

PROCESSO - A. I. Nº 232884.0016/14-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0144-03/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0292-11/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Restou comprovado nos autos que o autuado não observou a respectiva Resolução aos produtos produzidos no projeto incentivado, sem observar o piso correto previsto no Programa DESENVOLVE. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO** e, de ofício, reconhecer a preliminar de decadência até 30/11/2009. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 3ª Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Improcedente a exigência fiscal. O lançamento de ofício foi lavrado em 18/12/2014, para exigir ICMS e multa no valor de R\$2.237.514,17, em razão do suposto cometimento da seguinte infração, seguir transcritas:

Infração 01: Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Período de janeiro de 2009 a janeiro de 2010. Total da infração: R\$2.237.514,17, Multa de 60%

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, de forma unânime, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que não está comprovada nos autos a existência de vícios formais; a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente alegou que o autuante utilizou, para motivar a exação, cálculos que não identificam de forma clara e precisa a autuação. Diz que as planilhas anexadas pelo fisco estadual, identificadas como “resumo de apuração” (Planilhas II e III) são obtidas, de forma não clara, a partir da listagem do faturamento da ORTOBOM de 2009. Afirma que as mencionadas planilhas levam, ainda, em consideração o nome comercial e não o código de NCM dos produtos. E a partir desse nome comercial conclui que determinado produto compõe ou não o espectro de fabricação da BOJUY e da ORTOBOM.

Na autuação foram informados os motivos que levaram o autuante a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido, sendo elaborado, além dos demonstrativos citados pelo defendente, um “Relatório da Ação Fiscal”, com diversas informações, inclusive quanto ao Auto de Infração anteriormente lavrado de nº 279196.0002/12-9. Também foi informado: “Considerando que diversos produtos fabricados pela ORTOBOM não eram fabricados pela BOJUY (VIDE ANEXO I – PLANILHAS IV e V), procedemos a segregação das saídas de produtos fabricados exclusivamente pela ORTOBOM e sobre estes aplicamos o benefício considerando o PISO constante na Resolução que concedeu o benefício a ORTOBOM. Esta segregação foi efetuada a partir dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, transmitidos pelo contribuinte e constante no Banco de Dados da SEFAZ/BA” Também foi explicada a metodologia para encontrar o saldo devedor do ICMS referente aos produtos exclusivos da ORTOBOM.

Neste caso, os demonstrativos elaborados pelo autuante apurando as parcelas referentes ao valor do imposto

sujeito à dilação de prazo são compreensíveis, inclusive quanto aos produtos considerados no levantamento fiscal, inexistindo os motivos alegados pelo defendente quanto à nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão de recolhimento do referido imposto efetuado a menos devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de janeiro de 2009 a janeiro de 2010.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

A exigência do imposto no presente Auto de Infração ocorreu em decorrência de levantamento fiscal, que resultou na conclusão de que não houve recolhimento de parte do ICMS não sujeito à dilação de prazo, e apesar de não ser informado na descrição dos fatos os motivos que levaram o autuante a efetuar o referido levantamento, foi consignado que a exigência fiscal está amparada em planilhas constantes dos Anexos I e II e na Relatório da Ação Fiscal.

Nas razões defensivas o autuado alegou que a partir do mês de junho de 2008, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., o Conselho Deliberativo do Desenvolve, através da Resolução 061/2008, e amparado por parecer final da DITRI nº 14947/2007, Processo 11425420076 de 05/12/2007, transferiu o benefício da incorporada para a empresa autuada. Disse que o incentivo que foi concedido à incorporada através da Resolução 090/2005, a enquadrava na na Classe II, da Tabela, I, anexa ao Decreto 8.205/02, e isso significa dilação de prazo para recolhimento de 80% do saldo devedor apurado em relação às operações próprias, vinculadas ao projeto incentivado, mas não estabelecia piso de arrecadação e teve sua titularidade transferida para a empresa autuada.

A incorporação de empresas é resultado de uma operação, pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Portanto, no caso de incorporação a sociedade incorporada desaparece e a incorporadora assume o ativo e passivo da incorporada e, conforme se depreende do contrato social apresentado pelo defendente, a empresa incorporada, a partir da data de incorporação, não efetuou qualquer operação em nome próprio, tendo em vista que a incorporação de empresas importa, necessariamente, no desaparecimento da empresa incorporada.

Efetivamente, no PARECER DITRI Nº 14947, datado de 04/12/2007, consta a informação de que “a empresa incorporadora sucede à incorporada em todos os seus direitos e obrigações, no tocante aos benefícios do Desenvolve a habilitação que foi concedida à empresa incorporada (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda) constitui-se em direito a ser transferido à incorporadora (Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda), a qual para exercê-lo, deverá ingressar com requerimento junto à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração – Conselho Deliberativo do Desenvolve, solicitando edição de uma nova Resolução, nos mesmos termos da que foi deferida à empresa incorporada, ou seja, sem alteração das condições ali dispostas e com observância estrita das premissas estabelecidas no projeto original”.

Observe que após o mencionado PARECER DITRI Nº 14947 é que foi publicada a Resolução 61/2008, alterando a Resolução nº. 090/2005, ratificada pela Resolução nº. 096/2006 e retificada pela Resolução nº. 124/2006, que concedeu o benefício à Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., retificando a titularidade do benefício para a INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA., CNPJ nº. 02.748.342/0002-09, face à incorporação por esta última, inexistindo na mencionada Resolução qualquer restrição à utilização dos benefícios concedidos à empresa incorporada.

Na informação fiscal prestada pelos autuantes no PAF de nº 279196.0002/12-9, relativo ao mesmo período fiscalizado os autuantes reconheceram o fato de que em relação ao benefício fiscal, a incorporadora (INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.) assumiu as prerrogativas da incorporada (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda) eliminando a parcela fixa na apuração do Desenvolve (fl. 178 deste PAF). Dessa forma, os cálculos foram refeitos naquele processo, apurando as diferenças de imposto no período fiscalizado.

No Auto de Infração consta a ressalva ao direito da Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Entretanto, no presente caso, não ficou configurado nos autos que foram apurados novos elementos, nem realizada revisão do lançamento anterior. Ou seja, foi efetuado novo procedimento fiscal sobre o mesmo período e a acusação fiscal é a mesma da infração 04 do Auto de Infração de nº 279196.0002/12-9.

Vale salientar que na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, o mencionado saldo devedor mensal será apurado utilizando a seguinte fórmula:

saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE é igual ao saldo apurado no mês, menos os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, mais os créditos fiscais não vinculados ao projeto. Portanto, devem ser efetuados ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do programa.

Considerando que em face da incorporação comprovada pelo defendente, inexistindo na Resolução 61/2008 qualquer restrição à utilização dos benefícios concedidos à empresa incorporada e, tendo sido realizado novo procedimento fiscal sem os necessários ajustes quanto às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do programa DESENVOLVE, tais fatos implicariam nulidade da autuação.

Conforme estabelece o art. 155 do RPAF/BA, “A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento”. Por outro lado, “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” (Parágrafo único).

Com base nos elementos constantes no presente PAF, constato que embora os procedimentos e métodos aplicados na apuração do imposto exigido neste lançamento não tenham sido os mesmos do Auto de Infração anterior (AI 279196.0002/12-9), se referem aos mesmos elementos e mesmo período de apuração (janeiro de 2009 a janeiro de 2010), e os fatos apurados já foram objeto de julgamento anteriormente realizado, inclusive pela Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdãos JJF 0555-03/13 e CJF 0468-13/13), conforme mencionado pelo autuado nas razões de defesa.

Dessa forma, concluo que não restou comprovado nos autos que o defendente utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o cumprimento de todas as condições previstas no Programa DESENVOLVE, sendo insubsistente a exigência fiscal, considerando que não ficou caracterizada a irregularidade apontada.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ao final do seu voto, a 3ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Em mesa, a n. representante da PGE, a Drª Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé, após o exame dos fólios processuais e diante das discussões e constatações verificadas nas sessões de julgamento, asseverou que há identidade dos fatos geradores e que, diante do julgamento proferido pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, haveria a ocorrência de Coisa julgada Administrativa.

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso de Ofício em relação à desoneração ocorrida na única infração (infração 01) do Auto de Infração em epígrafe.

Prefacialmente, torna-se cogente apontar uma questão de ordem pública que se mostra presente no ora vergastado processo e que influência completamente no julgamento da lide, qual seja: o reconhecimento da ocorrência da decadência.

Então vejamos.

Compulsando os autos, constato a ocorrência da decadência quanto às obrigações anteriores a 24.12.09 (cinco anos antes do aperfeiçoamento do lançamento tributário, na data da intimação do Contribuinte), por força do quanto prescrito no artigo. 150, §4º do CTN, bem como devido à revogação dos artigos 107-A e 107-B, §5º do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por força da Lei Estadual nº 13.199/2014.

O presente Auto de Infração (nº 232884.0016/14-0) fora lançado em 20 de dezembro de 2014, sendo intimado o Contribuinte em 24 de dezembro de 2014, conforme o AR de fl. 64 dos fólios processuais.

É de notória sabença que o instituto da decadência é regido no CTN nos artigos 150 e 173.

Consoante a melhor interpretação, doutrina e jurisprudência sobre o art. 150, §4º do CTN, a decadência do direito de constituição do crédito tributário se extingue definitivamente com o decurso de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, conforme abaixo se denota no citado artigo, *verbo ad verbum*:

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.

Não obstante ao acima previsto, a tese prevalecente e não unânime deste Conselho de Fazenda, com base na primeira parte do art. 150, §4º do CTN, entendia que poderiam ser aplicados à questão da decadência, as regras e o prazo estabelecido no COTEB, conforme os artigos 107-A c/c 107-B, §5º, a seguir transcritos:

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

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

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 107-B.

(...)

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

Entretanto, os artigos 107-A e 107-B, §5º do COTEB foram expressamente revogados pela Lei nº 13.199, de 28/11/14 (com efeitos a partir de 29/11/14), restando, assim, aplicável, o quanto disposto no CTN.

Portanto, como a revogação das normas do COTEB (28/11/2014) e produção de seus efeitos (29/11/2014) se deram antes da data de lavratura do presente Auto de Infração (20/12/2014) ou da data de intimação do sujeito passivo (24/12/2014), não pode ser observada a agora superada tese de aplicação do COTEB, em detrimento do CTN.

Assim, fica claro e patente que o presente Auto de Infração já estava sob a égide no “*novo regime jurídico*” do art. 150, §4º do CTN, eis que, trata-se de um lançamento por homologação e por ter havido pagamento parcial. Logo, o direito de constituição do crédito, no momento do lançamento, era sobre os fatos geradores ocorridos até 5 (cinco) anos para trás.

Em outras palavras, pela aplicação da norma acima alinhavada e da sua melhor inteligência, restam atingidos pela decadência todas as ocorrências que são anteriores a 5 (cinco) anos da data do presente lançamento.

Pelo acima exposto, **constato que a Fazenda não pode mais lançar, por força da regra insculpida no art. 150, §4º do CTN, as ocorrências anteriores a 24 de dezembro de 2014** ficando excluídas tão somente as ocorrências de 31 de dezembro de 2009 e 31 de janeiro de 2010.

Superada a discussão sobre a decadência, passo ao exame do Recurso de Ofício.

Desde a defesa, a Recorrente aponta que este Auto de Infração aborda o mesmo tema e o mesmo período de outro Auto de Infração, já julgados e cujos valores condenados foram pagos.

Pois bem.

O Presente Auto de Infração de nº 232884.0016/14-0 fora lançado para cobrar o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve para o período compreendido entre 31 de janeiro de 2009 a 31 de janeiro de 2010, conforme a infração 01, de código 03.08.04.

Entretanto, conforme as informações contidas no presente PAF, em Defesa Administrativa, no Recuso Voluntário e na manifestação trazida pelos representantes do Contribuinte, em sessão de julgamento, vejo que os mesmos fatos geradores, no período de janeiro de 2009 a março de 2010 já foram lançados, cobrados e julgados no Auto de Infração sob o nº 279196.0002/12-9, e sob a égide da infração 04, de código 03.08.04.

Este último e anterior Auto de Infração (279196.0002/12-9) fora julgado Parcialmente Procedente pela 3ª CJF, no acórdão CJF nº 0468-13/13, conforme o lançamento e as argumentações que agora faço constar, *in verbis*:

PROCESSO	- A. I. Nº 279196.0002/12-9
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES
ESPUMAS LTDA.	
RECORRIDAS	- INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL	
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0055-03/13
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 20.12.2013

(...)

INFRAÇÃO 4: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, no período de janeiro de 2009 a março de 2010. Valor do débito: R\$2.635.756,94. Multa de 60%.

(...)

VOTO

Trata o Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou as Infrações 4 e 6, respectivamente, procedente em parte e procedente.

Quanto à Infração 4, relativamente aos meses de junho e dezembro de 2009, o recorrente afirma que no demonstrativo de fls. 435 e 436, os autuantes se equivocaram na determinação da parcela sujeita a dilação de prazo, utilizando percentuais (50,00% e 62,50%) inferiores ao previsto (80%).

Ao se examinar o demonstrativo de fls. 435/436, constata-se que é procedente o argumento recursal, conforme passo a me pronunciar:

- *ao se multiplicar o “Saldo devedor operações próprias” pelo valor da dilação (80%), apura-se as seguintes parcelas a dilatar nos meses de junho e dezembro de 2009: R\$ 626.460,61 e R\$ 812.570,50;*
- *considerando essas novas parcelas a dilatar, os valores a recolher nesses dois meses passam para, respectivamente, R\$ 144.935,37 e R\$ 176.537,16;*
- *tendo em vista que os recolhimentos computados pelos autuantes foram de, respectivamente, R\$ 156.963,98 e R\$ 190.556,48, fica elidida a autuação quanto aos meses de junho e dezembro de 2009.*

No que tange aos meses de janeiro, maio, junho e agosto de 2009, o recorrente sustenta que na informação fiscal, ao refazer a apuração dos valores devidos (fls. 435/436), os autuantes computaram a menos os recolhidos que foram efetuados. Como prova dessa alegação, apresentou tabela e citou os documentos de arrecadação de fls. 396 a 408.

Saliento que a exigência fiscal referente ao mês de junho já não subsiste, pois o valor da parcela a dilatar foi erroneamente calculado pelos autuantes, conforme já demonstrado neste voto.

Partindo do levantamento original, fls. 73 a 75, observa-se que os pagamentos considerados pelos autuantes nos meses de janeiro, maio e agosto foram de, respectivamente, R\$ 233.622,98, R\$ 216.792,09 e R\$ 225.315,45. Na informação fiscal, os autuantes reconhecem as argumentações do autuado no que se refere ao benefício fiscal, onde a incorporadora assume as prerrogativas da incorporada, eliminando assim a parcela fixa na apuração do DESENVOLVE e refazem os cálculos conforme o demonstrativo de fls. 435 e 436. Todavia, nesse novo demonstrativo, os recolhimentos foram considerados a menos (R\$ 229.622,98, R\$ 210.392,09 e R\$ 205.990,01),

conforme foi sustentado no Recurso Voluntário.

Considerando os recolhimentos que foram consignados pelos autuantes no demonstrativo original de fls. 73 a 75, os débitos referentes aos meses de janeiro, maio e agosto ficam elididos, conforme alegado no Recurso Voluntário.

Dessa forma, o valor devido na Infração 4 após a Decisão de primeira instância, R\$ 695.383,50, passa para R\$ 177.626,28, ficando excluídos os débitos referentes aos meses de janeiro, maio, junho, agosto e dezembro de 2009.

(...)

No Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta 3ª Câmara de Julgamento Fiscal a Decisão de primeira instância que julgou a Infração 2 Improcedente, as Infrações 5 e 8 Nulas e as Infrações 1, 3 e 4 Procedentes em Parte.

(...)

Quanto à Infração 4, foi dito na defesa que, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. pelo recorrido, os benefícios da incorporada foram transferidos para a incorporadora e, em consequência, não mais havia previsão de piso de arrecadação. Também foi afirmado na defesa que, na apuração do imposto, os autuantes indevidamente incluíram, nos meses de fevereiro e março de 2010, operações referentes ao estabelecimento matriz. Na informação fiscal, os autuantes acataram os argumentos defensivos e refizeram a apuração do imposto, o que reduziu o valor originalmente exigido de R\$ 2.635.756,94 para R\$ 695.383,50, conforme demonstrativos às fls. 435/436. A primeira instância julgou a infração em comento seguindo o entendimento contido na informação fiscal.

Não há reparo a fazer na Decisão de Primeira Instância, pois as retificações efetuadas na informação fiscal estão respaldadas em documentação probante acostada ao processo e, além disso, foram realizadas pelos próprios autuantes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279196.0002/12-9**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.129,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, previstas no art. 42, XV, “d”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Pela leitura do acórdão proferido e das informações trazidas aos autos, concluo que realmente há a identidade entre a infração 01 deste lançamento (de nº 232884.0016/14-0), com a infração 04 do lançamento anterior (de nº 279196.0002/12-9), acima alinhavado.

Desta forma, aplico o quanto disposto no artigo 156 do CTN que é lapidar em determinar que a decisão administrativa irreformável, na órbita administrativa, extingue o crédito tributário, por força da coisa julgada administrativa.

Neste passo, para melhor delimitarmos o tema, é de bom alvitre trazermos à baila a legislação pertinente ao ponto em destaque.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

Nada mais acertado e nada mais sensato que o sistema jurídico-tributário pátrio venha colocar o óbice da coisa julgada material nas questões já apreciadas pelos órgãos administrativos, de maneira irrecorrível. Trata-se da mais perfeita consubstanciação dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal ao procedimento administrativo, pois, seria desarrazoado haver re-julgamentos de questões já pacificadas!

Lógico que a coisa julgada administrativa tem eficácia apenas na esfera administrativa, não impossibilitando que seu conteúdo seja reapreciado, caso haja algum vício (dolo fraude ou simulação) ou patente inconstitucionalidade, pelo Poder Judiciário.

Portanto, constada a identidade (a) dos fatos geradores, (b) do estabelecimento autuado em ambos os autos e (c) dos períodos da autuação, bem como (d) a existência de decisão administrativa irrecorrível e anterior, proferida pela 3ª CJF, no Acórdão CJF nº 0468-13/13, também **reconheço a existência de coisa julgada administrativa quanto às ocorrências de janeiro de 2009 a janeiro de 2010, mas em especial as ocorrências de 31.12.2009 e 31.01.2010, que não foram alcançadas pela decadência.**

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Ofício e, de ofício, reconhecer os efeitos da coisa julgada administrativa referentes às ocorrências de 31.12.2009 e 31.01.2010, por força do Acórdão CJF nº 0468-13/13, bem como a existência da decadência do direito de lançar, consoante o art. 150, §4º do CTN, das ocorrências anteriores a 24 de dezembro de 2014.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação)

Concordo com o n.Relator no que se refere a materialização da ocorrência de Decadência de parte do crédito tributário exigido e também quanto a Decisão no que se refere a apreciação do mérito. Entretanto, entendo que devam ser apreciados outros aspectos quanto à fundamentação, que passo a fazê-lo.

A infração em questão acusa recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, relativo ao período de janeiro/09 a janeiro/10.

Na autuação foi informado que o lançamento decorre de a empresa ter passado a utilizar o benefício fiscal concedido à empresa incorporada (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.) através da Resolução 090/2005, que a enquadrava na Classe II, Tabela I, mas sem piso de arrecadação e teve sua titularidade transferida para a empresa autuada.

Como o estabelecimento autuado já possuía o benefício fiscal concedido pela Resolução 68/05, que fixava piso de arrecadação R\$183.830,22, a fiscalização procedeu ao levantamento fiscal, separando os produtos que eram produzidos pela incorporada (BOJUY) e do estabelecimento autuado, calculando o imposto devido de forma proporcional, ou seja, considerando a inexistência de piso para os produtos fabricados pela incorporada e piso proporcional para o estabelecimento autuado.

Ocorre que estes valores já tinham sido exigidos no Auto de Infração nº 279196.0002/12-9, na infração 4, relativo ao período de janeiro/09 a março/10, no qual a fiscalização concordou na informação fiscal que em razão da incorporação da empresa Bojuy não devia ser aplicado mais o piso estabelecido para a incorporadora (autuado), o que foi acolhido no julgamento procedido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF 0055-03/13, que julgou procedente em parte a infração 4, reduzindo o débito de R\$2.635.756,94 para R\$695.383,50.

Por sua vez, a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF 468-13/13 não deu provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF.

Pelo exposto, no que se refere ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF no Acórdão JJF 144-3/15, aprecio que:

1. É equivocada a fundamentação pela improcedência da autuação de que com a incorporação da empresa (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda), o benefício fiscal transferido daquela empresa elimina o piso fixado para incorporadora (Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda). Neste caso, com a incorporação, o benefício fiscal da incorporada (1) passa a ser da incorporadora, logo não há fixação de piso para os produtos que eram fabricados pela Bojuy, que passaram a serem fabricados pela incorporadora (INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.), face à incorporação. Já os produtos que antes eram fabricados pela incorporadora (INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.), permanecem

submetidos ao piso fixado de R\$183.830,22, pela Resolução 68/05. Logo, ao contrário do que foi fundamentado, restou comprovado nos autos que o estabelecimento autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o devido cumprimento de todas as condições previstas no Programa DESENVOLVE.

2. No que se refere à fundamentação pela nulidade do Auto de Infração, constato que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, foi efetuado novo procedimento fiscal sobre o mesmo período e acusação fiscal que já estava contido na infração 4 do Auto de Infração nº 279196.0002/12-9, que foi julgada procedente em parte no Acórdão JJF 0055-03/13, cujo Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF não foi provido no Acórdão CJF 468-13/13.

Assim sendo, considero correta a fundamentação contida na Decisão ora recorrida:

Com base nos elementos constantes no presente PAF, constato que embora os procedimentos e métodos aplicados na apuração do imposto exigido neste lançamento não tenham sido os mesmos do Auto de Infração anterior (AI 279196.0002/12-9), se referem aos mesmos elementos e mesmo período de apuração (janeiro de 2009 a janeiro de 2010), e os fatos apurados já foram objeto de julgamento anteriormente realizado, inclusive pela Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdãos JJF 0555-03/13 e CJF 0468-13/13), conforme mencionado pelo autuado nas razões de defesa.

E da mesma forma, nesta situação específica concordo com o posicionamento do n.Relator em aplicar o disposto no art. 156 do CTN, tendo em vista que este lançamento reporta-se autuação anterior (AI 279196.0002/12-9), cujo crédito tributário foi extinto por decisão administrativa irreformável, na órbita administrativa, configurando coisa julgada.

Entendo que, tendo sido julgado improcedente o lançamento contido no Acórdão JJF 0555-03/13 e mantida a Decisão no Recurso de Ofício interposto pela Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF 0468-13/13, caso a decisão preenchesse os requisitos previstos no art. 169 do RPAF/BA (contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF), caberia à interposição de recurso extraordinário, de competência da representação da Procuradoria Geral do Estado, dentro do prazo previsto (art. 172 do RPAF/BA), fato que não ocorreu, porém, não é cabível a exigência por meio de Auto de Infração, por se tratar de existência de coisa julgada administrativa, como bem fundamentado pelo i.Relator.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, considerando a nulidade e não a improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, reconhecer a preliminar de decadência até 30/11/2009, após esta data manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232884.0016/14-0**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO EM SEPARADO

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