

A. I. Nº - 020747.0209/14-3
AUTUADO - SONDATEC TECNOLOGIA DE CONCRETO LTDA. - EPP
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.07.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-04/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO APURADO NOS LIVROS FISCAIS E RECOLHIDO A MENOS. A fiscalização tomou como base para efetuar o lançamento os valores consignados nos livros fiscais que foram exibidos. Documentos apresentados em sede de defesa divergem dos livros originais. Acusação subsistente. **2.** 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 da exigência das exigências pertinentes a produtos que não se encontravam no rol da substituição tributária à época da ocorrência dos fatos. Infração subsistente em parte. Não acolhida a arguição de decadência suscitada pelo autuado posto que a legislação baiana, respaldada na autorização legal do art. 150, § 4º do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento que se deve iniciar a contagem do prazo decadencial. Assim é 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"*. Acusações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 30/09/14, com ciência ao autuado em 02/10/14, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$86.570,20 em decorrência dos seguintes fatos:

- 1 – Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Consta que foi apurado que a autuada, no mês de outubro de 2009, apurou o ICMS no valor de R\$27.728,11 e informou na DMA o imposto a recolher no valor de R\$27.515,72, levando a SEFAZ a reclamar o crédito recolhido a menor no valor de R\$212,39. Foi aplicada multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “b” da Lei nº 7.014/96.
- 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.

Regularmente cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com as Razões de Defesa, fls. 412 a 421, arguindo o que segue.

Inicialmente destaca em preliminar a homologação tácita do lançamento, ao argumento de que a autuante não poderia rever todos os lançamentos e recolhimentos que pretende vez que parte deles já restou homologada tacitamente.

Discorre acerca da espécie do tributo (ICMS) que é sujeito a lançamento por homologação, sendo que, passados 05 (anos) após a ocorrência do fato gerador, caso a Fazenda Pública não conteste o lançamento efetuado pelo contribuinte, ocorre a sua homologação tácita. Neste sentido, cita e transcreve o artigo 150 do Código Tributário Nacional combinado com seu parágrafo 4º, destacando que se verificar de uma breve análise do Auto de Infração, *in casu*, os fatos geradores dos tributos ocorreram entre o dia 01 de janeiro e o dia 31 de dezembro do Exercício de 2009.

Pontua em seguida que somente no dia 03 de outubro de 2014, a autuante lhe entregou o Auto de Infração ora contestado, objetivando concretizar o lançamento suplementar dos tributos elencados.

Desta maneira sustenta que ultrapassados, portanto, mais de 05 (cinco) anos entre os fatos geradores ocorridos entre 01 de janeiro de 2009 e 03 de outubro de 2009 e a entrega do Auto de Infração ora impugnado (03 de outubro de 2014), é forçoso concluir que os referidos lançamentos não podem ser mais revistos, em razão da ocorrência da homologação tácita (artigo 150, § 4º do CTN), citando ainda que o Fisco só está autorizado por Lei a rever os lançamentos compreendidos entre 04 de outubro de 2009 a 31 de dezembro de 2009, pois os anteriores já restaram homologados tacitamente.

Adentra, em seguida, ao mérito da autuação, pontuando que as duas infrações que lhe foram imputadas não merecem prosperar, vez que:

- a) Não houve qualquer desencontro entre os valores recolhidos e os valores escriturados na apuração do imposto.
- b) Houve o enquadramento equivocado, por parte da autuante de mercadorias no regime de Substituição Tributária.

Reportando-se a infração 01 diz que a autuante acusa que constatou no mês de outubro do exercício de 2009, que a autuada teria apurado o ICMS no valor de R\$27.728,11, mas informou a DMA com o imposto a recolher no valor de R\$27.515,72. Por tal motivo ocorreu o lançamento do crédito tributário no valor de R\$212,39, correspondente ao valor recolhido a menor.

Sustenta que, conforme aponta na documentação colacionada às fls. 436 a 443, (Doc. 03), não há que se falar em desencontro entre os valores recolhidos e os valores escriturados, uma vez que ambos foram exatamente o mesmo - R\$27.515,72 (vinte e sete mil, quinhentos e quinze reais e setenta e dois centavos), argumentando, ainda, que uma breve análise da documentação apresentada é suficiente para comprovar que as informações prestadas mediante DMA estão corretas. Nesse sentido, pontua que as próprias informações prestadas através do site da Secretaria da Fazenda apontam que não há qualquer divergência no tocante ao imposto apurado e o imposto recolhido.

Diz que conforme pode se depreender da documentação em anexo (Doc. 03), o valor apurado e o valor escriturado são precisamente o mesmo, qual seja, R\$27.515,72 (vinte e sete mil, quinhentos e quinze reais e setenta e dois centavos). Destarte, afirma, não há qualquer fundamento capaz de indicar que supostamente teria apurado o ICMS no valor de R\$27.728,11. Com isso, conclui que se torna forçoso concluir que a Infração 01 não merece prosperar, posto que manifestamente eivada por vício decorrente da exigência de valores manifestamente indevidos.

Com relação à infração 02, discorre inicialmente acerca do instituto da substituição tributária para, após, pontuar que no caso em análise, foi autuada pela conduta de deixar de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Argui, entretanto, que a pretensão da autuante é de exigir o recolhimento do ICMS por antecipação nos casos de mercadorias que não se sujeitam ao regime de substituição tributária.

Desta forma diz que analisando os produtos que são objetos do Auto de Infração ora impugnado, é possível identificar mercadorias como:

Produto	NCM
Argamassa	NCM 3816.00.90
Concrecola Argatec	NCM 3816.00.19
Concreflex Concremassa	NCM 3809.92.11
Fortemassa EPR	NCM 3816.00.19
Gesso	NCM 2520.20.90
Rejuntaflex Platina	NCM 3816.00.19
Rejunte Concremassa	NCM 3816.0019
Tecril Acrilica Base	NCM 3809.92.11

Faz o que chama de breve análise do artigo 353 do RICMS/97 (dispositivo normativo aplicável à época dos fatos) asseverando que com isso, se permite a conclusão de que os produtos acima elencados não se submetiam ao regime de substituição tributária no exercício de 2009, não configurando hipótese de recolhimento de ICMS por antecipação.

Nesta ótica, assevera que os produtos abaixo discriminados estão manifestamente fora do regime de substituição tributária e não poderiam ter sido incluídos pela autuante na Infração imputada na infração 02. Por tal motivo, impende-se que todos os produtos a seguir discriminados sejam excluídos do lançamento:

Produto	NCM	SUBST TRIBUT
Argamassa	NCM 3816.00.90	NÃO
Concrecola Argatec	NCM 3816.00.19	NÃO
Concreflex Concremassa	NCM 3809.92.11	NÃO
Fortemassa EPR	NCM 3816.00.19	NÃO
Gesso	NCM 2520.20.90	NÃO
Rejuntaflex Platina	NCM 3816.00.19	NÃO
Rejunte Concremassa	NCM 3816.0019	NÃO
Tecril Acrilica Base	NCM 3809.92.11	NÃO

Após ressaltar que o imposto que era realmente devido no presente caso, restou corretamente pago antes da lavratura do Auto de Infração, consoante informações prestadas pela própria autuante, se torna forçoso concluir que as infrações que lhe foram imputadas não merecem prosperar, posto que decorrem da exigência de valores manifestamente indevidos.

Em conclusão pugna pela total improcedência do presente Auto de Infração devido à constatação das irregularidades e ilegalidades que diz ter apontado, e protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

A autuante prestou informação fiscal, fls. 449 e 450, onde ratifica em todos os termos a autuação ao argumento de que a autuada, em sua defesa, não ter apresentado qualquer documento ou argumento que elidissem os lançamentos.

Destaca que o presente lançamento encontra-se coerente com os prazos determinados pelo Artigo 173, Inciso I, do CTN, combinado com o § 5º do Artigo 107-B do COTEB e orientações

definidas pela SEFAZ através do Conselho de Fazenda Estadual, que tem adotado essa determinação legal como prazo para contagem da decadência, ou seja, 5 (cinco) anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2009 o Fisco teria até o dia 31/12/2014 para efetuar o lançamento tributário.

Reportando-se a Infração 01, diz que ratifica em todos os termos o lançamento pelo fato da autuada não ter apresentado nenhum comprovante que elida o lançamento respaldado nos livros fiscais que foram entregues para fiscalização, sendo que conforme consta à fl. 194 o total dos créditos apurados no livro Registro de Entradas é no valor de R\$15.353,93, enquanto que à fl.335 o total dos débitos apurados no livro Registro de Saídas é no valor de R\$43.082,04, valores estes que foram transportados para o livro Registro de Apuração do ICMS, à fl. 400, resultando no imposto a recolher no valor de R\$27.728,11, tendo a autuada levado à SEFAZ a lançar o débito do ICMS no valor de R\$27.515,72, conforme cópia do demonstrativo do sistema da SEFAZ à fl. 26 do presente processo, que foi o valor informado pela autuada na DMA, cópia à fl. 25, resultando na diferença lançada no valor de R\$212,39.

Assevera que os demonstrativos juntados pela Defesa às fls. 436 e 437 não condizem com os livros fiscais apresentados à fiscalização, razão pela qual ratifica o lançamento.

Quanto à infração 02 afirma que também ratifica em todos os termos o lançamento, o qual está respaldado em fatos relacionados ao tipo de atividade que a autuada praticou no exercício de 2009, ao tempo em que as mercadorias que fazem parte do lançamento referem-se aos produtos finais que a autuada industrializa e comercializa, produtos esses que estão elencados no Artigo 353, Inciso II, e no Anexo 88 do RICMS/BA, fato este que coloca a autuada na condição de substituto tributário, sendo obrigada a reter o ICMS quando das suas vendas, ao tempo em que o procedimento utilizado pela autuada consistiu em efetuar as saídas das mercadorias como se estivessem submetidas ao regime de tributação normal.

Pugna pela Procedência do Auto de Infração.

Em sessão de Pauta Suplementar realizada em 28/08/15, o PAF foi convertido em diligência à INFAZ de origem, fls. 464 e 465, no sentido de que a autuante atendesse a solicitação nos termos seguintes:

A Infração 02 cuida de falta de pagamento do ICMS em decorrência da falta de retenção do imposto, na qualidade de contribuinte substituto, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa a autuada alegou que ocorreu equívoco por parte da autuante ao exigir ICMS por antecipação nos casos de mercadorias que não se sujeitam ao regime de substituição tributária.

*Acrescenta que uma breve análise do artigo 353 do RICMS/97 (**dispositivo normativo aplicável à época dos fatos - exercício de 2009**) permite a conclusão de que os produtos abaixo elencados não se submetiam ao regime de Substituição Tributária, pleiteando, assim, que sejam retirados do Auto de Infração:*

Produto	NCM	SUBST TRIBUT
Argamassa	NCM 3816.00.90	NÃO
Concrecola Argatec	NCM 3816.00.19	NÃO
Concreflex Concremassa	NCM 3809.92.11	NÃO
Fortemassa EPR	NCM 3816.00.19	NÃO
Gesso	NCM 2520.20.90	NÃO
Rejuntaflex Platina	NCM 3816.00.19	NÃO
Rejunte Concremassa	NCM 3816.00.19	NÃO
Tecril Acrilica Base	NCM 3809.92.11	NÃO

A autuante, por sua vez, ratificou em todos os termos o lançamento, que, ao seu entender está respaldado em fatos do tipo de atividade que a Empresa efetuou no exercício de 2009, citando que as mercadorias que fazem parte do lançamento, referem-se aos produtos finais que a Empresa industrializa e comercializa e que estão elencados no Artigo 353, Inciso II, e, no Anexo 88 do RICMS- BA, o que a obriga a reter o ICMS quando das suas vendas, o que não ocorreu.

*Objetivando solucionar o impasse acima, o PAF foi submetido em sessão de pauta suplementar realizada nesta data, tendo sido deliberado por sua conversão em diligência no sentido de que a autuante, aponte, com base no Anexo 88 ao RICMS/BA-97 e no Art. 353, II do RICMS/97, em qual posição se encontravam elencados os artigos acima enumerados, **em relação ao exercício de 2009**, período este abrangido pelo lançamento.*

Caso a vigência tenha ocorrido em data posterior ao mencionado exercício, que seja elaborado novo demonstrativo do lançamento com as exclusões pertinentes aos itens acima listados.

Atendida a solicitação supra, seja cientificado o autuado, por intermédio do seu patrono, deste pedido de diligência, fazendo a entrega do mesmo e do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

Ao final, retornem-se os autos ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Tendo em vista que a autuante, à época, se encontrava sob licença, a diligência foi encaminhada para auditora fiscal estranha ao feito proceder sua execução, tendo sido designada a auditora fiscal Cláudia Maria Seabra Martins, que atendeu a solicitação, nos termos constantes às fls. 468 a 500, a seguir destacados.

Aponta que em atendimento ao pedido de diligência constante à fl. 464, procedeu a análise das alegações do contribuinte quanto ao enquadramento incorreto das mercadorias abaixo elencadas no regime de substituição tributária:

Produto	NCM	Subst Tribut
Argamassa	3816.00.90	NÃO
Concrecola Argatec	3816.00.19	NÃO
Concreflex Concremassa	3809.92.11	NÃO
Fortemassa EPR	3816.00.19	NÃO
Gesso	2520.20.90	NÃO
Rejuntaflex Platina	3816.00.19	NÃO
Rejunte Concremassa	3816.00.19	NÃO
Tectril Acrílica Base	3809.92.11	NÃO

Destacou que inicialmente o contribuinte alegou que em suas notas fiscais consta, para as mercadorias acima, as NCM's relacionadas, entretanto, no formulário das notas fiscais examinadas, a exemplo da NF 9078, fl. 78, identificou impresso no campo "*códigos de classificação fiscal*", as NCM's A - 3809.92.11; B - 3816.00.19; C - 3824.40.00; e D - 3209.10.10, além do item E - em branco. Não há indicação da utilização dos NCM's 3816.00.90 e 2520.20.90, em negrito, sendo que em notas fiscais eletrônicas, emitidas pelo contribuinte a partir de 2010, foi verificada a seguinte utilização de NCM's:

Produto	NCM indicado na defesa	NCM utilizado em NFe's
Argamassa	3816.00.90	3816.00.19
Gesso	2520.20.90	3214.90.00
Tectril Acrílica Base	3809.92.11	3209.10.10

Acrescenta que observando as descrições de NCM, tem-se:

Produto	NCM	Descrição
Argamassa	3816.00.90	OUTS. CONCRETOS E COMPOSICOES SEMELHANTES, REFRATARIOS
	3816.00.19	OUTS.CIMENTOS E ARGAMASSAS, REFRATARIOS
Gesso	2520.20.90	OUTS. FORMAS DE GESSO (dentro de item de gesso para uso odontológico)
	3214.90.00	INDUTOS N/REFRATARIOS DO TIPO UTILIZADOS EM ALVENARIA
Tectril Acrílica Base	3809.92.11	IMPERMEABILIZANTE A BASE DE PARAFINA,ETC.P/IND.PAPEL
	3209.10.10	TINTAS DE POLIM.ACRIL/VINIL.DISPERS/DISSOLV.MEIO AQUOSO

Pontua que na comparação das descrições, as NCM's utilizadas nos documentos fiscais, em negrito, indicam coerência com as descrições correspondentes dos produtos, razão pela qual, utilizou esse critério para a verificação de seu enquadramento. Além disso, não identificou documento fiscal com a utilização dessas três NCM's descritas pelo autuado. Assim, o quadro de produtos objeto da diligência passa a ser assim configurado e, sobre ele, pesquisou o regime de tributação e a vigência em 2009:

Produto	NCM	Subst Tribut	Regime de Tributação e Base Legal Apurado	Vigência
Argamassa	3816.00.19	NÃO	Subs.Trib. Protocolo 104/09 Ba e Sp	A partir 12/09
Concrecola Argatec	3816.00.19	NÃO	Subs.Trib. Protocolo 104/09 Ba e Sp	A partir 12/09
Concreflex Concremassa	3809.92.11	NÃO	Normal	-
Fortemassa EPR	3816.00.19	NÃO	Subs.Trib. Protocolo 104/09 Ba e Sp	A partir 12/09
Gesso	3214.90.00	NÃO	Subs.Trib. Convênio 74/94	2009
Rejuntaflex Platina	3816.00.19	NÃO	Subs.Trib. Protocolo 104/09 Ba e Sp	A partir 12/09
Rejunte Concremassa	3816.00.19	NÃO	Subs.Trib. Protocolo 104/09 Ba e Sp	A partir 12/09
Tectril Acrílica Base	3209.10.10	NÃO	Subs.Trib. Convênio 74/94	2009

Pontua que para embasar as conclusões de enquadramento, transcreve os dispositivos que os comprovam:

1. No RICMS/97 e Convênio 74/94

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, essências de terebintina, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Conv. ICMS 74/94):

Nota: A redação atual do item 16, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 118 (Decreto nº 11481, de 08/04/09. DOE de 09/04/09), efeitos a partir de 09/04/09.

Redação anterior dada ao item 16, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de 30/10/08. DOE de 31/10/08), efeitos de 01/01/09 a 08/04/09:

"16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas,obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Conv. ICMS 74/94):"

16.1 - tintas, vernizes e outros - 3208, 3209 e 3210:

16.6 - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas (exceto cola escolar branca e colorida em bastão ou líquida nas posições NCM 3506.1090 e 3506.9190) e adesivos - NCM/SH 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;

Nota: A redação atual do item 16.6 do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12551, de 20/01/11, DOE de 21/01/11), efeitos a partir de 01/02/11.

Redação anterior dada ao item 16.6 do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de 30/10/08, DOE de 31/10/08), efeitos de 01/01/09 de 31/01/11:

"16.5 - produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos - 2707, 2713, 2714, 2715.00.00, **3214**, 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807;"

16.9 - indutos, mástiques, massas para acabamento, pintura ou vedação – 3214, 3506, 3909, 3910;

Convênio 74/94

I	Tintas, vernizes e outros	3208, 3209 e 3210
Redação anterior dada ao inciso VI pelo Conv. ICMS 104/08, efeitos de 01.01.09 a 31.01.11.		
VI	Produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos	2707, 2713, 2714, 2715.00.00, 3214 , 3506, 3808, 3824, 3907, 3910, 6807

Em seguida, menciona o RICMS/BA e o Protocolo 104/09 (de 10 de agosto de 2009, efeitos a partir de 1º de dezembro de 2009, celebrado entre a Bahia e São Paulo):

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

40 - os seguintes materiais de construção:

Nota: A redação atual do item 40, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 141 (Decreto nº 12534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10), efeitos a partir de 01/01/11:

Redação anterior dada ao item 40 tendo sido acrescentado ao inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 140 (Decreto nº 12470, de 22/11/10, DOE de 23/11/10) - sem efeitos:

"40 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do anexo único do **Protocolo ICMS 104/09**;"

40.1 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do **Protocolo ICMS 104/09;**

Protocolo ICMS 104/09 (Redação original, efeitos até 30.04.10)

ANEXO ÚNICO

NCM/SH	DESCRIÇÃO DAS MERCADORIAS	MVA-ST ORIGINAL (%)	ALÍQUOTA INTERESTADUAL (%)	MVA AJUSTADA CONFORME ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE DESTINO	
3214.90.00 3816.00.1 3824.40.00 3824.50.00	Argamassas, seladoras, massas para revestimento, aditivos para argamassas e afins	33,53	7	49,62	51,44
			12	41,57	43,30

Acrescenta que após o enquadramento, procedeu aos ajustes a seguir relacionados:

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 enquadrar 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 destaca que procedeu a exclusão das operações não enquadradas no regime de substituição tributária, por falta de previsão legal nos períodos indicados, o que resultou em redução no valor do débito da Infração 02 de R\$86.357,81 para R\$28.467,09, conforme demonstrado analiticamente nas planilhas de fls. 473 a 500.

O autuado foi intimado para ciência do resultado da diligência fiscal, por intermédio de seus patronos, fls. 502 e 503, porém não houve manifestação.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, 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 autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.679,48**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alíneas “b” e “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 05 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA