

PROCESSO - A. I. Nº 206944.0002/10-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A.
RECORRIDOS - POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0154-01/12
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0372-12/15

EMENTA: ICMS. 1. EXPORTAÇÃO. FALTA DE PROVA DAS SAÍDAS PARA O EXTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Há correlação feita pelo recorrente com os documentos trazidos aos autos demonstrando claramente que houve exportação de parte das mercadorias. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN). b) AQUISIÇÕES DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Não é legítimo o crédito relativo às entradas interestaduais de bens alheios às atividades do recorrente, de uso em laboratório, sistemas de segurança etc. c) AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. 3. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Relativamente às infrações 5 e 6, o PAF foi convertido em diligência e, no que tange aos itens “BIG BAG” e “CONTEINER FLEXÍVEL”, após verificação “*in loco*”, não foram encontradas evidências de que esses materiais de embalagem retornaram às instalações fiscalizadas, razão por que os créditos foram corretamente acolhidos pela JJF, com o consequente afastamento da exigência das diferenças de alíquotas. Igualmente afastados, pela Câmara, os valores referentes às compras de capas. Rejeitada a prejudicial de decadência. Decisão por maioria. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JJF nº 0154-01/12 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça de irresignação respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 19/12/2010 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 2.319.494,16, sob a acusação do cometimento das 07 (sete) irregularidades a seguir designadas.

A remessa necessária decorre do julgamento pela Procedência Parcial das infrações 1, 6 e 7, enquanto o Recurso Voluntário cuida de todas as outras, com exceção da quinta, expressamente reconhecida.

INFRAÇÃO 01. Falta de pagamento do ICMS nas saídas acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Está dito que não foram apresentados os Registros de Exportação comprovantes e que dos relatórios do SISCOMEX não consta que as notas fiscais em questão foram objeto de comércio exterior (Anexo A). R\$1.540.235,23. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02. Utilização indevida de crédito, referente ao imposto não destacado em documento fiscal. Trata-se da nota fiscal nº 296.059 (juntados aos autos cópia desse documento e do livro Registro de Entradas: Anexo B). R\$301.089,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 03. Utilização indevida de crédito, relativo às mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado. Refere-se às aquisições de bens não vinculados ao processo produtivo, tampouco destinados à manutenção das atividades de industrialização ou comercialização, conforme Anexos D-1 e D-2. R\$116.789,16. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04. Utilização indevida de crédito, referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado. Trata-se de compras de mercadorias registradas como do ativo imobilizado, com direito a crédito, sem a apresentação de informações sobre o projeto no qual são utilizadas, com as suas destinações no processo (Anexos E-1 e E-2). R\$31.921,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 05. Utilização indevida de crédito, concernente às aquisições de materiais para uso e consumo. São bens classificados como do ativo fixo, embora não vinculados ao processo produtivo. R\$55.836,48. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 06. Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais para uso e consumo. Trata-se de bens classificados na rubrica matéria-prima, apesar de serem materiais de consumo usados em laboratório, na lubrificação das máquinas e na movimentação de produtos, como sílica gel, óleo, container flexível, big bag etc. (Anexo F). R\$151.767,42. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 07. Falta de recolhimento do ICMS decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação destinadas ao consumo. Segundo a Fiscalização, esta infração toma como base os mesmos bens objeto da imputação anterior. R\$121.854,15. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 25/03/2012 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 631 a 659), nos termos abaixo reproduzidos.

"VOTO

Ressalto, a princípio, que a exigência fiscal constante dos itens do lançamento de ofício em exame, está fundamentada em expressa disposição legal, estando embasada no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96, não vislumbrando qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

O impugnante argui preliminar de decadência do direito à constituição do crédito tributário em relação ao fato gerador ocorrido no período de janeiro a novembro de 2005, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN e na Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.

Saliento que essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento. O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. De outro lado à contagem do prazo decadencial toma como referência a data da ocorrência do fato gerador, consoante dicção da norma transcrita acima e não a data da notificação para tomar ciência do ato.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2010, e se reporta à fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, tinha a Fazenda Pública prazo até 31/12/2010 para efetuar o referido lançamento. Portanto, fundado na descrição do pleito mencionada acima, não vislumbro, ter operado o instituto da decadência. Quanto à menção por parte do contribuinte da Súmula Vinculante nº 08 do STF, a mesma declara a inconstitucionalidade de

legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias. Entendemos data venia, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS. Saliento que é pacífico o entendimento do CONSEF sobre tal matéria, consoante Acórdãos CJF de 0383-12/08 e 0433-11/08. Ademais, ressalto que não se inclui na competência deste CONSEF, apreciar questões sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, nos termos do art. 167, inciso II do RPAF/99.

No mérito, verifico que através do presente Auto de Infração foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de sete irregularidades à legislação que rege o ICMS, dentre as quais, afora a questão de decadência já apreciada e não acolhida, o contribuinte não impugnou especificamente as Infrações 02 e 05, assim, inexistindo controvérsia sobre estas, as considero desde já subsistentes.

Quanto à infração 01, verifico que o sujeito passivo alegou na defesa que na constância da ação fiscal enfrentou grande dificuldade em localizar em seus arquivos os documentos para comprovar a efetiva exportação das mercadorias relacionadas a algumas das notas fiscais autuadas.

Complementando, aduziu que ao analisar as notas fiscais objeto da autuação percebeu que a grande maioria das notas fiscais listadas no Anexo-A que embasou a autuação não se referia à operação de saída do país, e sim a documentos fiscais de complementação de preço, vinculados a notas fiscais emitidas anteriormente de venda de mercadorias que se encontravam em armazéns gerais localizados fora do Brasil e de notas fiscais de venda para o exterior de mercadorias saídas do seu estabelecimento ou de armazém geral localizado no Estado da Bahia, devidamente comprovadas suas exportações. No intuito de provar suas alegações, além das notas fiscais, mencionadas, colacionou aos autos cópias de diversos comprovantes vinculados à exportação, tais como: Comercial Invoice, Registro de Exportação e Declaração de Despacho de Exportação, fls. 446 a 450, 453 a 456, dos autos.

Já na manifestação posterior à defesa inicial, argumentou que identificou que as Notas Fiscais nº 91.868 e 91.869, ao contrário do que aduzira na impugnação, não chegaram a ser exportadas, tendo, em verdade, retornando ao estabelecimento em devolução.

A autuante ao prestar informação fiscal, aduziu que apesar de intimado exaustivamente, durante o curso da ação fiscal para apresentação das comprovações de exportações das notas fiscais que fazem parte desta infração, o contribuinte não apresentou qualquer documento comprovando as aludidas exportações.

Continuando aduziu que após analisar os documentos trazidos na defesa verificou que as notas fiscais de complementação de preço se referiam à notas fiscais de venda de mercadorias para armazém geral localizados fora do Brasil e que a exportação das mercadorias dessas notas fiscais armazenadas no exterior fora comprovada através de Declarações de Despachos de Exportação, às fls. 447, 453, 459, 464 e 469, bem como de extratos de notas fiscais devidamente averbadas pela Receita Federal através do SISCOMEX, às fls. 19 a 74. Complementando, disse ainda que o contribuinte provou também a vinculação de notas fiscais de faturamento pra seus clientes fora do país, com as de remessa anterior para o exterior.

Em relação às notas fiscais de venda para o exterior de mercadorias saídas do seu estabelecimento ou de armazém geral localizado no Estado da Bahia, sustentou que tais exportações não foram comprovadas, aduziu que nem na constância da fiscalização, nem na defesa o sujeito passivo apresentou documento que pudesse provar a alegada exportação. Aduziu que além de não constar tais notas fiscais na lista de exportação com averbação do SISCOMEX, não apresentou para provar a exportação, Declaração de Despacho de Exportação.

Noto que a autuante excluiu do demonstrativo original que fundamentou a autuação os valores atinentes às notas fiscais de complementação de preços, assim como os das notas fiscais de venda de mercadorias destinadas a armazém geral situado no exterior e manteve os valores relativos às notas fiscais de venda para o exterior de mercadorias saídas do estabelecimento do contribuinte ou de armazém geral localizado dentro do Estado da Bahia, por não ter o sujeito passivo comprovado a exportação das mencionadas mercadorias.

Saliento que o ICMS não incide sobre a operação ou prestação que destinem ao exterior mercadorias ou serviços (art. 581 do Regulamento do ICMS/1997). Para fazer uso de tal prerrogativa é necessário que o contribuinte comprove que efetivamente realizou a exportação das mercadorias correspondentes.

É importante esclarecer que o Registro de Exportação – RE é o conjunto de informações de natureza comercial, financeira, cambial e fiscal que caracterizam a operação de exportação de uma mercadoria e definem o seu enquadramento, sendo preenchido pelo próprio exportador previamente à declaração para despacho aduaneiro e ao embarque da mercadoria. O RE é automaticamente efetivado pelo SISCOMEX, recebendo um número e data, que são fornecidos pelo sistema podendo ser alterado durante o curso dos procedimentos para despacho aduaneiro, tendo validade pelo prazo de 60 dias, passível de prorrogação.

Já a Declaração de Despacho de Exportação - DDE, obtida por meio eletrônico, é o procedimento fiscal mediante o qual se processa o desembaraço aduaneiro da mercadoria destinada ao exterior, seja ela exportada a título definitivo ou não. Assim, toda mercadoria destinada ao exterior, inclusive a reexportada, está sujeita a despacho de exportação. A DDE é considerada registrada a partir da disponibilidade do RE e da formulação da Declaração para Despacho de Exportação no sistema, onde recebe uma numeração seqüencial pelo

SISCOMEX.

Coaduno perfeitamente com o procedimento adotado pela Fiscalização, que à vista da apresentação de documentos comprobatórios de que a exportação se efetivou em relação a os valores atinentes às notas fiscais de complementação de preços e de venda de mercadorias destinadas a armazém geral situado no exterior reduziu o montante do crédito tributário de R\$1.540.235,23 para R\$123.993,72, cujo valor remanescente se refere às notas fiscais de venda para o exterior de mercadorias saídas do estabelecimento do contribuinte ou de armazém geral localizado dentro do Estado da Bahia, que não tiveram comprovada a exportação pelo contribuinte.

No que tange à alegação defensiva referente às Notas Fiscais nº 91.868 e 91.869, de que não chegaram a ser exportadas, tendo, em verdade, retornando ao estabelecimento em devolução, constato que inexistem nos autos qualquer comprovação do desfazimento do negócio que resultasse na devolução das mercadorias.

Diante disto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 123.993,72.

Na infração 03 o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, referente à aquisição de bens não vinculados ao processo produtivo, nem destinados à manutenção das atividades de industrialização ou comercialização do estabelecimento, no período de janeiro de 2005 a setembro de 2006.

Ao se insurgir contra a exigência, o sujeito passivo alegou que a imputação se refere a materiais e bens utilizados no setor de laboratório, inclusive para modernização do mesmo, aduziu que alguns equipamentos foram utilizados na área de segurança de sua planta. Acrescentou que foram glosados créditos fiscais de selo mecânico, conversor máster drive, e de aquisição de maquinário empregado no ensacamento e no sistema de transporte de paletes, além de bens e materiais utilizados cujos projetos não foram apresentados.

Destacou a importância do laboratório durante todas as fases do processo produtivo, discriminou o local de uso e a destinação de cada uma dos bens e mercadorias atinentes à autuação, aduziu que são mercadorias e bens adquiridos destinados à manutenção da atividade do estabelecimento, e que por se tratar de aquisição para o ativo imobilizado, lhe assiste o direito ao crédito do imposto. Sustenta que mesmo não sendo destinados à transformação direta, os bens e materiais lhe dão direito ao uso do crédito fiscal por entender que os mesmos se destinam à manutenção das atividades do seu estabelecimento, entendendo que o laboratório atua intrinsecamente na atividade de industrialização.

Acrescentou que além dos equipamentos de laboratório e de segurança a fiscalização glosou créditos de outros bens do ativo fixo, tais como “selo mecânico” para bombas de reciclo dos reatores de polimerização e “conversor máster drive,” reator regulador de velocidade utilizado no soprador (hélice), maquinário que transporta o pó produzido decorrente de reação química no processo produtivo, por necessidade de substituição dos mais antigos, que não podiam mais ser reparados, e discorreu sobre o uso de tais materiais. Continuando sustenta que além dos bens mencionados acima, foi glosado crédito atinente à aquisição de maquinário empregado no ensacamento e no sistema de transporte de paletes que realiza a movimentação de produtos acabados acondicionados, composto de esteiras e rolamentos, enrolados no Anexo D-1, bem como sistema de formação de camadas de sacos para empilhamento de forma padronizada, tece comentários sobre tais sistemas. Reiterou o entendimento do seu direito de uso de crédito do ICMS.

Apresentou descritivos às fls. 488 a 495, sobre vários projetos sem demonstrar a efetiva destinação ao ativo imobilizado com direito à utilização de crédito fiscal.

Observa-se que os mencionados bens e materiais utilizados nos setores de laboratório, segurança, e em bens do ativo fixo, consoante tracejado linhas acima, relatado anteriormente e esclarecimentos da fiscalização, referem-se a bens do ativo imobilizado, peças de reposição e materiais de uso e consumo, a exemplo de: capacete, caixa mancal, agitador magnético, armário multi-uso, selo mecânico, poltrona giratória, mesa redonda para reunião, gaveteiro, condicionador de ar, conversor máster drive, estufa, balança industrial, agitador magnético, software do cromatógrafo, analisador de partículas, detector de fuga gás combustível, CPU, materiais de montagens, cadeira, sofá, monitor LCD, arruela, tubo, porca, disjuntor, união, bucha eletroduto etc., considerados alheios às atividades do contribuinte, apesar de necessários, consoante relatado, não são indispensáveis à manutenção das atividades fins de industrialização e comercialização de polietileno, não propiciando, portanto, direito ao crédito do ICMS.

Saliento que o art. 93, inciso V, alínea “a” do RICMS-BA, admite o crédito fiscal do ICMS para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, do valor do imposto anteriormente cobrado em operações de entradas de mercadorias, bens e materiais, assim como o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados ao ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento. A mencionada norma, em seu art. 97, inciso IV, alínea “c”, § 2º, inciso I, veda a utilização de crédito do ICMS de materiais e bens do ativo imobilizado que não sejam destinados diretamente ao processo industrialização, de comercialização, de produção, de extração, de geração e de prestação de serviços de transporte interestadual e de comunicação do contribuinte, nos seguintes termos:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

...

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

...

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, consideram-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

...

I – os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de uso ou consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto.

Conforme a leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, no caso em exame, não se admite a utilização de crédito fiscal do ICMS atinente a aquisição de bens e materiais alheios as atividades do contribuinte, a exemplo daqueles relacionados às fls. 82 a 119 que fundamentaram a imputação, utilizados pelo sujeito passivo no laboratório, no sistema de segurança, e de outros ativos fixos, haja vista que não estão vinculados às atividades de industrialização e de comercialização do autuado.

Deste modo, concluo restar caracterizada a irregularidade apontada neste item da autuação, quanto às parcelas da exigência atinentes ao crédito fiscal referente à aquisição dos bens e materiais constantes dos mencionados demonstrativos, com valores apurados às fls. 87 a 90, não estornados do CIAP, mediante intimação, utilizado indevidamente. Mantida a infração.

No que concerne à infração 04, foi lançado o crédito tributário em razão de o sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no período de janeiro de 2005 a setembro de 2006. A fiscalização constatou que o contribuinte adquiriu mercadorias registradas indevidamente como sendo ativo imobilizado com direito a crédito, sem apresentação de informações sobre o projeto, onde as mercadorias foram utilizadas e a sua alocação no processo de industrialização ou comercial, conforme Anexos E-1, às fls. 122 a 132.

Ao se defender o contribuinte alegou que os mencionados bens e materiais a exemplo de: desktop intermediário, aparelho de ar condicionado, detector de fugas, caixa mancal, computador de mesa, junta de papelão, peneira molecular, módulo, materiais de montagens, televisor plasma, carreta espuma contra incêndio, medidor de PH etc., estão intrinsecamente conectadas à manutenção das atividades do seu estabelecimento.

Observo que em conformidade com a defesa, as manifestações e o resultado da diligência não há qualquer dúvida de que os bens e materiais em questão, a exemplo dos citados acima e na impugnação, tais como: “plastômetro extrusão”, “titulador automático” e colometro foram utilizados no laboratório, com destinações alheias às atividades do contribuinte, e sendo a “peneira molecular”- bola porosa parte de um equipamento do ativo imobilizado do processo produtivo tal material é considerado como peça de reposição, uma vez que, conforme examinado pela Fiscalização se desgasta ao longo do processo produtivo e têm de ser repostas de tempos em tempos para garantir o perfeito funcionamento dos equipamentos, tem vida útil inferior a um ano e não aumenta a vida útil do bem no qual está instalada. Destarte, os materiais e bens utilizados no laboratório e no ativo fixo, ao contrário do que alegou o sujeito passivo, os mencionados bens e materiais, face sua utilização, não concedem o direito à utilização do crédito fiscal pleiteado pelo sujeito passivo, consignado no art. 93, V, “a”, do RICMS/BA.

Corroboram com os entendimentos das infrações 03 e 04 deste Auto de Infração decisões prolatadas pelas Câmaras de Julgamentos, a exemplo, dos Acórdãos CJF nº 0198-12/09 e 0366-12/10.

Portanto, no caso presente, como se colhe dos termos do art. 97, IV, “c”, § 2º, I, do RICMS-BA, transcrito na infração imediatamente anterior, o contribuinte não faz jus ao crédito fiscal do ICMS, por não se tratar de bens e materiais destinados à utilização na comercialização, industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

Com base no exposto acima, restou caracterizada a imputação de utilização indevida de crédito fiscal do imposto atinente a mercadorias e bens adquiridos para integrar o ativo permanente do estabelecimento do sujeito passivo, conforme contextualizado no Auto de Infração, fundado no demonstrativo de fls. 122 a 130 dos autos. Infração caracterizada.

A infração 06 se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sobre a aquisição de material destinado

a uso e consumo do estabelecimento, correspondendo a bens classificados indevidamente como matéria-prima e material de embalagem quando na realidade são materiais de consumo utilizados em laboratório, na lubrificação das máquinas, tais como: sílica gel, óleo, e container flexível, big bag ráfia utilizados na movimentação de produtos com retorno. A Infração 07 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições das mercadorias arroladas na infração anterior, originárias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento do contribuinte autuado.

Saliento que as duas infrações acima alinhadas serão apreciadas concomitantemente face à relação de dependência existente entre as mesmas, conforme será demonstrado.

Observo que da lista dos materiais consignados no demonstrativo às fls. 146 a 149, que fundamentou as duas infrações o contribuinte focou a sua defesa sobre as mercadorias “big bags” e “containers flexíveis,” não apresentando impugnação específica sobre os demais materiais.

O sujeito passivo alegou na impugnação que as mercadorias mencionadas acima se referem à materiais de embalagens indispensáveis para a venda de polietileno por ele produzido, afirmando que se trata de insumo, razão pela qual entende que lhe assiste direito ao uso do crédito fiscal decorrente de suas aquisições e, por consequência, não está obrigado a efetuar o recolhimento da diferença de alíquotas correspondente a tais materiais.

Examinando o demonstrativo colacionado às fls. 151 a 153, 173 a 175, que fundamentou a autuação, além dos materiais do tipo óleo, sílica gel, sílica aditivada etc., não impugnados pelo contribuinte, consta a relação dos materiais: BIG BAG 105x105x170cm código 950500081 e BIG BAG ONE WAY de 700 kg código 950500082, com a informação de que os mesmos são usados para expedição e movimentação de produto final – embalagem sem retorno, sendo que em resposta à intimações formalizadas pela autuante o contribuinte informou se tratar de materiais de embalagens destinados ao acondicionamento de produtos acabados destinados aos seus clientes sem o retorno correspondente. Observa-se que no mesmo demonstrativo é registrada a relação dos materiais denominados: CONTAINER FLEXÍVEL 700kg código 950500082, 950306905; MAG BEG P/1.240kg código 950306905; BIG BAG RAIFA DIN 95 x 95 x 195 código 950500083; CONTAINER FLEXÍVEL 1.240kg código 950306905 e CONTAINER FLEXÍVEL RAFIA 950 X 9 código 950500083 – fazendo constar que todos eles são usados como apoio à produção na movimentação de subprodutos, insumos e estoque de produto final, com retorno, consoante confirmado por preposto do contribuinte por e-mail às fls.150 e 155, esclarecendo inclusive à fl.160 que mencionados materiais possuem prazo de validade de até um ano, se armazenados adequadamente.

Ocorreu que, apesar de haver e-mail de preposto do contribuinte confirmando que os “BIG BAG” e CONTAINER FLEXÍVEL são usados como apoio à produção na movimentação de subprodutos, insumos e estoque de produto final, com retorno, como na impugnação o autuado refutara expressamente a exigência referente a estes itens alegando que tais mercadorias se referem à materiais de embalagens indispensáveis para a venda de polietileno produzido, afirmando que se tratam de insumo, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito verificasse e informasse com base nos elementos disponibilizados se há ou não retorno desses materiais.

O resultado trazido pelos diligenciadores no que tange aos “BIG BAG” e “CONTAINER FLEXIVEL”, foi no sentido de que após verificação “in loco” não encontraram qualquer comprovação de que houvesse retorno de tais invólucros.

Desta forma, restando confirmado que tais mercadorias não retornam ao estabelecimento de origem, assiste razão ao contribuinte quando utiliza o crédito fiscal referente às aquisições, razão pela qual cabe a exclusão dos valores apontados como devidos dos demonstrativos elaborados pela autuante, ficando a infração 06 reduzida para o valor de R\$ 66.944,15 e a infração 07 para o valor de R\$ 77,81, conforme demonstrativo de débito abaixo: [planilha de fl. 658].

Em relação ao argumento do impugnante de que na qualidade de sucessor por incorporação, não é responsável pela multa aplicada, vejo que não assiste razão ao defendente, haja vista que a exigência fiscal diz respeito a fatos geradores ocorridos junto ao incorporado em decorrência do descumprimento de obrigação principal.

É certo que nos casos de sucessão o sucessor adquire os ativos e passivos do sucedido, valendo dizer que não há transferência de multa, haja vista que esta continua a integrar o passivo da empresa que é incorporada, portanto, adquirida pelo sucessor.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração saliento que está prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal. Face ao exposto, não há como prosperar a arguição de que as multas das infrações em questão não podem ser aplicadas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento

Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0154-01/12.

A sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 672 a 726, conforme previsão do art. 169, I, “b” do sobredito Regulamento processual, no qual inicia sintetizando os fatos e reconhecendo a procedência da infração 5.

Com fulcro em jurisprudência e no art. 150, § 4º do CTN, suscita prejudicial de decadência, relativa às ocorrências constatadas entre janeiro e dezembro de 2005, o que, segundo alega, fulmina a infração 2 em sua totalidade.

No mérito da primeira imputação, revista em sede de informação da autuante, por meio da dedução dos valores relativos aos documentos fiscais de complementação de preços e de simples faturamentos nas exportações para armazéns gerais situados no exterior (fl. 685), assevera a não ocorrência de fatos geradores no que se refere às quantias restantes (11 notas do demonstrativo de fls. 508/509), porquanto atinentes a efetivas exportações, consoante os registros e faturas que juntou aos autos.

Embora não tenha conseguido os documentos até o presente momento, afirma que está envidando esforços para demonstrar que as Notas Fiscais nºs 091968 e 091969 foram objeto de devolução.

Destacando a sua reputação e o fato de ser sociedade anônima sujeita a auditoria independente, alega que a JJF privilegiou o formalismo em detrimento da realidade ao concluir que a Declaração de Despacho de Exportação (DDE) é o único documento hábil a dar sustentabilidade às suas pretensões.

Na sua concepção, é possível comprovar a exportação por meio do cotejo entre as notas fiscais e as respectivas *Commercial Invoices* (pedidos dos clientes/faturas), informadas nos campos “*dados adicionais*”, e da comparação entre essas e os Registros de Exportação (doc. 08 – fls. 444 a 465).

A nota fiscal (NF) 090925, por exemplo, está vinculada à fatura comercial 2050337, a qual, por sua vez, consta do Registro de Exportação nº 060000780/4 e do Despacho de Exportação nº 2060000780/4. Todavia, ao analisar o mencionado DDE, constatou que – por um lapso, a Nota Fiscal nº 090925 não constou entre os documentos objeto de desembaraço aduaneiro, o que, segundo alega, deve ter acontecido por mero erro humano.

Com relação às infrações 3 e 4, que dizem respeito ao crédito supostamente indevido nas compras de itens classificados no ativo imobilizado, argumenta que são imprescindíveis ao processo produtivo, visceralmente vinculados às suas atividades.

Alega que tal discussão foi travada no Auto de Infração nº 206944.0003/10-3 (julgado pela 1ª JJF), atinente aos mesmos bens (de laboratório, cujas funções descreve), mas que, surpreendentemente, ao contrário do que havia sido decidido na citada contenda, o órgão de primeira instância julgou procedentes ambas as infrações.

Quanto às infrações 6 e 7 (crédito indevido e diferenças de alíquotas nas aquisições de bens de uso e consumo), parcialmente procedentes em virtude da dedução dos valores relativos aos materiais de embalagem não retornáveis (big-bags e contêineres flexíveis), entende, com fundamento no Parecer Técnico nº 20 461-301, do Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), que a exigência remanescente é descabida, uma vez que resulta das aquisições de capas protetoras, hidrogênio de alta pureza, materiais para tratamento de efluentes etc.

Registra que a JJF se equivocou ao totalizar a quantia residual após a revisão, consignada como R\$ 66.944,15, quando o correto seria R\$ 64.644,15 (fl. 658).

Por fim, insurge-se contra a multa, uma vez que a sociedade que a incorporou não pode responder pelos débitos respectivos, resultantes de lançamentos lavrados após a data da incorporação.

Protesta pela juntada posterior de documentos e pede deferimento.

Às fls. 801, 826/827 e 858 foram juntados Termo de Confissão de Dívida e petições, referentes a parte das infrações 5 e 6, inclusive em razão das compras de hidrogênio cromatografia.

A PGE/PROFIS, às fls. 794/795, solicitou a conversão do feito em diligência, mas este órgão julgador concluiu estarem presentes nos autos todos os elementos necessários ao julgamento (fl. 864).

A Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), no Parecer de fls. 868 a 871, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de alterar a Decisão de primeiro grau. Afasta a tese de decadência e, quanto ao pedido de exclusão da obrigação de pagar as multas, destaca que o sucessor assume todas as dívidas do sucedido (art. 132 do CTN), ressaltando que a responsabilidade por infração à legislação tributária independe de culpa ou dolo.

No mérito, registra que o crédito decorrente das aquisições de materiais de uso e consumo terá amparo legal a partir de 1º de janeiro de 2020 (infrações 5 e 6; art. 33, I, LC 87/1996), bem como que o recorrente não carrou aos autos elementos materiais que comprovassem as exportações de que trata a primeira infração.

Portanto, opina pelo não provimento.

Na assentada de julgamento, o i. membro da Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS) opinou no sentido do expurgo das infrações 6 e 7 dos valores atinentes às capas protetoras, caso sigam a mesma lógica do “BIG BAG” e do “CONTEINER FLEXIVEL”.

VOTO (Vencido quanto à infração 1)

Não se vislumbra o fenômeno da 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-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, “*in verbis*”.

"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".

Quanto à revogação citado artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei nº 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que decadência é instituto de direito material, já que extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa aos atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.528/1997 estabeleceu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Observe-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o Recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP,

publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 9.528/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, publicado no DJU de 10/11/2003).

A PGE/PROFIS, nos autos do Processo nº 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento equivalente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei nº 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

No mérito do Recurso de Ofício da infração 01, ao prestar a informação fiscal, a autuante analisou os documentos da impugnação e verificou que as notas fiscais de complementação de preços guardavam relação com as notas de vendas para armazéns gerais localizados fora do Brasil,

As exportações já haviam sido legitimadas pelas Declarações de Despachos de Exportação de fls. 447, 453, 459, 464 e 469, assim como pelos extratos de notas fiscais chanceladas pela Receita Federal no SISCOMEX (fls. 19 a 74). Desse modo, foram acertadamente subtraídos do demonstrativo original os valores atinentes às notas fiscais de complementação de preços, assim como os das notas fiscais de vendas de mercadorias destinadas a armazéns gerais situados no exterior.

Relativamente às infrações 6 e 7, o PAF foi convertido em diligência e, no que tange aos itens “BIG BAG” e “CONTEINER FLEXIVEL”, após verificação “*in loco*”, não foram encontradas evidências de que esses materiais de embalagem retornaram às instalações fiscalizadas, razão por que os créditos foram corretamente acolhidos pela JJF, com o consequente afastamento da exigência das diferenças de alíquotas.

Quanto ao Recurso Voluntário da primeira imputação, reputo correta a Decisão recorrida.

Em face dos comprovantes de que efetivamente ocorreram as exportações concernentes às notas de complementação de preços e de vendas para armazéns situados no exterior, o lançamento restou, como já se disse, corretamente alterado.

Entretanto, a cifra remanescente diz respeito às notas fiscais de saídas do estabelecimento do contribuinte ou de armazém geral localizado no Estado da Bahia, as quais não tiveram comprovadas as exportações, ou seja, em relação às quais os documentos trazidos aos autos não são suficientes para assegurar ou comprovar as operações de venda para o exterior.

Como bem disse o i. relator de primeira instância, Registro de Exportação (RE) é o conjunto de informações que caracterizam a operação de comércio internacional e definem a sua natureza jurídica. É preenchido pelo exportador antes da declaração para despacho aduaneiro e do embarque propriamente dito. O RE é efetivado de forma automática pelo SISCOMEX, que lhe fornece número e data. Por meio da Declaração de Despacho de Exportação (DDE), sem o correto preenchimento da qual não se pode assegurar que a mercadoria foi exportada, processa-se o desembaraço aduaneiro.

Não se trata de excesso de forma, pois não há que se falar em compra e venda internacional sem desembaraço aduaneiro.

Abaixo, as etapas dos procedimentos de exportação.

ETAPAS DO DESPACHO DE EXPORTAÇÃO

De forma resumida, o despacho de exportação está sujeito às seguintes etapas:

REGISTRO DA DDE

O registro da declaração para despacho de exportação – DDE inicia o despacho de exportação. Na formulação da DDE, o Sistema aproveitará os dados e informações dos Registros de Exportação – RE, já obtidos anteriormente.

Em casos específicos, previstos na legislação, o despacho é feito através de Declaração Simplificada de Exportação – DSE, hipótese em que é dispensado o RE.

CONFIRMAÇÃO DA PRESENÇA DA CARGA

Esta etapa se refere à confirmação da presença da carga pelo depositário, em recinto alfandegado, ou pelo exportador, em local não alfandegado.

RECEPÇÃO DOS DOCUMENTOS

Após a informação da presença da carga, ocorrerá a recepção dos documentos do despacho, que consiste na entrega, pelo exportador, dos documentos instrutivos do despacho e registro de tal fato no Sistema, pela Aduana.

PARAMETRIZAÇÃO

Registrada no Sistema, a recepção dos documentos instrutivos do despacho, a próxima etapa será a parametrização, ou seja, a seleção, pelo Siscomex, dos despachos de exportação para um dos seguintes canais de conferência aduaneira: verde, laranja ou vermelho, submetendo-se aos seguintes procedimentos:

CANAL VERDE: são dispensados o exame documental e a verificação da mercadoria. O desembaraço é feito automaticamente pelo Siscomex;

CANAL LARANJA: é realizado apenas o exame documental, dispensando-se a verificação da mercadoria;

CANAL VERMELHO: o despacho é submetido tanto ao exame documental quanto à verificação da mercadoria.

DISTRIBUIÇÃO

Após a parametrização, os despachos de exportação selecionados para os canais laranja e vermelho serão distribuídos para os Auditores Fiscais da Receita federal – AFRF, para análise.

DESEMBARAÇO

Uma vez designado, o AFRF fará o exame documental do despacho, caso o mesmo tenha sido selecionado para o canal laranja, conferindo se os dados constantes na DDE ou DSE coincidem e se harmonizam com as informações da documentação instrutiva do despacho.

Caso o despacho tenha sido selecionado para o canal vermelho, o AFRF efetuará o exame documental e a verificação da mercadoria. O desembaraço da mercadoria será necessariamente registrado no Sistema, pelo AFRF responsável.

REGISTRO DOS DADOS DE EMBARQUE

O transportador registrará os dados de embarque imediatamente depois de realizado o embarque da mercadoria para o exterior, com base nos documentos por ele emitidos.

AVERBAÇÃO DE EMBARQUE

A averbação é o ato final do despacho de exportação e consiste na confirmação, pela fiscalização aduaneira, do embarque da mercadoria.

A averbação será feita, no Sistema, após a confirmação do efetivo embarque da mercadoria e do registro dos dados pertinentes pelo transportador.

Registrados os dados de embarque, se os dados informados pelo transportador coincidirem com os registrados no desembaraço da DDE ou DSE, haverá averbação automática do embarque pelo Sistema. Caso contrário, a Alfândega irá analisar a documentação apresentada, confrontando-a com os dados relativos ao desembaraço e ao embarque, efetuando-se a chamada averbação manual, com ou sem divergência.

EMIÇÃO DO COMPROVANTE DE EXPORTAÇÃO

Concluída a operação de exportação, com a sua averbação no Sistema, será fornecido ao exportador, quando solicitado, o documento comprobatório da exportação, emitido pelo Siscomex, na Unidade de despacho da mercadoria.

Em referência às Notas Fiscais nºs 091868 e 091869, nenhuma prova dos aludidos retornos foi apresentada.

No tocante aos itens 3 e 4 do Auto de Infração, não é legítimo o crédito relativo às entradas

interestaduais de bens alheios às atividades do recorrente, como os designados às fls. 82 a 119, de uso em laboratório, sistemas de segurança etc.

As funções dos materiais que remanesceram após a revisão das infrações 5 e 6 estão detalhadamente descritas às fls. 709 a 717 da petição de Recurso e no Parecer Técnico 20 461/301, de fls. 731 a 782 (capas, óleo, hidrogênio, tambores e metabissulfito), o que indica serem típicos materiais de uso e consumo, cujas aquisições interestaduais não ensejam direito de crédito fiscal, mas sim a obrigação de pagar as diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais.

Entretanto, o raciocínio acima não se aplica às capas, pois, de acordo com o que foi dito à fl. 771, na qual foi colacionada uma foto, esse material é destinado à cobertura dos contêineres e big-bags cujos créditos foram acatados pelo órgão “*a quo*”. Ora, possuindo idênticas destinações, não sendo retornáveis, não é lícito dar tratamento jurídico diferenciado às capas, aos contêineres e aos big-bags.

Resta prejudicada, portanto, a questão concernente ao suposto erro de cálculo cometido pela JJF ao totalizar de ofício o valor devido na infração 6, à fl. 658, visto que as quantias ali consignadas serão alteradas em razão do expurgo das cifras concernentes às compras das capas, nos termos abaixo especificados.

Acolho o levantamento de fls. 145 a 149, elaborado pelo fisco - com exceção dos valores relativos às mercadorias “*BIG BAG*”, “*CONTAINER FLEXÍVEL*” e “*CAPA*”, de maneira que o ICMS lançado nas infrações 6 e 7 o seja nos montantes abaixo especificados.

Infração 6: R\$54,47 em 01/2005, R\$690,91 em 07/2005, R\$284,27 em 12/2005, R\$5.879,89 em 02/2006 e R\$204,51 em 04/2006, no total de R\$7.114,05.

Infração 7: R\$77,81 em 01/2005.

Alinho-me com o posicionamento da JJF e da Procuradoria relativo às multas, uma vez que o sucessor adquire o ativo e o passivo do sucedido, no bojo do qual estão contidas as penalidades por descumprimento de obrigações tributárias principais (no passivo).

Vejo como vã e irrazoável é a tentativa de esquivar-se do pagamento sob a alegação de que a incorporação foi anterior à data da lavratura do Auto de Infração, uma vez que os atos infracionais ocorreram antes do citado negócio jurídico, respondendo por esses o incorporador.

Observe-se, a tal respeito, o que determina o art. 132 do CTN.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Também não prospera a tese de que, para os fins da aplicação do art. 132 do CTN, multa não é tributo, conforme decidiu o STJ no Recurso Especial 959.389/RS.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 159 DO CC DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. OBRIGAÇÃO ANTERIOR E LANÇAMENTO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE SUCESSORA.

(...).

3. Segundo dispõe o artigo 113, 3º, do CTN, o descumprimento de obrigação acessória faz surgir, imediatamente, nova obrigação consistente no pagamento da multa tributária. A responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do artigo 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou "constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data", que é o caso dos autos.

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO

PARCIAL do Recurso Voluntário, com a homologação dos valores já recolhidos. O débito do Auto de Infração fica da seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	PROCEDÊNCIA PARCIAL	1.540.235,23	123.993,72	123.993,72	60%
02	PROCEDÊNCIA	301.089,86	301.089,86	301.089,86	60%
03	PROCEDÊNCIA	116.789,16	116.789,16	116.789,16	60%
04	PROCEDÊNCIA	31.921,86	31.921,86	31.921,86	60%
05	RECONHECIDA	55.836,48	55.836,48	55.836,48	60%
06	PROCEDÊNCIA PARCIAL	151.767,42	64.944,15	7.114,05	60%
07	PROCEDÊNCIA PARCIAL	121.854,15	77,81	77,81	60%
TOTAL		2.319.494,16	694.653,04	636.822,94	

VOTOS DIVERGENTE (Preliminar de decadência - Infrações 2 e 5) e VENCEDOR (Infração 1)

Peço *venia* para discordar do voto do n. Relator, pois, divirjo quanto à preliminar de decadência, bem como divirjo da Decisão quanto à infração 1, atinente à falta de pagamento do ICMS nas saídas acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, tudo com fundamento nos motivos que serão expostos abaixo.

Sobre a preliminar suscitada, entendo que assiste razão ao Recorrente.

De plano há que se ter como referência a data em que o Sujeito Passivo tomou conhecimento da ação fiscal empreendida pelo Fisco da Bahia, 23/12/2010, sendo certo que apenas a partir do momento em que o contribuinte toma conhecimento da ação fiscal é que se constitui o processo, seja ele administrativo ou judicial, momento a partir do qual se estabelecem as formalidades da relação jurídica derivada da existência de determinada lide.

Dito isso, tida a data de 23/12/2010 como marco de contagem do prazo decadencial, fica estabelecida a data de 23/12/2005 como marco limite da possibilidade de o Fisco poder exigir imposto ou multa derivados de eventual falta de recolhimento de tributo.

A tese recursal, no que pertine à preliminar de mérito, discute a decadência das operações que datam mais de cinco anos, para trás, contados da data em que tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração em apreço.

Sobre este tema, que no seio deste Conselho de Fazenda, não é pacífico, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência de constituição do crédito tributário, à luz do que dispõe o CTN sobre a matéria, das diversas decisões do STF, bem como da Súmula Vinculante nº 08.

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 vinculativos 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.

Avançando na análise, pertinente lembrar que a matéria que gravita em torno da aplicação das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, ou do inciso I, do art. 173, do CTN, relevante trazer à baila o fato de que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada, ou seja, está expresso na Constituição Federal de 1988 que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, conforme se depreende do seu art. 146, III, “b”, Carta Maior, como segue:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in *Direito Tributário*, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Feitas as exposições acima, não restam dúvidas de que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados e referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 09/02/2010, de fato foram fulminados pela decadência, o que implica na extinção do crédito tributário, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

No caso dos autos, como as ocorrências lançadas no Auto de Infração decorrem de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, teria que ser feita desagregação do valor expresso em cada ocorrência de maneira a que se pudesse apurar o valor correspondente ao período anterior a 23/12/2005 efetivamente alcançado pela decadência.

Nessa linha, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 23/12/2005, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Nesses termos, voto no sentido de ACOLHER A PRELIMINAR suscitada para julgar improcedente o lançamento na parte que inclui as operações anteriores a 23/12/2005.

Quanto à infração 1, a acusação é de falta de pagamento do ICMS nas saídas acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, expresso na peça de acusação que não foram apresentados os Registros de Exportação comprovantes e que dos relatórios do SISCOMEX não consta que as notas fiscais em questão foram objeto de comércio exterior.

Do lançamento originário, vê-se, de plano que ainda em primeiro grau de julgamento foram afastadas as operações para as quais restaram comprovadas as exportações concernentes às notas de complementação de preços e de vendas para armazéns situados no exterior. Entretanto, para as operações remanescentes, cuidou o Sujeito Passivo de carrear aos autos documentos outros, além da DDE, que no seu entender comprovariam as exportações, tudo no sentido de afastar a exigência fiscal sobre tais operações.

Pois bem, é indiscutível o fato de que para as operações mantidas pela JJF e pelo n. Relator não há o Registro de Exportação (RE) como bem disse o i. relator de primeira instância, registrando que trata-se de conjunto de informações que caracterizam a operação de comércio internacional e definem a sua natureza jurídica. Por outro lado, o apego excessivo à forma e à prescrição normativa, por vezes atenta contra a essência da norma e contra a vontade do legislador, sobretudo quando impõe tributo sobre operação para a qual não deveria haver oneração tributária.

É extamente o caso em que se exige tributo em operações de exportação calcado na exigência de Registro de Exportação, reputado como inservíveis os documentos que demonstram, por via transversa, mas não menos relevante, a efetiva operação de exportação de mercadorias.

No caso dos autos, em que pese o recorrente não ter expedido os competentes Registro de Exportação (RE), foram trazidos documentos que atestam, de maneira definitiva, que houve a exportação das mercadorias objeto da autuação. Derredor desses documentos, vejo que a numeração dos containers, a numeração dos lacres, números dos Invoices e dos conhecimentos de transporte internacional, em relação às notas fiscais que acobertam as operações em voga, estabelecem correlação e nexos que incontestavelmente determinam que as mercadorias objeto da autuação foram efetivamente exportadas.

A título de exemplo, a Nota Fiscal nº 90.925 registra no campo de “observações” o nº 2050337 do Invoice (fatura comercial), o número do Container (PONU 807220-8) e do Lacre (403789) em que as mercadorias constantes do documento fiscal foram embarcados. Em documento anexo, a recorrente faz vir aos autos a Invoice correspondente, mencionada no Registro de Exportação 06/0000736-001, cujo número também está referido no Conhecimento de Transporte nº POCLSSA45000934. Quanto ao DDE 2060000780/4, apesar de não constar o número da NF 90.925, há indiscutível menção de que foram exportadas as mercadorias embarcadas no Container PONU 807220-8, objeto do Lacre 403789.

No meu entender, independentemente da falta do RE, a correlação feita pelo recorrente com os documentos trazidos aos autos demonstram claramente que houve exportação das mercadorias. Registro que o mesmo procedimento de demonstração das exportações foi feito para as demais notas fiscais, exceção feita às Notas Fiscais nºs 91.868 e 91.869.

Como dito alhures, os documentos trazidos pelo recorrente, independentemente da expedição da DDE, suprem a sua falta porque mais relevante que o atendimento de uma regra formal é a demonstração clara e incontestável de que as mercadorias objeto da autuação foram efetivamente exportadas, conforme se pode inferir da numeração dos containers, dos lacres, dos Invoices e dos conhecimentos de transporte internacional, todos relacionados às notas fiscais para as quais houve exigência de imposto.

Nesses termos, demonstrada a exportação das mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 90.925, 95.829, 88.480, 79.052, 79.053, 92.465, 93.348 e 84.430 foram efetivamente levadas a efeito pelo recorrente, nenhum imposto ou multa deve ser exigido sobre tais operações. Contrário senso, em relação às Notas Fiscais nºs 91.868 e 91.869 (R\$14.986,24 e R\$9.990,82, respectivamente), para as quais o recorrente não logrou demonstrar que houve exportação, mantenho a exigência

originária, com as cominações legais.

A considera que pode o recorrente obter os documentos que possam elidir a cusação fiscal, resa a possibilidade de provocação da PGE/PROFIS para, no controle da legalidade, representar para uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda.

Isto posto, a exigência da infração 1, passa de R\$123.993,72 (julgado em 1ª Instância) para R\$24.977,06. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica no valor de R\$537.806,28, conforme abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	PROCEDÊNCIA PARCIAL	1.540.235,23	123.993,72	24.977,06	60%
02	PROCEDÊNCIA	301.089,86	301.089,86	301.089,86	60%
03	PROCEDÊNCIA	116.789,16	116.789,16	116.789,16	60%
04	PROCEDÊNCIA	31.921,86	31.921,86	31.921,86	60%
05	RECONHECIDA	55.836,48	55.836,48	55.836,48	60%
06	PROCEDÊNCIA PARCIAL	151.767,42	64.944,15	7.114,05	60%
07	PROCEDÊNCIA PARCIAL	121.854,15	77,81	77,81	60%
TOTAL		2.319.494,16	694.653,04	537.806,28	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em Decisão por maioria em relação à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, em decisão não unânime quanto ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206944.0002/10-7**, lavrado contra **POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$537.806,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Oswaldo Ignácio Amador.

VOTO VENCIDO (Infração 1) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Oswaldo Ignácio Amador e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2015.

ANTÔNIO FERNANDO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 1)

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTOS DIVERGENTE
(Preliminar de decadência) e VENCEDOR (Infração 1)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS