

PROCESSO - A. I. Nº 269132.0003/13-5
RECORRENTE - ELEKEIROZ S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0084-05/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 01.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0355-12/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que as operações objeto da autuação estavam amparadas pelo diferimento, descabendo a exigência fiscal. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10%, sobre o valor comercial das mercadorias não registradas. Razões recursais insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Negada, por maioria, a redução da penalidade. Requerida de ofício. Afastada a decadência suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0084-05/14, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 16/12/2013 para exigir o valor de R\$1.975.896,77, sendo: ICMS exigido de R\$1.936.630,78 e multa de 50%, inerente ao exercício de 2008, para a infração 1, e multa no valor de R\$39.265,99, para a infração 2, inerente ao exercício de 2010, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Refere-se às saídas de mercadorias para destinatário SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ Nº 14.807.945/0001-24. O autuado deixou de destacar nas notas fiscais e deixou de recolher ICMS sobre tais operações, alegando estar autorizada pelo disposto no artigo 7 do Decreto nº 7.439/98. Nas informações complementares das notas fiscais, o contribuinte registra o seguinte texto: ICMS DIFERIDO CONF. ARTIGO 7 DECRETO 7439 DE 17/09/98 – BAHIAPLAST. Ocorre, porém, que o benefício do BAHIAPLAST a que a SANDUY fazia jus foi revogado pela RESOLUÇÃO Nº 02/2005 (Publicada no Diário Oficial de 12 e 13/03/2005). Conforme demonstrativo e publicação constantes dos anexos I-A, I-B e I-C.

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, conforme demonstrativos constantes dos anexos II-A e II-B.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente com os fundamentos, abaixo transcritos:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 2 infrações, já devidamente relatadas.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os

elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso II “a” e “b” do RPAF/99 indefiro a solicitação perícia.

Quanto aos quesitos formulados pelo impugnante verifico que: não é relevante para elidir a infração se as aquisições forem de insumos, pois, como se trata da infração 2, além de caber ao autuado tal demonstração, esse fato não pode elidir a multa aplicada por falta de registro das notas; os indícios de cancelamento das notas, apesar de não elidirem a exigência, deveriam ser apresentados pelo sujeito passivo; não foram apresentados quaisquer comprovantes de cancelamento, bem como a obrigação tributária é do sujeito passivo, caso as mercadorias que saíram indevidamente acobertadas pelo benefício do diferimento tenham sido tributadas nas operações posteriores pelos adquirentes, esse fato não elide a exigência fiscal, pois a questão se subsume a obrigações tributárias atribuídas a sujeitos passivos distintos.

Quanto ao exame do mérito da infração 1, foi imputado ao sujeito passivo a falta de destaque e recolhimento do ICMS nas saídas para sua cliente SANSUY, constando nas informações complementares das notas fiscais que tais operações estariam amparadas por um benefício do BAHIAPLAST.

Verifico que, efetivamente, a Sansuy não gozava do benefício do diferimento do Bahiaplast desde 11 de março de 2005, conforme Resolução do Conselho Deliberativo nº 2, publicado no Diário Oficial de 12 e 13 de março daquele ano, não cabendo a saída das mercadorias amparadas com o aludido benefício destinadas aquele estabelecimento a partir da aludida data, portanto, antes dos fatos geradores alvo da presente exigência fiscal que são de 2008.

*Quanto à afirmação do autuado de que “o Fisco declara que aquela empresa teve o seu certificado de habilitação erroneamente cancelado” e, para provar sua afirmação, anexou o que chamou de documento nº 5 (fl. 140 deste processo), cabe razão ao autuante quando afirma que: “o documento não se refere a nenhum cancelamento de habilitação, mas sim a uma concessão errônea de habilitação. O texto do Coordenador de Processos é bastante claro: “informo que foi **concedido** erroneamente o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3, que trata nas aquisições do exterior”. Registre-se, por oportuno, tratar-se de aquisições do exterior, o que nada tem a ver com os fatos geradores que ensejaram o cometimento da infração 1, quais foram, aquisições, pela SANSUY, junto à ora autuado ELEKEIROZ S/A, nas quais esta deveria ter destacado ICMS em tais operações e não o fez.”.*

Além do mais, conforme se verá adiante, a SANSUY não implantou as condições para obtenção dos benefícios do DESENVOLVE.

No que alude ao direito da empresa SANSUY em usufruir dos benefícios do PROGRAMA DESENVOLVE, também acerta o autuante ao apontar o Acórdão desse CONSEF, proferido pela 2ª CJF Nº 0219-12/10, anexado às fls. 61, através do qual se firmou o entendimento de que “houve utilização indevida do incentivo” por parte da SANSUY e que, embora os autuantes não tenham competência para cancelar benefício ou incentivo fiscal, “é correta a exigência do ICMS pela fiscalização quando ficar comprovado que o usufruto do benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas”. Assim, cai por terra o argumento do autuado de que caberia o diferimento através do DESENVOLVE.

Diante do exposto, considero procedente a infração 1.

Quanto à infração 2, a impugnante reconhece a falta de escrituração de notas fiscais, contudo alega que as mesmas foram canceladas pelos próprios emitentes.

Verifico que os extratos constantes do Portal da Nota Fiscal Eletrônica (fls. 179 a 453 do presente processo), demonstram, diferente do alegado pelo sujeito passivo, que todas as notas fiscais têm o status de “Autorizadas”, e não de “Canceladas”.

Cabe destacar que o sujeito passivo não traz aos autos os documentos probatórios que caracterizem os aludidos cancelamentos, bem como qualquer outro elemento de direito ou de fato que modifique ou elida a presente infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 488 a 507, onde alega, em relação à primeira infração, que a Sansuy sempre esteve beneficiada pelo instrumento de diferimento nas aquisições de insumos fornecidos pela Elekeiroz, pois esteve amparada com diferimentos previstos na legislação do Programa Bahiaplast, Decreto nº 7.439/98, e, em ato contínuo, ao incorporar a empresa Viniartefatos, detentora de benefícios do Programa Desenvolve, Decreto 8.205/2002 e Decreto 6.734/1997, passou ter o benefício de diferimento amparado por nova Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve de nº 15/2005.

Registra que a Resolução Concessiva dos benefícios fiscais e a própria habilitação ao diferimento para aquisição interna de insumos (está última exarada e administrada pela Inspetoria Fazendária), continuam em vigor. Assim, a Sansuy sempre esteve e continua a gozar do privilégio de adquirir seus insumos com o instrumento do diferimento.

Destaca que a Inspetoria Fazendária concedeu o Certificado de Habilitação de número 004600.000-3, obrigando os fornecedores de insumos da Sansuy de vender seus produtos com o diferimento, cujo entendimento é corroborado pelos Pareceres DITRI nº 4006/2008 e 2234/2009, que transcreve.

Salienta que não cabia à Elekeiroz verificar se aquele certificado teria sido concedido corretamente, se os investimentos foram realizados pela empresa, se o numero de empregados está em acordo com o que prevê o Protocolo de Intenções da Sansuy, ou se o processo produtivo previsto no projeto encontra-se em acordo com o que foi prometido ao Estado. Afirma que antes de vender a mercadoria, a Elekeiroz checava se o Certificado de Habilitação estava em vigor e que a Inspetoria Fazendária sempre manteve ativa uma habilitação de diferimento em favor da Sansuy.

Ressalta que a Sansuy nunca foi contemplada com o benefício do diferimento nas importações de insumos e que as Resoluções concessivas em seu favor, seja do Bahiaplast ou do Desenvolve, são claras ao restringir o benefício às operações internas. Contudo, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências da Sansuy, consta o manuscrito do Coordenador da Gerência de Processos da DAT METRO com o seguinte teor:

“Informo que foi concedido erroneamente o certificado de habilitação de diferimento n. 004600.000-3, que trata de aquisições do exterior.

Nesta data procedemos a baixa do referido certificado e concedendo novo certificado de habilitação de diferimento n. 7709.000-4 para ser utilizado nas operações internas e conforme Resolução Desenvolve n. 35/2004 e 15/2005.

DAT METRO, 18 de dezembro de 2012.”

Em seguida, o recorrente cita os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da verdade material e da boa-fé, para concluir que os benefícios à Sansuy através de Resoluções e Certificados de Habilitações encontram-se válidos e publicados no DOE ou disponíveis no site da SEFAZ, cabendo ao fornecedor identificar se a habilitação está em situação “Ativo” e a vender a mercadoria sem o destaque do imposto. Aduz que a Sansuy sofreu Auto Infração (nº 299314.0002/07-1) que anula os efeitos da dilação de prazo de pagamento de 90% do saldo devedor relativo ao Programa DESENVOLVE, exigindo o ICMS apurado em sua integralidade. Por sua vez o Auto de Infração imposto à Elekeiroz cobra o ICMS que não foi destacado em notas fiscais. Assim, defende que a SEFAZ está a exigir ICMS em duplicidade.

Quanto à segunda infração, o recorrente diz que a empresa não deu entrada no seu estabelecimento das mercadorias por desconhecer as operações e consequentemente as notas fiscais, do que cita que o legislador restringiu a escrituração às entradas efetivas de mercadorias (art. 322, §3º, I, do RICMS/97), como também a própria penalidade à mercadoria que tenha entrado no estabelecimento. Assim, assevera que não reconhece estas operações, não as solicitou e não recebeu qualquer mercadoria vinculada a estas notas fiscais, logo, não procedeu com má-fé, não praticou qualquer dolo, tampouco causou prejuízo aos cofres do Estado.

Requer, preliminarmente, diligência para esclarecer: i) junto ao Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, se a Sansuy tinha, no período de 31/01/2008 a 31/12/2008, o benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas suas aquisições internas de insumos; ii) junto à INFAZ do domicílio fiscal do autuado, qual a eficácia do Certificado de Habilitação de Diferimento da Sansuy, à época das operações contestadas; iii) a análise dos argumentos relativos à infração 2, à luz de diligência fiscal/contábil, de forma a esclarecer se as notas fiscais apontadas acompanharam a circulação de mercadorias para o estabelecimento autuado. Ao final, pede a improcedência das exações e solicita à PGE/PROFIS que verifique o prazo decadencial estabelecido no art. 173 do CTN, relativo à infração 1.

A Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer pelo não provimento do Recurso voluntário, visto que, quanto à infração 1, o autuado remeteu mercadorias a empresa Sansuy nos exercícios de 2009 e 2010, quando não mais vigia o certificado de concessão de benefício fiscal, que fora anulado, com publicação no Diário Oficial da Resolução nº 02/2005 em 12 e 13/03/2005. Assim, como as operações se deram posteriormente à publicação do cancelamento do benefício fiscal, caberia ao autuado deixar de aplicar o diferimento.

Quanto à segunda infração, o opinativo é de que o recorrente muda de estratégia e passa a negar conhecimento às notas fiscais indicadas pela fiscalização como não registradas, visto que na sua defesa ele havia reconhecido os documentos fiscais ao afirmar que houve cancelamento das operações, o que não restou comprovado, uma vez que as referidas notas constam como ativas no Portal de Notas Eletrônicas.

Em mesa de julgamento, após sustentação oral por parte do representante do Sujeito Passivo e análise dos autos, a representante da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, considerando a Resolução nº 138/2011 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, na qual reconhece o direito aos benefícios da Resolução nº 35/2004 e posteriormente da Resolução nº 15/2005 para a Sansuy S/A Indústria de Plásticos, manifestou-se no sentido de que merece reforma a Decisão recorrida, entendendo que assiste razão ao recorrente quando assevera que a empresa Sansuy, à época dos fatos estava habilitada ao diferimento do ICMS.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange às duas infrações do lançamento de ofício, julgadas procedentes.

Inicialmente, indefiro o pedido do recorrente para a realização de diligência fiscal, relativo às duas infrações, tendo em vista que, nos termos do art. 147, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considero suficientes para a formação e convicção dos membros deste Colegiado os elementos contidos nos autos.

No que diz respeito à arguição de decadência referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2008, deixo de acolher tal pretensão com fundamento na previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, do que se fundamentou a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no art. 107-A, inciso I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para fixar *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*, nos termos previstos no art. 173, I, do CTN.

Ressalte-se ainda que, embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o que não ocorreu, e, neste caso, o prazo para contagem da decadência deve ser o previsto no artigo 173, I, do CTN.

Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 16.12.2013, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2008, cujo termo final seria em 31/12/2013.

No mérito, em relação à primeira infração, exige-se o ICMS nas operações destinadas à SANSUY S/A, por ter o remetente deixado de destacar o imposto, tido como diferido, pois, segundo o Fisco, tal benefício do BAHIAPLAST, a que fazia jus a SANSUY, foi revogado pela Resolução nº 02/2005.

Alega o recorrente que a Sansuy, destinatária das operações objeto da exigência fiscal, sempre esteve beneficiada pelo instrumento de diferimento nas aquisições de insumos fornecidos pela Elekeiroz, pois esteve amparada com diferimentos previstos na legislação do Programa Bahiaplast,

Decreto 7.439/98, e, em ato contínuo, ao incorporar a empresa Viniartefatos, detentora de benefícios do Programa Desenvolve (Res. 35/2004), Decreto nº 8.205/2002 e Decreto 6.734/1997.

Salienta que posteriormente a SANSUY passou a ter o benefício de diferimento amparado em nova Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de nº 15/2005, na qual transferiu os benefícios da empresa Viniartefatos.

Assim, a Sansuy sempre esteve e continua a gozar do privilégio de adquirir os insumos com o instrumento do diferimento da empresa Elekeiroz.

Destaca que a Inspetoria Fazendária concedeu o Certificado de Habilitação de número 004600.000-3, obrigando os fornecedores de insumos da Sansuy de vender seus produtos com o diferimento, cujo entendimento é corroborado pelos Pareceres DITRI nº 4006/2008 e 2234/2009, que transcreve

Da análise das peças processuais verifica-se que, realmente, à fl. 35 dos autos, através da Resolução nº 02/2005, de 11/03/2005, o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST revogou a habilitação aos benefícios concedidos à Sansuy S/A, conforme se lastreou a acusação fiscal.

Contudo, conforme alega o recorrente, em ato contínuo, a Sansuy ao incorporar a empresa Viniartefatos passou a usufruir dos benefícios do Programa Desenvolve através da Resolução nº 35/2004 e, posteriormente, da Resolução nº 15/2005, as quais previam o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições internas com insumos. Tal fato é corroborado pelo despacho do Coordenador de Processos da DAT/METRO, à fl. 521 dos autos, Sr. Edilson Meireles de O. Santos, que diz, textualmente:

Informo que foi cancelado erroneamente o certificado de habilitação de diferimento nº 004600.000-3, que trata nas aquisições do exterior.

Nesta data procedemos a baixa do referido certificado e concedido novo certificado de habilitação de diferimento nº 7709.004 para ser utilizado nas operações internas e conforme Resolução Desenvolve nº 35/2004 e 15/2005. (grifo nosso)

DAT METRO 18 de dezembro de 2012

Ademais, as Resoluções 35/2004, 15/2005 e até mesmo a Resolução 138/2011 atestam a veracidade das alegações recursais, conforme se pode verificar das transcrições feitas abaixo, tudo a determinar, incontestavelmente, que a empresa SANSUY jamais deixou de estar habilitada para o diferimento do ICMS, como segue:

Resolução nº 35/2004

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

Art. 1º Acolher o Recurso apresentado pela empresa SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 e IE nº 02.082206 NO, para reconhecer o direito aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 deste Conselho para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, empresa proveniente do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, em virtude da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Resolução nº 15/2005

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

Art. 1º Transferir os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, através da Resolução nº 35, de 19 de agosto de 2004, para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 em face da sua incorporação, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária da Sansuy S/A Indústria de Plásticos, de 17.12.2004, arquivada na Junta Comercial do Estado da Bahia sob nº 96583590, em 27.01.2005.

Resolução nº 138/2011

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, ...

RESOLVE:

Art. 1º Acolher o Recurso apresentado pela empresa SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 14.807.945/0001-24 e IE nº 02.082206 NO, para reconhecer o direito aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 deste Conselho para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, empresa proveniente do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, em virtude da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Assim, diante de tais considerações, entendo que o benefício fiscal do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições internas com insumos à Sansuy *foi outorgado* através da Resolução nº 35/2004 e posteriormente da Resolução nº 15/2005, conforme ratificado na Resolução nº 138/2011, cujo instrumento é o meio legal para concessão do benefício, sendo incontestável o fato de que o CHD 004600.000-3 estava ativo e vigente à época dos fatos geradores relativos ao exercício de 2008, sendo que a “baixa” ocorrida em 18/12/2012 é um fato superveniente e para correção de suposto equívoco da administração tributária, conforme despacho do DAT/METRO.

Portanto, assiste razão ao recorrente quando assevera que a empresa Sansuy, à época dos fatos estava habilitada ao diferimento do ICMS nas operações, o que torna insubsistente a infração 1.

Quanto à segunda infração, o recorrente apenas se limita a negar as operações, cuja alegação recursal além de contrariar as provas documentais constantes dos autos, às fls. 36 a 42, inclusive consignando as chaves de acesso de cada nota fiscal, depõe contra o próprio argumento de defesa do apelante que, à época, afirmara que *as referidas notas não foram escrituradas em razão de terem sido canceladas pelos respectivos fornecedores*, o que não restou comprovado, uma vez que as referidas notas constam como ativas no Portal de Notas Eletrônicas, conforme consignado no opinativo da PGE/PROFIS, do qual me alinho. Infração subsistente.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar insubsistente a infração 1 e subsistente a infração 2, não acolhendo a redução da penalidade deste item, proposta, de ofício, pelo Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro por entender não se encontrar presentes os pressupostos para a redução.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênua ao ilustre Relator para discordar da sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 18/12/2008.

Suscitada ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 18/12/2008, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

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

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

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

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

lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

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

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

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

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 18/12/2008, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 18/12/2008, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na medida em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 18/12/2008 e, no mérito, voto no sentido de tronar IMPROCEDENTE as operações alcançadas pela decadência.

Reiterando o meu pedido de venia ao n. Relator, pois, também divirjo quanto à possibilidade de redução da multa por descumprimento de obrigação acessória. Referentemente a esta matéria, tratada no presente PAF, vejo que é exatamente a mesma tratada no PAF nº 269132.004/13-1, no qual fui relator, e assim me posicionei:

Avançando, vejo que o caso dos autos revela o indiscutível cometimento da infração apontada na infração 2, falta de escrituração de entradas de mercadorias não tributáveis, bem por isso, considerar elidida a acusação fiscal apenas com base nos argumentos recursais não seria possível, entretanto, conforme disposto no §7º do art. 42 da Lei 7.014/96, que diz que “as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto”, e considerando que a presunção de inocência é pressuposto basilar do direito, e que não foram trazidos aos autos quaisquer elementos que indiquem que a Recorrente agiu com dolo, fraude ou simulação, ou mesmo que houve prejuízo ao erário, sobretudo porque entendo que a infração 1 é insubsistente, me valho da prerrogativa dada aos julgadores deste Conselho pelo dispositivo acima mencionado para reduzir a multa aplicada para 10% do valor inicialmente lançado, em caráter meramente educativo, devendo ser exigido da Recorrente a importância de R\$4.339,31 pelo cometimento da infração 2.

Nesses termos, afastada a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, VOTO no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, declarando insubsistente a infração 1 e reduzindo, de ofício, para 10% do valor originalmente lançado o montante da multa da infração 2, mantido o julgamento da Junta de Julgamento Fiscal quanto à subsistência.

Nesses termos, ultrapassada a preliminar de decadência, no mérito, acompanho o Relator,

divergindo quanto à multa da infração 2, para a qual entendo que deve ser reduzida para 10% do valor originalmente lançado, qual seja R\$3.926,59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0003/13-5**, lavrado contra **ELEKEIROZ S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$39.265,99**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (quanto a não redução da multa infr.2) - Conselheiros(as):, Fernando Antonio Brito de Araújo, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DIVERGENTE (quanto a não redução da multa infr.2) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE

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