da discussão deste item da autuação gravita em torno da comprovação ou não da viabilidade técnica da produção de garrafas de dois litros com utilização de preformas de 33 gramas, 34 gramas, 39 gramas, 40 gramas e 48 gramas.

O Recorrente juntou Laudo Técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT/USP) para embasar suas afirmações, às fls. 1747 a 1776. Pela análise deste Parecer, não paira mais dúvida que existe a possibilidade técnica de se produzir garrafas PET de dois litros com preformas com massa nominal de 33g a 44g não carbonatadas.

Por seu turno, consoante o Parecer nº 113/13, elaborado em face do pedido de diligência requerida para elucidar as questões controversas da infração 3, concluiu que a NORPET, empresa que adquiriu tais preformas, utilizou preformas de 33 a 48 gramas da Engepack para fabricação de garrafas pet de 2 litros, no período de 2002 a 2006, e que envasava bebidas não carbonatadas, tais como vinho, água mineral, sucos e azeite de dendê.

Em que pese a irresignação do autuante quanto a essa conclusão, entendo que, consoante os elementos trazidos aos autos, a tese do contribuinte merece aceitação.

Portanto, de acordo com o opinativo da PGE/PROFIS, entendo que devem ser excluídas do lançamento fiscal as preformas de 33 a 48 gramas vendidas para a NORPET, pois estavam amparadas pelo benefício fiscal de diferimento, concedidas no âmbito do BAHIAPLAST.

Infração 3, parcialmente procedente no valor de R\$52.457,12, conforme o demonstrativo abaixo:

DATA OCORR	B. DE CÁLCULO	ALIQ %	MULTA	ICMS DEVIDO
03.02	16.076,06	17	60%	2.732,93
10.02	1.336,76	17	60%	227,25
02.03	6.888,71	17	60%	1.171,08
03.03	11.274,94	17	60%	1.916,74
07.03	3.277,12	17	60%	557,11
08.03	3.293,47	17	60%	559,89
09.03	5.206,29	17	60%	885,07
11.03	7.357,88	17	60%	1.250,84
12.03	7.230,94	17	60%	1.229,26
01.04	35.044,59	17	60%	5.957,58
02.04	23.349,41	17	60%	3.969,40
03.04	24.332,53	17	60%	4.136,53
04.04	4.055,41	17	60%	689,42
05.04	10.445,76	17	60%	1.775,78
07.04	4.456,47	17	60%	757,60
08.04	22.837,82	17	60%	3.882,43
09.04	22.629,24	17	60%	3.846,97
10.04	41.438,47	17	60%	7.044,54
11.04	10.594,88	17	60%	1.801,13
12.04	7.975,06	17	60%	1.355,76
02.05	5.361,76	17	60%	911,50
03.05	5.172,12	17	60%	879,26
04.05	7.857,71	17	60%	1.335,81
05.05	7.672,71	17	60%	1.304,36
06.05	2.332,12	17	60%	396,46
09.05	8.826,12	17	60%	1.500,44
01.06	2.246,94	17	60%	381,98
TOTAL				52.457,12

Neste sentido, o Recurso Voluntário é Parcialmente provido para reconhecer a decadência e acatar parte das argumentações defensivas na infração 1 e 10, e a tese recursal quanto a infração 3.

Superadas as questões do Recuso Voluntário, adentro às questões do Recurso de Ofício quanto às desonerações ocorridas nas infrações 1, 2, 4, 5, 10, 14 e 15.

Pelo exame dos autos, percebo que todas as reduções ocorreram com base na informação fiscal e na diligência solicitada pela JJF, sendo tais desonerações confirmadas pelos Julgadores de piso.

Pois bem.

As acertadas reduções ocorridas nas infrações 1 e 10 se deram tanto pelo fato da exclusão,

consoante o resultado da diligência, das mercadorias barra de cola e rótulos, por integrarem o produto final do Contribuinte, no caso garrafa pet, quanto pela retida da lâmpada da sopradora, por ser parte do processo produtivo, essencial para aquecimento da preforma, antes de sua transformação em garrafa PET.

No que tange a infração 2, a desoneração foi fruto da própria informação fiscal, que acatou as alegações defensivas em relação às Notas Fiscais nºs 16357, 16614 16615 que foram internadas na Zona Franca de Manaus, que com os apontamentos da JJF, reduzido o débito original para R\$110,41.

Quanto a infração 4, que cobra ICMS deferido nas entradas das refeições destinadas ao consumo dos funcionários, verifico o acerto do julgamento de primeira instância. Primeiramente aponto que a redução se deu em decorrência do pedido de diligência (fls. 1366 a 1367) que determinou a exclusão dos valores dos DAE's pagos, sobre as notas fiscais que constam no referido documento fiscal, o que resultou no valor de R\$ 46.656,07, conforme demonstrativo de fl. 1371, o qual acompanho.

Na infração 5, os julgadores de piso observaram as operações lançadas diziam respeito a situações de retorno de material enviado a título de empréstimo, com indicação da nota de envio, motivo pelo qual foram retiradas da autuação.

Já as infrações 14 e 15 foram elididas pelos julgadores de *primo grau* com base na diligência fiscal que comprovou o cancelamento das exportações e do retorno das mercadorias, nas exatas quantidades dos documentos apurados pela fiscalização, fato que demonstra a improcedência de ambas exações.

Assim, diante do conjunto probatório, da análise do próprio autuante, da Diligência Fiscal e dos apontamentos dos n. Julgadores de piso, entendo que foram corretas as reduções realizadas.

Recurso de Ofício Não Provisto.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reconhecer a decadência dos fatos ocorridos até 22.11.2002, e, acolher parcialmente as argumentações defensivas quanto à infração 1, 3 e 10, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Divirjo do posicionamento do nobre relator no que concerne à prejudicial de decadência, relativa às quantias advindas dos fatos geradores ocorridos antes de 22/11/2002 (segundo os Relatórios de primeira e segunda instâncias, o contribuinte asseverou que o lançamento foi efetuado no dia 22/11/2007).

Não se vislumbra o fenômeno suscitado (fruição do prazo decadencial), diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “*a quo*”, determinação esta refletida no art. 107-B do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transscrito, *in verbis*, dispositivo cuja eficácia não pode ser negada por este órgão (art. 167, III, RPAF/1999).

“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 1º de janeiro do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Do exposto, como “*o lançamento foi efetuado em 22/11/2007*” e se reporta a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 01/01/2002 e 15/06/2007, não há ilegalidade, pois tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para elaborá-lo.

Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no Diário Oficial de 20/06/2008, a mesma declara a constitucionalidade da 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 de 05 (cinco) 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”.

Concluo, com a devida licença, que a Súmula nº 08 do STF não se aplica ao ICMS. Doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal à qual compete gerir as contribuições previdenciárias.

Na assentada do julgamento do Recurso Voluntário, o representante do sujeito passivo suscitou o deslocamento do termo final do prazo de decadência em razão da diligência, sob o entendimento, corroborado, segundo o referido profissional, pelo CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), de que o Auto de Infração somente se torna perfeito com a mesma. Tal concepção não possui amparo na legislação de regência, muito menos na jurisprudência deste Conselho de Fazenda, que estipula como marco peremptório a data da lavratura do lançamento de ofício.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de decadência com o voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210432.0003/07-8**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S. A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$554.883,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d”, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$801.211,26**, previstas no art. 42, incisos IX; XIII-A, alíneas “g” e “i”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros (as): Paulo Danilo Fontes Reis, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros (as): Rodrigo Lauande Pimentel, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

PAULO DANILLO REIS LOPES– VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS