

PROCESSO - A. I. N° 020747.0209-14/3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SONDATEC TECNOLOGIA DE CONCRETO LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JF nº 0108-04/16A
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/01/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0311-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES DE VENDAS INTERNAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diligência fiscal esclareceu as dúvidas suscitadas pela Defesa o que possibilitou a exclusão das exigências pertinentes a produtos que não se encontravam no rol da substituição tributária à época da ocorrência dos fatos. Infração subsistente parcial. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a exclusão da competência 08/2009, referente ao prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$286.357,81 Acórdão JF Nº 00108-04/16A, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

2 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no total de R\$86.357,81, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. Consta que foi constatado que a Empresa, no período fiscalizado, não procedeu a retenção do ICMS referente às vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária conforme demonstrativos em anexo, cujos valores apurados foram abatidos do ICMS recolhido sob código de receita 2183 – ICMS Antecipação de descredenciado.

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

Considerando que não houve por parte da autuada questionamento de ordem formal e pontual acerca do lançamento, o qual atende todas as formalidades preconizadas pelo Art. 39 do RPAF/BA, passo a enfrentar a preliminar de mérito relacionada a arguição de decadência trazida pela autuada para os fatos geradores ocorridos entre 01 de janeiro de 2009 e 03 de outubro de 2009, estribado no art. 150 § 4º do CTN.

Apesar de respeitar o argumento defensivo, não vejo como acolher a tese defendida, visto que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo para homologação do lançamento, e, neste caso, não pode ser acatada a alegação de decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo para homologação:

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

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Acontece que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores), 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;
(...)”*

Ressalte-se que o CTN, diploma legal com status de lei complementar, a quem cabe determinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, II, “b” da Constituição Federal, inicialmente fixa como marco inicial do prazo decadencial o fato gerador da obrigação tributária, mas, o § 4º do art. 150 respaldou que a legislação dos entes federados fixasse prazo para homologação, ao cunhar, no início do parágrafo citado, a expressão “se a lei não fixar prazo à homologação”. Assim, a legislação baiana - respaldada na autorização legal do art. 150, § 4º do próprio CTN, ou seja, autorização dada pela própria lei complementar que fixa as normas gerais em matéria de legislação tributária - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que a expressão “lei”, cunhada no dispositivo citado, deve ser entendida como lei ordinária, e não lei complementar. Portanto, a lei baiana, dentro do permissivo legal do próprio CTN, fixou prazo para homologação, razão pela qual, neste caso, não vejo como possa ser aplicado o entendimento da Defesa.

Por outro lado, temos que o Art. 173, inciso I, do CTN, dispõe que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Como visto, o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, que estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN, e, desta maneira, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30.09.2014, entendo plenamente aplicável ao lançamento ora em apreço a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, que dispõe que o prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Desta forma, não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no período de 01 de janeiro de 2009 a 03 de outubro de 2009, o que somente se daria em janeiro de 2015, nos termos do inciso I do art. 107-A, do COTEB, acima citado.

Por fim, vejo que por ocasião da revogação do art. 107-A do COTEB, decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, firmou-se entendimento, tanto na PGE/Profis como neste CONSEF, que por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente, a exemplo de recentes decisões proferidos pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJF nº 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, os fatos geradores ocorridos nos meses de Janeiro/09 a dezembro/09, impugnados pela autuada, só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2015 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração, ocorreram ainda no exercício de 2014, havendo, portanto, o direito da Fazenda Pública Estadual de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2009.

Superada esta questão, passo a examinar o mérito da autuação.

Assim é que, em relação à infração 01, onde foi exigido imposto no valor de R\$212,39 em razão de divergência entre o valor apurado nos livros fiscais e aquele efetivamente recolhido, vejo que a autuação tomou como base os valores registrados no livro RAICMS, fls. 399 e 400, que aponta o saldo devedor a recolher na ordem de R\$27.728,11 enquanto que o valor recolhido foi de R\$27.515,72, daí a diferença recolhida a menos e exigida pela autuante. Pontuo que o mencionado livro consigna o total de débito pelas saídas constantes no livro Registro de Saídas na quantia de R\$43.082,04, fl. 335, e, por igual, o crédito do imposto constante no livro Registro de Entradas na ordem de R\$15.353,93, fl. 194, portanto, e considerando que estes foram os livros fiscais disponibilizados à fiscalização, cujas cópias foram extraídas e juntadas aos presentes autos, vejo que a autuante agiu corretamente ao exigir a diferença paga a menos.

Quanto aos documentos de fls. 436 a 442, apresentados pela autuada em sua defesa, vejo que se trata de novos livros com valores que divergem daquele que foi apresentado ao Fisco, sem que tenha trazido uma justificativa para tal procedimento.

Mantenho a infração 01 no valor de R\$212,39.

Naquilo que se relaciona a infração 02 o argumento de fundo do autuado é de que a exigência fiscal recaiu sobre produtos que não se encontravam no rol da substituição tributária, apontando-os, e que o imposto correto, devido por antecipação já havia sido pago à época própria.

Tal fato ocasionou a conversão do processo em diligência saneadora, a qual foi realizada de maneira brilhante e bastante lúcida pela auditora fiscal que a subscreveu, cujo resultado acolho sem qualquer restrição haja vista que os fatos apurados estão embasados na legislação vigente à época e adequadamente demonstrados.

De maneira que, com base na excelente diligência realizada, concluo pelas seguintes adequações no lançamento:

- 1. Exclusão do produto Concreflex Concremassa, NCM 3809.92.11, da planilha demonstrativa do débito da Infração 02;*
- 2. Manutenção dos produtos Gesso, NCM 3214.90.00 e Tectril Acrílica Base, NCM 3209.10.10, por se enquadrarem no regime de substituição tributária durante todo o exercício de 2009;*
- 3. Manutenção, apenas no mês de dezembro de 2009, dos produtos Argamassa, Concrecola Argatec, Fortemassa EPR, Rejuntaflex Platina e Rejunte Concremassa, por estarem classificados no NCM 3816.00.19, portanto sujeitos ao Protocolo 104/09 desde 01/12/2009.*

Em conclusão, e pelo fato do autuado não se pronunciar acerca do resultado da diligência, cujo inteiro teor lhe foi dado ciência, processo, com base no resultado obtido na referida diligência, a redução no valor do débito da Infração 02 de R\$86.357,81 para R\$28.467,09, conforme está demonstrado analiticamente nas planilhas de fls. 473 a 500. Portanto, resta Parcialmente Procedente a Infração 02 no valor de R\$28.467,09.

Voto pela Procedência Parcial no presente Auto de Infração no valor de R\$28.679,48, sendo R\$212,39 referente à infração 01 e R\$28.467,09 para a infração 02.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, 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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2014, com o objetivo de exigir crédito tributário, referente à infração 2 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo argumenta que a exigência fiscal foi com base nos produtos que não se encontravam no rol da substituição tributária, não configurando hipótese de recolhimento de ICMS antecipação.

Na informação fiscal, o autuante, afirma que o lançamento teve como base os produtos finais que a autuada industrializa e comercializa, tais produtos estão elencados no Art. 353, Inciso II, e, no anexo 88, do RICMS.

A 4ª JJF analisou tais fatos fiscais e deliberou no sentido de conversão do processo em diligência, a qual foi realizada por fiscal estranho ao feito, cujo resultado foi acolhido pela JJF, uma vez que foi feito com base na legislação vigente à época e adequadamente demonstrados, tendo o relator concluído com a seguinte argumentação:

1. Exclusão do produto Concreflex Concremassa, NCM 3809.92.11, da planilha demonstrativa do débito da Infração 2;
2. Manutenção dos produtos Gesso, NCM 3214.90.00 e Tectril Acrílica Base, NCM 3209.10.10, por se enquadrarem no regime de substituição tributária durante todo o exercício de 2009;
3. Manutenção, apenas no mês de dezembro de 2009, dos produtos Argamassa, Concrecola Argatec, Fortemassa EPR, Rejuntaflex Platina e Rejunte Concremassa, por estarem classificados no NCM 3816.00.19, portanto sujeitos ao Protocolo 104/09 desde 01/12/2009.

Compulsando os autos, pude contatar que, de fato, houve equívoco do autuante ao exigir no lançamento inicial ICMS no valor de R\$ 86.357,81, sendo corrigido através da revisão fiscal bem criteriosa e com base na legislação vigente à época dos fatos geradores, conforme demonstrado

às fls. 468 a 500, com redução do montante da infração de nº 2 para R\$ 28.467,09, o que foi acolhido corretamente pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Constato, de ofício, que no presente Auto de Infração houve a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário, pois, observo que no mês de agosto de 2009, a *existência de saldo do ICMS* no mês de 08/2009, no valor de R\$ 267,28, (fl. 518), sendo que o Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2014, razão pela qual o valor foi fulminado pela decadência.

Assim sendo, deve ser aplicado o quanto previsto no art. 150, § 4º do CTN onde se conclui que, no caso concreto, o prazo decadencial teve início na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, extinto o crédito relativo à data de 5 (cinco) anos antes da lavratura do Auto de Infração.

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

Diante do exposto, entendo que foi acertada a decisão de piso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, entretanto, de ofício, procedo à exclusão do valor de R\$267,28, referente à competência de 08/2009, em face de operado a decadência.

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, excluir o valor referente à decadência (competência 08/2009), para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **020747.0209/14-3** lavrado contra **SONDATEC TECNOLOGIA DE CONCRETO LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.412,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “b” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS