

A. I. Nº - 280080.0001/15-1
AUTUADO - BETUMAT QUÍMICA LTDA.,
AUTUNATE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.08.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-05/19

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infração 01. Parte dessa ocorrência é indevida posto que extinta a obrigação tributária pela verificação da decadência, cuja contagem se deu pela sistemática prevista no art. 150, § 4º do CTN. Aplicação do incidente de Uniformização da PGE (Procuradoria do Estado da Bahia). Remanesce a cobrança em relação ao fato gerador verificado em 30/12/2010. Não acolhidos os argumentos defensivos no que se refere a essa ocorrência. Item mantido em parte. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS NA BASE DE CÁLCULO E ERRO NA DETERMINAÇÃO DA TAXA CAMBIAL. Infração 02. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infração 03. Infrações cujas obrigações tributárias se encontram extintas pela verificação da decadência, cuja contagem se deu pela sistemática prevista no art. 150, § 4º do CTN. Aplicação do incidente de Uniformização da PGE (Procuradoria do Estado da Bahia). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 02/12/2015, para exigência de ICMS no valor principal de R\$ 1.193.726,48, acrescido de multas de 60%, contendo as seguintes imputações fiscais:

INFRAÇÃO 1 – 03.08.04: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Por inclusão, nos cálculos do benefício, de produtos não incentivados pela Resolução 142/05, tudo conforme demonstrativos identificados como ANEXO I (AUDITORIA DE BENEFÍCIO FISCAL – DESENVOLVE) composto por (1) demonstrativo Quadro Resumo; (2) demonstrativos mensais de Janeiro a Dezembro/2010 que fazem parte do presente Auto de Infração. Valor exigido: R\$ 1.174.821,52.

INFRAÇÃO 2 – 12.01.01: Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Tudo conforme demonstrativo identificado como ANEXO II, que faz parte integrante do presente Auto de infração. Valor exigido: R\$ 14.095,81.

INFRAÇÃO 3 – 07.02.02: Reteve e recolheu a menor o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Tudo conforme demonstrativos identificados como ANEXO III, obtidos com base no que consta nos arquivos magnéticos SINTEGRA, NF-e, DMA, DAE's

e composto pelos demonstrativos de levantamento fiscal identificados como 1A, 1A, 1 e 1A 3, que fazem parte do presente Auto de Infração. Valor exigido: R\$4.809,15.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 21/12/2015, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa protocolada em 18/02/2016 (doc. fls. 226/237), peça subscrita por seus advogados, com procuraçāo nos autos (fl. 250).

O contribuinte, de início suscitou a decadēcia de parte dos créditos tributários lançados. Com a lavratura em 02/12/2015, afirmou que o Estado da Bahia pretende, através do presente auto de infração exigir pagamento de valores relativos a supostos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2010 a 30/11/2010. Para este período, a exigēcia tributária não poderia prosperar por conta da decadēcia explicitada no artigo 156, V, do Código Tributário Nacional.

Sendo o ICMS tributo sujeito a lançamento por homologação e não existindo pagamento antecipado, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se da data de ocorrēcia do fato gerador (art. 150, §4º, do CTN). Desta forma, somente poderia ser apreciada a infração 1, na parte correspondente ao fato gerador ocorrido em 31/12/2010, no valor de R\$47.681,63.

Todos os demais valores, porque abrangidos pela decadēcia, devem ser, preliminarmente, retirados da autuaçāo.

Sobre esta preliminar, por ser de conhecimento de todos aqueles que julgam processos tributários, nos Conselhos de Contribuintes de todas as Unidades Federadas, a defesa entende ser desnecessário apresentar qualquer argumento adicional visto que a simples indicação dos períodos abrangidos, como feito, esclarece suficientemente o pedido.

Ao ingressar nas razões de mérito passou a abordar cada umas das infrações de forma segmentada.

Na infração 01, afirmou que a questão posta pelo fisco diz respeito à aplicação do benefício de dilação de prazo para pagamento do saldo devedor passível de incentivo, concedido a empresa Autuada através da Resolução 142/2005, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, que a habilitou a operar com o incentivo fiscal, de conformidade com o disposto no seu artigo 1º, a seguir transcrita:

Art. 1º Considerar habilitado aos benefícios do Programa Desenvolvimento Industrial de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve o projeto da BETUMAT QUÍMICA LTDA, CNPJ 00.858.151/0001-85, localizada em Candeias – Bahia, para produzir manta asfáltica, asfalto elastomérico, tinta acrílica, adesivos e soluções asfálticas, sendo concedidos os seguintes benefícios:

As condições para a dilação de prazo constam no Inciso II do Artigo 1º da referida Resolução, conforme abaixo:

II - dilação do prazo 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II da tabela I, anexa ao Regimento do DESENVOLVE.

Enfatizou que o Auditor Fiscal, nos demonstrativos que apresenta, desconsidera como beneficiados pelo incentivo fiscal os seguintes produtos: *Asfalto oxidado, Emulsão e Argamassa*. Isto porque, segundo o seu entendimento, os produtos passíveis de incentivo e que constam da Resolução são apenas e tão somente: *manta asfáltica, asfalto elastomérico, tinta acrílica, adesivos e soluções asfálticas*.

Em defesa da sua tese, a defesa declarou que o texto da Resolução foi **indiscutivelmente genérico, individualizando o produto pela sua qualidade genérica, a entender que os produtos dela originados, estariam igualmente abarcados. A Resolução fala em MANTA**

ASFALTICA, ASFALTO ELASTOMÉRICO (asfalto com qualidade impermeabilizante), TINTA ACRILICA, ADESIVOS E SOLUÇÕES ASFÁLTICAS que são o “gênero” dos itens a serem produzidos.

Pontuou que pensar em contrário seria imaginar que existiria apenas UM TIPO DE ADESIVO, UM TIPO DE SOLUÇÃO ASFÁLTICA, UM TIPO ÚNICO DE ASFALTO COM CAPACIDADE ELASTOMÉRICA o que por certo inviabilizaria a atividade a ser desenvolvida pela empresa.

Entende que restou autorizado pela Resolução, que a Autuada poderia produzir **TODO TIPO DE MANTA ASFALTICA, TODO TIPO DE ASFALTO COM CAPACIDADE DE ADERÊNCIA, TODO TIPO DE TINTA ACRILICA, TODOS OS TIPOS DE ADESIVOS E SOLUÇÕES ASFÁLTICAS**. E estes são exatamente os itens produzidos pela empresa Autuada, sem exceção.

Em seguida passou a descrever cada produto indevidamente impugnado pelo Auditor Fiscal autuante.

ASFALTO OXIDADO em contraposição ao ELASTOMÉRICO: Disse ser imperioso se conceituar o que seria o termo “elastomérico” contido na Resolução, facilitando sobremodo a entendimento do cerne da controvérsia e o desacerto da autuação. Afirmou que uma simples consulta feita na internet, por diversos sites de dicionários, podemos encontrar um conceito único, qual seja, “impermeabilizante”, conforme abaixo:

- *Membrana impermeável contínua e aderente monocomponente à base de resinas acrílicas em emulsão aquosa, que vulcanizam com a secagem;*
- *Material elástico;*
- *Exemplo de uso da palavra Elastomérico – um retentor de óleo possui uma membrana elastomérica;*
- *Sinônimos – impermeabilizante – (aderência – flexibilidade).*

Melhor dizendo, o asfalto elastomérico é aquele que tem características impermeabilizantes, com qualidades aderentes e flexíveis ou seja, TODOS, inclusive o asfalto OXIDADO indevidamente impugnado pelo Autuante.

Em seguida declarou que o asfalto oxidado é um produto próprio para vedação, sendo assim um **asfalto modificado** com capacidade impermeabilizante, conforme autorizado pela Resolução.

Acrescentou que segundo a Engenheira Química Rafaela Aspera, o asfalto oxidado tem sua propriedade elastomérica apurada por plastificantes e aditivos especiais, gerando um produto de excelente aderência e flexibilidade.

Os asfaltos oxidados O'85, O'94 e B-105 (NCM 27132000) são produtos provenientes da modificação de asfalto com a adição de plastificantes e aditivos especiais em sua composição que promovem propriedades elastoméricas a estes materiais, caracterizando estes produtos pela sua excelente aderência e flexibilidade.

Conclui a defesa que o asfalto oxidado, normalmente comercializado com o nome de “BETOXI” em suas mais variadas fórmulas, é um asfalto elastomérico, que serve como impermeabilizante, funcionando como uma espécie de “manta para vedação”. Destacou que não se fala aqui de material para “pavimentação” não podendo ser equiparado o asfalto aqui mencionado àquele das ruas e estradas. Que o produto final fabricado pela empresa Autuante utiliza sim a base asfáltica, entretanto, não para o produto final “pavimentação” e sim impermeabilizantes para construção civil, insumos industriais e revestimentos diversos

Quando da concessão do incentivo fiscal para a produção deste tipo de **asfalto modificado**, a identificação técnica foi dada como “elastomérico”, o que não significa que a denominação comercial deva ser exatamente esta.

Enfatizou que o que consta da Resolução é simplesmente a característica do produto a ser produzido, o “gênero”, utilizado não para restringir e sim, ao contrário, para ampliar a concessão,

como o fez ao denominar os demais produtos genericamente postos como “mantas”, “tintas acrílicas”, “adesivos” e “soluções asfálticas” todos eles com um infinável número de produtos derivados.

Portanto, o entendimento da empresa Autuada é que o produto excluído do benefício não é produto diverso daquele para o qual foi concedido incentivo, não podendo prosperar a interpretação do autuante.

Apresentou na peça de defesa o ANEXO 1 contendo o impresso de embalagem tipo saco, do asfalto oxidado, onde consta opções para marcação da temperatura e a finalidade de aplicação.

EMULSÃO em contraposição a SOLUÇÕES ASFÁLTICAS: Emulfast é o nome comercial da emulsão asfáltica saída da linha de produção da empresa Autuada, também acusada pelo fisco de não pertencer ao rol de produtos incentivados, por não constar da Resolução já citada e referência para o lançamento tributário ora contestado.

Disse a defesa que o equívoco é o mesmo daquele ocorrido para o produto **ASFALTO OXIDADO**

A Emulfast é uma “solução asfáltica” e, portanto, claramente inclusa na relação genérica posta na Resolução. Em pesquisa feita na internet para definir o que seria uma “solução asfáltica” o resultado encontrado, de logo, identifica diversas “**emulsões**” sendo assim ela considerada como sinônimo das soluções, conforme “print” reproduzido à fl. 233 dos autos.

Disse ainda que esse produto é feito com base de asfalto, comercializada em “balde”, para aplicação a frio. E mais, conforme pode ser identificada no rótulo que compõe a embalagem, trata-se também de uma solução elastomérica, portanto com as mesmas características do “asfalto oxidado”, dispensando repetir os esclarecimentos já contidos no item anterior.

Enfatizou mais uma vez que a Resolução do DESENVOLVE apenas especificou o “gênero” ao identificar o produto passível de produção como “soluções asfálticas” e a Emulsão é uma solução asfáltica. Voltou a afirmar que o equívoco da autuação é incontestável.

Como ANEXO 2, da defesa, apresentou o impresso de rótulo para embalagem tipo balde, onde estão contidas as especificações técnicas e a aplicabilidade do produto.

ARGAMASSA em contraposição a “ADESIVOS”: disse a defesa que de todos os termos postos na Resolução, o termo “adesivo” é por demais genéricos, abrangendo uma dezena de produtos da mesma linha e com a mesma especificidade. Comercializadas com o nome de Vedamat e de Vedalastic, são produtos definidos na Wikipédia, nos seguintes termos a seguir reproduzidos:

Argamassa é a mistura homogênea de agregado(s) miúdo(s), aglomerante(s) inorgânico(s) e água, contendo ou não aditivos ou adições, com propriedades de aderência e endurecimento, podendo ser dosada em obra ou em instalação própria (argamassa industrializada).

As argamassas são empregadas com as seguintes finalidades:

- *assentar tijolos e blocos, azulejos, ladrilhos, cerâmica e tacos de madeira;*
- *Impermeabilizar superfícies;*
- *regularizar (tapar buracos, eliminar ondulações, nivelar e aprumar) paredes, pisos e tetos;*
- *dar acabamento às superfícies (liso, áspero, rugoso, texturizado, etc.).*

Propriedade de aderência, significa que o produto nada mais é que um **adesivo**.

Disse que a partir da leitura dos produtos que compõem o rol dos “incentivados”, conforme Resolução que habilitou ao incentivo é suficiente para encontrar autorização para incidência do incentivo sobre “adesivos”.

Nos ANEXOS 3 e 4 da defesa foram apresentados rótulos das embalagens dos dois produtos, onde estão contidas as especificações técnicas e a sua aplicabilidade. Observou que a diferença entre

os dois produtos é o nível de flexibilidade: o Vedalat, é semiflexível e o Vedalastic, super flexível, ou seja, são produtos elastômeros.

Por fim, a defesa fez a juntada do Anexo 5, correspondente ao Relatório Técnico nº BA 005-15, emitido ela Engenheira Química Rafaela Macedo Cirne Áspera, cuja transcrição parcial já foi feito no presente texto.

A defesa pede que seja declarada a improcedência da Infração 01, dispensando-se a apresentação de demonstrativos retificados.

No tocante à INFRAÇÃO 2, conforme alegações preliminares de decadência, a exigência não pode ser mantida, dispensando-se a manifestação sobre questões de mérito.

A abordar a INFRAÇÃO 3, a defesa declarou que embora este item esteja também alcançado pela decadência, para esclarecimentos sobre o trabalho fiscal, que foi limitado a cotejar os valores retidos, com os recolhidos, apresentou tabela reproduzida à fl. 235 para fins de comprovação da improcedência desse item, conforme reprodução abaixo:

MÊS/ANO	ICMS DEVIDO	(-) CREDITO ICMS	(=) DEVIDO	(-) RECOLHIDO	(=) RECOLHIDO A MENOR
Fevereiro/2010	8.134,78	5.871,50	2.263,28	2.263,26	0,02
Março/2010	27.535,58	19.698,81	7.836,77	7.350,82	485,95
Abri/2010	23.281,41	16.706,31	6.575,10	6.481,46	93,64
Maio/2010	25.869,68	18.421,09	7.448,59	4.884,87	2.563,72
Julho/2010	31.864,23	22.621,57	9.242,66	8.100,72	1.141,94
Agosto/2010	13.659,45	9.920,79	3.738,66	3.214,78	523,88
Total-2010	130.345,13	93.240,07	37.105,06	32.295,91	4.809,15

Disse a defesa que a primeira irregularidade que surge neste lançamento é a antecipação das datas de vencimento, cuja alocação, no auto de infração, foi de todo o valor apurado como devido em 31/01/2010 e não se alocando em cada mês como consta do demonstrativo utilizado para quantificação dos valores.

Observou ainda que no mês 01/2010 não houve qualquer ocorrência. Todavia, tal irregularidade na consignação dos valores no Auto de Infração não surtirá qualquer efeito porque, a seguir, ficará demonstrada que a infração é totalmente improcedente. Isto porque esqueceu o Auditor Fiscal autuante de computar, como dedução, as devoluções ocorridas, conforme registrado nos livros mensais de Registro de Entradas, de acordo com as páginas anexadas. Abatendo-se do calculo esses valores, conforme preceitua a legislação, os valores tidos como devidos passam a ser inexistentes, aliás, recolhido a maior por força dos arredondamentos das frações de moedas, conforme tabela a seguir, reproduzida à fl. 236 dos autos.

MÊS/ANO	COBRADO	(-) DEVOLUÇÕES	(=) A PAGAR	ANOTAÇÃO
Fevereiro/2010	0,02		0,02	Diferença arredondamento
Março/2010	485,95	485,99	- 0,04	Fla 004 Livro Entrada mês
Abri/2010	93,64	93,71	- 0,07	Fla 003 Livro Entrada mês
Maio/2010	2.563,72	2.563,73	- 0,01	Fla 019 Livro Entrada mês
Julho/2010	1.141,94	1.141,97	- 0,03	Fla 016 Livro Entrada mês
Agosto/2010	523,88	523,94	- 0,06	Fla 7 e 11 Livro Entrada mês
Total-2010	4.809,15	4.809,34	- 0,19	

A defesa juntou ao processo, como Anexo 6, cópias das folhas dos Livros Mensais de Registro de Entradas, onde estão lançadas as notas fiscais de devolução de clientes, identificadas por número, data e valor, além do valor do ICMS ST retido na operação de saída. Disse que os valores do ICMS RETIDO são escriturados no Registro de entradas, sempre que ocorre desfazimento das operações, devidamente identificados, para permitir a dedução do valor a recolher no mês de ocorrência e assim processar a compensação via escrituração.

Pede que essa infração 03 seja também declarada improcedente.

A finalizar a peça de defesa o contribuinte requer que o presente auto de infração seja julgado improcedente em todo o seu conteúdo.

Foi prestada informação fiscal em 05/04/2016, peça processual juntada às fls. 264/267. Após fazer uma síntese das alegações defensivas, o autuante declarou, inicialmente, que o presente feito fiscal decorreu de fiscalização realizada com base no RELATORIO DE REVISÃO DE PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO, emitido pela Corregedoria - CODFIS, a partir da revisão fiscal da Ordem de Serviço 501076/14, tendo sido constatado o seguinte:

- a) Realizado o roteiro 220 - Importações para o exercício 2010, constatando-se que o contribuinte deixou de incluir na base de cálculo do imposto parcelas de despesas alfandegárias previstas na legislação.
- b) No desenvolvimento do roteiro 253 - Desenvolve, constatou-se em todos os meses do exercício 2010 a inclusão de produtos não previstos na Resolução 142/05.
- c) Pagamento a menor de ICMS devido por antecipação tributária em operações de saídas com mercadorias elencadas na substituição tributária.

Com base nas informações e documentação comprobatória, foram cobrados os valores devidos em função das irregularidades apontadas acima.

No que se refere à alegação de ocorrência de prescrição, em verdade, de decadência, para as infrações 02 e 03, admitindo parcialmente a apreciação da infração 01, no que concerne ao mês de Dezembro/2010, declarou que a regra para a constituição do lançamento ora efetuado, está inserta no Art. 173, do referido diploma legal:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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.

No caso presente, em relação às infrações 02 e 03, bem como nos demais itens da Infração 01, a contagem do prazo decadencial inicia-se conforme previsto no Inciso I (*primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*) terminando em 31.12.2015. Tendo sido regularmente notificado do lançamento em 21.12.15, nenhuma dúvida há, segundo o autuante, quanto ao direito da fazenda pública exigir o crédito tributário decorrente das infrações apontadas.

No que tange à argumentação de que a Resolução admite **genericamente** todos os produtos, o autuante declarou que nenhuma razão assiste à defesa visto que a Resolução DESENVOLVE (fls. 17) fala em operações próprias e que o próprio contribuinte na apresentação de seu projeto à então Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração – SICM, (fls. 18), informa que “o benefício fiscal ora pleiteado deverá abranger suas novas linhas de produção citada no capítulo 3,0, item 3.1 do projeto, compreendendo todos os grupos **com exceção do grupo 01 – Asfaltos Oxidados**, que já eram produzidos pela Brasquímica – Produtos Asfálticos Ltda., proprietária da planta original”. Ademais, o parecer no processo de aprovação junto à SICM que resultou na edição da Resolução 142/05, é, ao contrário do que afirma a recorrente, específico, afastando inclusive outros produtos, conforme se depreende do Anexo 1 desta manifestação fiscal, abaixo reproduzido, no trecho que tem pertinência com o lançamento.

Isto posto e com base no art. 50, inciso V, do Decreto nº 7.798, de 05 de maio de 2000, sugerimos ao Conselho Deliberativo ratificar a Resolução nº 80/99 que aprovou “ad referendum” do plenário os benefícios do PROBAHIA à BETUMAT, exclusivamente para sua produção de soluções asfálticas, asfalto elastomérico, tinta acrílica, adesivos e manta asfáltica, visto que o asfalto oxidado e emulsões asfálticas foram fabricados pela Brasquímica Produtos Asfálticos Ltda (dona da planta industrial e cujo sócio era o mesmo da BETUMAT) e não ~~sobrou~~ aumentou da capacidade instalada.

Ressaltou o autuante que o produto asfalto oxidado está expressamente excluído. A argamassa não é sequer citada. Quanto à emulsão, a despeito da competente explicação técnica inserida na peça de defesa, não ficou provado se referir a qualquer produto amparado pelo benefício. Manteve o autuante a exclusão integral dos produtos que compõem o item da autuação, para cobrar as diferenças daí decorrentes, respaldados pelos documentos juntados às fls. 19 a 26 dos autos.

Quanto à infração 3, disse o autuante que a impugnante recorrente não faz prova das devoluções alegadas. Que assiste razão, no entanto, quanto à cobrança em uma única data, razão pela qual deve ser retificado o demonstrativo conforme abaixo.

Data da Ocorrência	Data Venceto,	Base de Cálculo	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico
31/03/2010	09/04/2010	2.858,53	17,00	60	485,95
30/04/2010	09/05/2010	550,82	17,00	60	93,64
31/05/2010	09/06/2010	15.080,71	17,00	60	2.563,72
31/07/2010	09/05/2010	6.717,29	17,00	60	1.141,94
31/08/2010	09/09/2010	3.081,64	17,00	60	523,88

Ao finalizar a peça informativa o autuante pede que à vista da documentação acostada, especialmente dos elementos constantes do parecer juntado a esta manifestação fiscal, que seja mantida a integralidade das cobranças que constam do presente feito.

Por determinação do anterior relator desse PAF, Cons° Angelo Mário de Araújo Pitombo, o PAF foi convertido em diligência para a Inspetoria de origem do procedimento fiscal, conforme despacho inserido à fl. 273, sendo determinado que fosse quantificado, por mês, os valores exigidos para cada item autuado (Asfalto oxidado, Emulsão e Argamassa), possibilitando o julgamento pelo acolhimento ou não da exclusão do benefício do DESENVOLVE em relação a cada um desses itens.

Foi elaborado Parecer Técnico inserido às fls. 284/286, em resposta ao pedido de diligência.

Nessa peça, auditor fiscal estranho ao feito após fazer diversas considerações acerca do lançamento e das planilhas produzidas na ação fiscal, apresentou o Demonstrativo inserido à fl. 287, declarando ainda que foi refeito a apuração do ICMS DESENVOLVE a partir dos arquivos magnéticos SINTEGRA e o livro de apuração do ICMS (fls. 27 a 38). Que o trabalho revisional encontra-se em meio eletrônico no arquivo Excel nominado *Betumat_Diligência.xlsx* (mídia anexa, fl. 290).

Cientificado acerca do resultado da diligência, conforme Termo de Intimação de fl. 292, lavrado em 25/01/2019, o contribuinte não apresentou Manifestação escrita, mesmo tendo sido notificado com concessão do prazo de 60 (sessenta) dias.

Em 10/07/19, após redistribuição do processo em razão da aposentadoria do anterior relator, este PAF foi declarado concluído quanto à instrução para ser incluso na pauta de julgamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 infrações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou a decadência de parte dos créditos tributários lançados. Observo que a lavratura do Auto de Infração se deu em 02/12/2015, com ciência ao sujeito passivo em 21/12/2015. Sustenta a defesa que os valores relativos a supostos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2010 a 30/11/2010, estão atingidos pela decadência com base no que dispõe o artigo 156, V, do Código Tributário Nacional. Sendo o ICMS tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário contar-se-ia da data de ocorrência do fato gerador (art. 150, §4º, do CTN). Desta forma, somente poderia ser apreciado o mérito da infração 1, na parte correspondente ao fato gerador ocorrido em 31/12/2010, no valor de R\$47.681,63.

O autuante, por sua vez, sustenta a aplicação ao caso em exame da norma estampada no art. 173, I do CTN, que estabelece que o prazo decadencial é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, de forma, em relação às infrações 02 e 03, bem como nos demais itens da Infração 01, a contagem do prazo decadencial teria se encerrado em 31/12/2015. Tendo sido o contribuinte regularmente notificado do lançamento em 21/12/2015, o direito da fazenda pública exigir o crédito tributário decorrente das infrações apontadas não estaria extinto.

Examinando as três ocorrências fiscais que compõem o ato de lançamento de ofício, verifico que todas se reportam a recolhimento a menor do ICMS: a primeira infração relacionada ao benefício do DESENVOLVE em razão da inclusão de produtos não beneficiados na apuração do imposto; a segunda ocorrência, vinculada à base de cálculo das importações pela não inclusão de despesas aduaneiras e utilização incorreta da taxa cambial; e, a terceira infração, se reporta ao pagamento a menor do ICMS substituição tributária (ICMS-ST) nas operações subsequentes de vendas a contribuintes localizados neste Estado (operações internas).

O próprio autuante declarou, na fase de informação fiscal, que o presente feito decorreu de fiscalização realizada com base no RELATÓRIO DE REVISÃO DE PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO, emitido pela Corregedoria da SEFAZ-BA - CODFIS, a partir da revisão fiscal da Ordem de Serviço nº 501076/14, tendo sido constatado as seguintes desconformidades:

- a) Realizado o roteiro 220 - Importações para o exercício 2010, constatando-se que o contribuinte deixou de incluir na base de cálculo do imposto parcelas de despesas alfandegárias previstas na legislação.
- b) No desenvolvimento do roteiro 253 - Desenvolve, constatou-se em todos os meses do exercício 2010 a inclusão de produtos não previstos na Resolução 142/05.
- c) Pagamento a menor de ICMS devido por antecipação tributária em operações de saídas com mercadorias elencadas na substituição tributária.

Portanto, evidenciado nos autos, que o fato deflagrador da ação fiscal foi uma revisão de fiscalização anterior, onde foi constatado, na avaliação feita naquele procedimento, que o contribuinte havia apurado de forma incorreta o imposto, resultado em recolhimentos inferiores aos efetivamente devidos.

As controvérsias relacionadas com o tema da decadência no ICMS encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que se conta o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), a contagem do prazo decadencial era unificada sendo considerado como “*dies a quo*” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

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

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários) 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, “b”, da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por ACÓRDÃO JJF Nº 0115-05/19

serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN (Código Tributário Nacional) poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que regulação normativa distinta por cada ente da federação implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV/STF nº 08 não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e de prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “*São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário*”. Todavia, foi indicado, com bastante precisão, o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade e regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas, mais recentemente, decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº **0510938-28.2013.8.05.0001** – Rel. Des. Des. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto e Agravo Regimental nº **0566887-03.2014.8.05.0001/50000** - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº **1532105 -RR** – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº **131802015- RS** – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS para que essa temática da decadência fosse re-analisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de junho de 2008;

- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de junho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do

primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador);

ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

*iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data anterior a 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB;*

*v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data posterior a 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN.*

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que o lançamento de ofício em exame foi formalizado com o objetivo de corrigir os atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, no tocante às infrações de recolhimento a menor em razão de erro da determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE; pagamento menor do imposto por erro na quantificação da base de cálculo nas operações de importação do exterior; e, recolhimento a menor nas operações internas sujeitas à substituição tributária (ICMS-ST).

Todas as ocorrências citadas foram levadas à apuração pelo contribuinte na conta corrente do ICMS e devidamente informadas pelo contribuinte ao fisco estadual, não havendo fato omissivo que demandasse a aplicação de roteiros de auditoria que envolvessem maiores investigações ou aprofundamentos na fase de apuração. Portanto, o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas.

Essas situações se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento e o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade, daqueles atos.

Importante ressaltar ainda, que a questão relativa à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que estabeleceu que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, deve também ser analisada a partir do que foi efetivamente decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 12/06/2008, o pleno do STF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, com efeito “*ex nunc*” (efeitos para frente), salvo em relação às ações judiciais propostas até 11/06/2008. A modulação de efeitos teve em vista a repercussão e a insegerança jurídica que poderia se verificar em relação à possibilidade de repetição de indébitos de valores já recolhidos, administrativamente ou por execução fiscal, antes da decisão que declarou a inconstitucionalidade com efeitos vinculantes. Mas não alcançou as questões pendentes, ou seja, em discussão, nas esferas administrativa ou judicial.

Em decorrência, a declaração de inconstitucionalidade do STF alcançou não só a norma geral, ou seja, a Lei, que estava em desconformidade com a Carta Magna, mas também os atos

administrativos que se fundamentaram na legislação inválida. Transcrevo o trecho de um Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido (pág. 729 daquele PAF): ***“Por conseguinte, reputamos ser apropriado à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicarem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008”.***

Dessa forma, a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB não seriam mais válidas assim como os atos administrativos que se fundamentassem nessa norma integrante do ordenamento jurídico do Estado da Bahia.

No caso concreto, o A.I. em exame foi lavrado em 02/12/2015, com ciência ao contribuinte em 21/12/2015, quando a SÚMULA VINCULANTE do STF nº 08 já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico. O entendimento ali consignado, portanto, é plenamente aplicável aos fatos geradores lançados neste Auto de Infração, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 280080.0001/15-1, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 21/12/2015, os fatos geradores anteriores a 21/12/2010, relacionados com as infrações 01, 02 e 03 foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Remanesce em discussão tão somente a ocorrência verificada em 30/12/2010, vinculada à infração 01, no valor de R\$47.681,63.

Em relação a essa parcela remanescente da infração 01, observo que a argumentação de que a Resolução nº 142/2005, do Programa DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, admite **genericamente** o enquadramento de todos os produtos no benefício, não tem respaldo na documentação que foi acostada ao processo na fase de instrução do presente feito. A Resolução DESENVOLVE, acostada à fl. 17 dos autos, fala em operações próprias. O próprio contribuinte na apresentação de seu projeto a então Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração – SICM, (doc. fls. 18), informa que ***“o benefício fiscal ora pleiteado deverá abranger suas novas linhas de produção citada no capítulo 3,0, item 3.1 do projeto, compreendendo todos os grupos com exceção do grupo 01 – Asfaltos Oxidados, que já eram produzidos pela Brasquímica – Produtos Asfálticos Ltda., proprietária da planta original”***. Por sua vez, o parecer no processo de aprovação junto à SICM, que resultou na edição da Resolução 142/05, é, ao contrário do que afirma a impugnante, específico, afastando inclusive outros produtos, conforme se depreende do Anexo 1 da manifestação fiscal (fl. 268), abaixo reproduzido, no trecho que tem pertinência com o presente lançamento:

Isto posto e com base no art. 50, inciso V, do Decreto nº 7.798, de 05 de maio de 2000, sugerimos ao Conselho Deliberativo ratificar a Resolução nº 80/99 que aprovou “ad referendum” do plenário os benefícios do PROBAHIA à BETUMAT, exclusivamente para sua produção de soluções asfálticas, asfalto elastomérico, tinta acrílica, adesivos e manta asfáltica, visto que o asfalto oxidado e emulsões asfálticas foram fabricados pela Brasquímica Produtos Asfálticos Ltda (dona da planta industrial e cujo sócio era o mesmo da BETUMAT) e não sofreu aumento da capacidade instalada.

Assim, diante da documentação anexada nos autos é de se concluir que os produtos asfalto oxidado e emulsões asfálticas foram expressamente excluídos do benefício. Em relação ao produto argamassa sequer há citação do mesmo na Resolução e seus anexos. Reitero ainda que

quanto ao produto qualificado pelo gênero “emulsão asfáltica” não ficou provado se referir a qualquer dos itens (mercadorias) amparados pelo benefício fiscal do DESENVOLVE.

Pelas razões acima expostas, mantendo a exigência fiscal relacionada à infração 01, para fato gerador verificado em 30/12/2010, no importe de R\$47.681,63.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **280080.0001/15-1**, lavrado contra **BETUMAT QUÍMICA LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$47.681,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 23 de julho de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA