

A. I. Nº - 269352.0046/15-2
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTENRET 28.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-02/16

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal realizada pelo autuante. Infração mantida parcialmente. Afastada a alegação de decadência. Negado o pedido de perícia. Não acolhida a arguição de nulidade. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$403.074,17, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$163.574,37, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na aplicação da alíquota no Registro 60R dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que gera o resumo mensal dos itens do ECF, em que alguns itens estão em alguns momentos com a aposição errada da alíquota, o que, conseqüentemente, gerou valores menores de imposto no Livro Registro de Apuração mensal do ICMS, relativo ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011. Acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2010 e 2011, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor histórico autuado R\$239.499,80, acrescido da multa de 100%.

O autuado apresentou defesa, fls. 70 a 31, mediante advogado habilitado nos autos, destaca que reconhece a procedência parcial da infração 01 e a totalidade da infração 02, ao tempo em que pugna pela juntada posterior dos respectivos comprovantes de pagamento.

Aduz parte do crédito tributário está extinto, porquanto alcançado pela decadência, transcrevendo o § 4º, do art. 150 e o art. 156, V e VII, do CTN, argumentado que a Impugnante tomou ciência do Auto de Infração em 28/09/2015, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, do recolhimento relativo ao período de janeiro a agosto de 2010.

Cita e transcreve entendimento do STJ e do Tribunal de Justiça da Bahia sobre o tema.

Assegura que a impugnante tributou corretamente as mercadorias, pelas razões, em essência, resumidas a seguir.

Salienta a existência de Produto sujeito à substituição tributária como se possuísse tributação normal, o qual indicou:

Código	Descrição Produto	Regime
5430453	ACTIVELE 1 0.5MG REV 28COM	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 13.2)

Aduz que, segundo o RICMS-BA, o item acima indicado está sujeito ao regime de substituição, disposta no art. 353, II, e subitens, como se vê:

“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 subsequentes 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:

13 - os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir especificados (Conv. ICMS 76/94 e Prot. ICMS 105/09):

*13.2 - **Medicamentos - NBM 3003 e 3004;**”*

Ressalta que basta analisar cada protocolo referido pela legislação acima para verificar que as mercadorias autuadas têm expressa previsão para se submeter à tal regime de tributação:

“CONVÊNIO ICMS 76/94

***Cláusula primeira** Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário*

Anexo Único

Item	Descrição	Código
I	Soros e vacinas, exceto para uso veterinário	3002
II	Medicamentos, exceto para uso veterinário	3003 e 3004

PROTOCOLO ICMS 109, DE 10 DE AGOSTO DE 2009

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos listados no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento de fabricante ou importador, em relação às mercadorias fabricadas ou importadas por qualquer estabelecimento da mesma empresa, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Anexo Único

CÓDIGO NCM	DESCRIÇÃO
30.02	vacinas para medicina humana; outros, exceto para medicina veterinária
30.03	Medicamentos, exceto para uso veterinário
30.04	Medicamentos, exceto para uso veterinário

Ademais, não há dúvidas de que o produto em questão se trata de medicamento destinado ao uso humano, especificamente no tratamento da falta do hormônio estrogênio. Nesse sentido, não é difícil notar que o produto incluído no levantamento realizado pela fiscalização está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos importadores ou fabricantes.

Por essa razão, entende que não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado, em mais este ponto, improcedente o Auto de Infração ora impugnado.

Frisa que outro equívoco a ser apontado é a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção. Cita que esse é exatamente o caso dos autos, pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (*ERVILHA TORTA - código 9915648, ERVA DOCE VASO - código 9903283, ERVA-CIDREIRA VASO - código 9903381, OREGANO VASO - código 9902881*), senão vejamos o que determina o art. 14, I, “a” e “c” do RICMS/BA (Dec. 6284/97):

“Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05):

a) produtos hortícolas:

4 - endívia, erva-cidreira, erva-de-santa-maria, erva-doce, ervilha, escarola e espinafre;
(...)

c) mudas de plantas e plantas ornamentais;”

Assim, aduz que essas mercadorias devem ser retiradas do levantamento do Fiscal Autuante, já que não há que se falar em aplicação equivocada da alíquota de ICMS nas suas respectivas saídas, posto estarem desoneradas do imposto, estando o Fiscal Autuante a exigir imposto sem base legal para tanto.

Em relação ao produto “leite longa vida”

Segundo a acusação fiscal, a Impugnante teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%.

A justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/97) só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado.

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

v das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);”

Ressalta que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Sustenta que, diante do art. 1º, da CF/88 de que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”, bem se vê que o Constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Assim, no entender da defesa, por atropelar o pacto federativo, é ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito. Destaca que esse preceito é confirmado pelo art. 150, V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o qual transcreve e cita doutrina sobre o tema.

Acrescenta que, não bastasse, pelo art. 152, da CF/88 “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”, sobre o qual, leciona o Prof. Pinto Ferreira, que “torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do

bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.” Além do que, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Atente-se que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Realça que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaçaõ reduzida a 7%.

Destaca que, considerando que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe-se a desconstituição da infração.

Cita que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, transcrevendo trechos de decisões.

Conclui que a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual. Diante do exposto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Ao tratar da redução de 100% da base de cálculo dos pescados, aduz que o autuante pretende, ainda, cobrar ICMS em relação às operações com FILE BACALHAU CONG Kg, FILE BACALHAU PORTO CONG, FILE BACALHAU DES e LOMBO DE BACALHAU PORTO 1KG, aplicando a alíquota de 17%. Entretanto, esquece a fiscalização que tais produtos são beneficiados pela redução de 100% da base de cálculo, segundo disposição do art. 87, XXX, do RICMS/BA:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

- a) à operação que destine o pescado à industrialização;*
- b) ao pescado enlatado ou cozido;*
- c) ao pescado seco ou salgado.”*

Argumenta que não se queira alegar que os produtos ora mencionados estariam dentre as exceções listadas nas alíneas acima transcritas, posto que estamos diante de **pescados dessalgados e congelados**, sendo, portanto, diametralmente apostos à previsão que exclui o pescado seco ou salgado (alínea “c”), conforme se conclui da própria descrição dos itens, das informações passadas pelos fornecedores na respectiva embalagem e também da sua Nomenclatura Comum do Sul – NCM. Dessa forma, enquanto perdurar o benefício previsto no art. 87, inciso XXX, do mesmo diploma legal, as operações internas com os referidos produtos não sofrerão tributação, face à redução de 100% na base de cálculo do imposto.

Assim, em seu entendimento, resta insubsistente a cobrança em relação aos itens mencionados, posto ser notório que se enquadram na previsão contida no dispositivo acima transcrito, razão pela qual carga tributária efetiva incidente sobre eles é zero, sendo este o ponto de maior expressão da infração em comento e que deve ser afastado.

Quanto a multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal, entende ser exorbitante, em violação ao princípio do não-confisco e ausência de comprovação de flagrante intuito de

fraude a justificar a aplicação de multa em tela, citando e transcrevendo doutrina e decisões de outros tribunais, para, no final, requerer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Entendendo, ainda, que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, art. 112, do CTN, salientado que é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, assinalando ser esse o entendimento dos Tribunais Superiores.

Ao final, requer o reconhecimento e declaração decretando a nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a **multa aplicada**, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta a Impugnante pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante, fls. 128 a 132, ao prestar a informação fiscal, quanto à alegação de que ocorreu a decadência do direito de constituir o crédito tributário, no período de janeiro a agosto de 2010, aduz que o prazo de contagem da decadência é o previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Não há que se falar em decadência do direito de constituir o crédito tributário. Este dispositivo estabelece:

"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;"

Transcreve, ainda, o § 4º do Art. 150 do mesmo Código estabelece:

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

Argumenta que, diante do disposto acima, percebe-se que há uma ressalva no § 4º do Art. 150, que diz se a lei não fixar prazo a homologação, é que a contagem decadencial é a partir da ocorrência do fato gerador. Ocorre que a Lei, que é o CTN, estabelece prazo, sim, para a homologação, que é o transcrito anteriormente no Art. 173, I, que é de 5 anos a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

Quanto à revogação do art. 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, salienta que a mesma foi efetivada para dar razão à Súmula 08 do STJ, em que salientou que matérias gerais de Direito Tributário são da alçada de Lei Complementar, qual seja, o Código Tributário Nacional, e não Lei Ordinária, como é o nosso COTEB. Mas o Código Tributário Nacional - CTN continua estabelecendo em seu art. 173, I, o primeiro dia do exercício seguinte o início da contagem decadencial. Ressalta que não há como acolher a alegação de que houve pagamento antecipado, visto que os valores que estão sendo cobrados no presente Auto de Infração não foram objeto de qualquer pagamento em relação às operações praticadas pelos produtos ora elencados na atual cobrança. Salienta que a apuração do ICMS no final de cada período é o conjunto de resultados de inúmeras operações. Se o pagamento antecipado, puro e simples, fosse bastante para definir se a contagem seria a partir da ocorrência do fato gerador ou a partir do primeiro dia do exercício

seguinte, bastaria a empresa recolher R\$0,01 (um centavo) na sua apuração mensal total, que já estaria afastada da regra contida no Art. 173, I do CTN. O que não parece ter lógica.

Em relação à infração 01, quanto aos produtos **ACTIVELE 1 0.5MG REV 28COM, ERVILHA TORTA, ERVA DOCE VASO, ERVA-CIDREIRA VASO e OREGANO VASO**, concorda com a impugnante, reconhecendo que estes produtos não são tributados em suas saídas. O primeiro por se tratar de um medicamento de uso humano, estando, portanto, dentro do instituto da Substituição Tributária, e os demais por serem isentos, já que são produtos hortícolas em ESTADO NATURAL. Ressalta que se tivessem sofrido algum processo de industrialização, seja desidratação, que mude seu aspecto original, bem como sua embalagem, passaria a ser tributado, conforme amplamente assentado em julgamentos no CONSEF.

Neste sentido elaborou novos demonstrativos retirando estes produtos, mostrado na tabela seguinte com os novos valores:

Infração 01 - 03.02.02

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2010	09/02/2010	48.865,11	17,00	60,00	8.291,45
28/02/2010	09/03/2010	48.890,35	17,00	60,00	8.280,59
31/03/2010	09/04/2010	49.448,47	17,00	60,00	8.378,71
30/04/2010	09/05/2010	40.034,52	17,00	60,00	6.721,58
31/05/2010	09/06/2010	46.574,64	17,00	60,00	7.838,17
30/06/2010	09/07/2010	46.696,76	17,00	60,00	7.866,91
31/07/2010	09/08/2010	56.716,41	17,00	60,00	9.588,05
31/08/2010	09/09/2010	61.582,70	17,00	60,00	10.374,67
30/09/2010	09/10/2010	56.821,11	17,00	60,00	9.588,59
31/10/2010	09/11/2010	44.935,64	17,00	60,00	7.556,00
30/11/2010	09/12/2010	30.967,05	17,00	60,00	5.200,67
31/12/2010	09/01/2011	35.740,11	17,00	60,00	5.984,59
31/01/2011	09/02/2011	31.873,64	17,00	60,00	5.418,52
28/02/2011	09/03/2011	23.597,17	17,00	60,00	4.011,52
31/03/2011	09/04/2011	34.061,11	17,00	60,00	5.771,33
30/04/2011	09/05/2011	40.104,41	17,00	60,00	6.785,16
31/05/2011	09/06/2011	32.086,05	17,00	60,00	5.417,28
30/06/2011	09/07/2011	25.677,17	17,00	60,00	4.343,23
31/07/2011	09/08/2011	36.760,29	17,00	60,00	6.232,14
31/08/2011	09/09/2011	32.704,52	17,00	60,00	5.523,77
30/09/2011	09/10/2011	39.292,17	17,00	60,00	6.622,50
31/10/2011	09/11/2011	34.403,70	17,00	60,00	5.799,76
30/11/2011	09/12/2011	26.632,41	17,00	60,00	4.480,49
31/12/2011	09/01/2012	37.736,52	17,00	60,00	6.406,74

Destaca que os demonstrativos com discriminação por produto, detalhados por data, estão contidos em novo CD-R que anexamos à fl. 127.

Relativamente ao produto **LEITE LONGA VIDA**, frisa que teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, que concede redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO, conforme abaixo transcrito:

"Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

*XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), **fabricado neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);" (grifos acrescidos)."*

Realça que fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Quanto a alegação da defesa de que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Destaca que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição

Frise que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJJ Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, a seguir transcrita:

"A. I. Nº - 281424.0001/13-5

AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ Nº 0056-05/14

...

Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação do tráfego de bens, não tem aparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal têm claramente o objetivo de estimular a produção e circulação interna desse tipo de Leite. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, sem a qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação internada de determinada mercadoria."

No tocante a afirmação da defesa de que o Estado da Bahia, assim procedendo, majora a carga tributária do leite oriundo de outros Estados, assegura que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Em relação ao produto BACALHAU, aduz que é um peixe salgado, o que o retira da redução de base de cálculo prevista no Art. 87, XXXVI, do RICMS/97, transcrito pela impugnante às fls. 91 e 92.

Esclarece que o primeiro processo na elaboração do BACALHAU é a salga. Após, em outra etapa, é feita a dessalga, que já é um posterior processo industrial, e mais complexo, diga-se de passagem. Não caberia, portanto, que em um certo momento, anterior, o produto fosse tributado (salgado), e depois se tornasse sem tributação (dessalgado), o que seria uma aberração tributária. Numa etapa inicial tributada, e depois de sofrer outro processo industrial, passasse a ter 100% de

redução de base de cálculo. É uma inversão da lógica de políticas de incentivo fiscal. Quanto mais avançado em termos de etapas de industrialização, menos favorecido é aquele produto, pela lógica fiscal. Tanto que o instituto do DIFERIMENTO existe antes de o produto chegar na cadeia industrial, que é quando o Produtor Rural remete-os em estado natural para se iniciar os processos de industrialização. Neste sentido, não deve prosperar os argumentos defensivos em relação ao BACALHAU DESSALGADO.

Quanto aos percentuais das multas, salienta que estão amparadas pelo artigo 42, inciso III, e pelo inciso II, alínea “d”, do mesmo artigo, da Lei nº 7.014/96, respectivamente, não havendo previsão legal que autorize a redução ou afastamento pleiteado e falece competência aos autuantes para se pronunciarem a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do autuado.

Ao final, opina pelo julgado PROCEDENTE, com exceção dos valores já admitidos pela fiscalização como indevidos na Informação Fiscal.

Às folhas 136 a 136, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 281.181,08, correspondente a parte da infração 01 e a totalidade da infração 02.

À folha 161 o PAF foi convertido em diligência em decorrência da revisão em relação à infração 01, tendo acatado parte os argumentos da defesa, sem ter dado vista ao sujeito passivo, do novo levantamento fiscal.

Às folhas 164 e 165, o autuado recebeu cópia da informação fiscal e do novo demonstrativo, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls. 167 a 183, o autuado transcreve novamente as imputações e reitera que procedera ao pagamento parcial da autuação 01 e da totalidade da infração 02.

Frisa que ao prestar a devida informação fiscal, o autuante afastou a decadência, aplicando o art. 173 do CTN e excluiu apenas algumas mercadorias da exigência fiscal (ACTIVELE 1 0.5MG REV 28COM, ERVILHA TORTA - código 9915648, ERVA DOCE VASO – código 9903283, ERVA-CIDREIRA VASO – código 9903381, OREGANO VASO – código 9902881).

Reitera os argumentos sobre decadência para o período de janeiro a agosto de 2010 e entende que deve ser aplicada a Súmula nº 08 da Suprema Corte.

Reitera, ainda, que pescado tem isenção, ressaltando que utilizando o mesmo raciocínio, o CONSEF, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS, transcrevendo trechos o ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/14, salientando que o mesmo foi confirmado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0347-12/14.

Argumenta que diante das decisões acima pode-se pensar “o caso das decisões é de redução de base de cálculo e o presente lançamento, isenção.” Contudo, são semelhantes. Veja-se o que está descrito no art. 87, XXXVI, do RICMS/97, mencionado nas decisões:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

- a) à operação que destine o pescado à industrialização;*
- b) ao pescado enlatado ou cozido;*
- c) ao pescado seco ou salgado.”*

Aduz que se percebe, portanto, que os casos citados (redução de base de cálculo de 100% - espécie de isenção total) é semelhante ao do presente Auto de Infração (isenção), já que ambos desoneram a operação do ICMS e possuem as mesmas regras de exceção que se aplicada **apenas** ao pescado salgado e não ao dessalgado, conforme atestado pelo CONSEF.

Entende que ao tributar o bacalhau dessalgado o Fisco está dando uma interpretação além da prevista na legislação, violando, por sua vez, o art. 110 do CTN. Ao incluir o produto dessalgado no rol de produtos tributados, quando a norma assim não prevê, está o Autuante dando nova interpretação ao RICMS, sob o simples argumento de que não cabe tal isenção por se tratar de bacalhau salgado e posteriormente dessalgado (passando por processo de industrialização, mais complexo).

Assevera que esse argumento da fiscalização não procede, em respeito à literalidade da norma (art. 111, II do CTN), cuja regra prevê que “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...) outorga de isenção.”

Acrescenta que também não procede o argumento fiscal, porque o produto comercializado não foi o bacalhau salgado para ser industrializado e vendido dessalgado, mas sim o dessalgado ao ponto de preparo, ou melhor, ao ponto para o consumo e preparações de pratos com o pescado.

Dessa forma, entende que enquanto perdurar o benefício previsto nos dispositivos acima, do mesmo diploma legal, as operações internas e interestaduais com os referidos produtos não sofrerão tributação, face a isenção que acoberta tais saídas.

Em relação ao produto “**leite longa vida**”, reitera a infração impõe uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, violando a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna, argumentando que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%. Ou seja, majora-se a carga tributária do produto que vem de fora do Estado.

Ao final, reitera todos os pedidos formulados na Impugnação inicial.

Em nova informação fiscal, fls. 186 a 188, em relação ao argumento de decadência diz manter o descrito na Informação Fiscal constante das fls. 128 a 132.

Quanto ao produto LEITE LONGA VIDA, aduz que teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, que concede redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO, conforme abaixo transcrito:

"Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

*XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), **fabricado neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);" (grifos acrescidos).*

Realça que fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Relativamente a alegação da empresa que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, frisa que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Destaca que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, em seu artigo 167, inciso ‘I’ faz esta restrição, como descrito abaixo:

“RPAF:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

Assegura que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, a seguir transcrita:

"A. I. Nº - 281424.0001/13-5
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0056-05/14

...

Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação do tráfego de bens, não tem aparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal têm claramente o objetivo de estimular a produção e circulação interna desse tipo de Leite. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, sem a qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação internada de determinada mercadoria."

Aduz que a afirmação da Autuada de que o Estado da Bahia, assim procedendo, majora a carga tributária do leite oriundo de outros Estados não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Em relação ao BACALHAU, afirma que o BACALHAU DESSALGADO não há razão de não ser tributado. Como sabemos o BACALHAU é um peixe salgado, o que o retira da redução de base de cálculo prevista no Art. 87, XXXVI, do RICMS/97, transcrito pela impugnante às fls. 91 e 92.

Argumenta que o primeiro processo na elaboração do BACALHAU é a salga. Após, em outra etapa, é feita a dessalga, que já é um posterior processo industrial, e mais complexo, diga-se de passagem. Não caberia, portanto, que em um certo momento, anterior, o produto fosse tributado (salgado), e depois se tornasse sem tributação (dessalgado), o que seria uma aberração tributária. Numa etapa inicial tributada, e depois de sofrer outro processo industrial, passasse a ter 100% de redução de base de cálculo. É uma inversão da lógica de políticas de incentivo fiscal. Quanto mais avançado em termos de etapas de industrialização, menos favorecido é aquele produto, pela lógica fiscal. Tanto que o instituto do DIFERIMENTO existe antes de o produto chegar na cadeia industrial, que é quando o Produtor Rural remete-os em estado natural para se iniciar os processos de industrialização.

Frisa que se o produto em questão é DESSALGADO é porque anteriormente foi salgado, perdendo assim o direito ao benefício da isenção. A empresa alega que em nenhum momento efetuou esta etapa de industrialização (DESSALGA). Obviamente não, pois trata-se a autuada de uma empresa comercial. Mas adquiriu um produto que por essência já está fora do requisito essencial para a isenção, que é não ter sido industrializado e não ter sido salgado. Neste sentido, não deve prosperar os argumentos defensivos em relação ao BACALHAU DESSALGADO.

Ao final, opina pela procedência, com exceção dos valores já admitidos na informação fiscal anterior como indevidos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por falta de cumprimento de obrigações acessórias em decorrência de 02 (duas) infrações.

O autuado reconheceu à infração 02. Assim, entendo que a mesma restou caracterizada, pois não existe lide.

Logo, a lide persiste em relação à infração 01.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade da legislação do Estado da Bahia em relação a tributação do “*leite longa vida*” e a multa de 60%, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de janeiro a agosto de 2010, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca dos lançamentos tributários sujeitos à 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, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com a lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a

partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Por tudo acima exposto, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, o fisco teria até o dia 31/12/2015 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 24/09/2015 não se configurou a decadência.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na aplicação da alíquota no Registro 60R dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que gera o resumo mensal dos itens do ECF, em que alguns itens estão em alguns momentos com a aposição errada da alíquota, o que, consequentemente, gerou valores menores de imposto no livro Registro de Apuração mensal do ICMS.

Em sua defesa o sujeito passivo impugnou parcialmente o valor autuado, não concordando com a inclusão dos seguintes produtos: *ACTIVELE 1 0.5MG REV 28COM*; *LEITE LONGA VIDA* fabricado fora do Estado da Bahia; *ERVILHA TORTA* - código 9915648, *ERVA DOCE VASO* – código 9903283, *ERVA-CIDREIRA VASO* – código 9903381, *OREGANO VASO* – código 9902881 e *BACALHAU DESSALGADO*.

Por sua vez, na informação fiscal, o autuante acolheu parcialmente as alegações defensiva, excluindo da autuado *ACTIVELE 1 0.5MG REV 28COM*, por se tratar de medicamento humano enquadrado na Substituição Tributária, e também excluiu *ERVILHA TORTA*, *ERVA DOCE VASO*, *ERVA-CIDREIRA VASO*, *OREGANO VASO*, por serem produtos isentos.

Concordo com as referidas exclusões realizadas pelo autuante em sua informação fiscal. Bem como, entendo correto a manutenção na autuação dos *LEITE LONGA VIDA* fabricado fora do Estado da Bahia e *BACALHAU DESSALGADO*, pelas razões que passo a expor.

Em relação ao produto *LEITE LONGA VIDA* fabricado fora do Estado da Bahia, no tocante a alegação defensiva de cobrança de imposto face a aplicação de alíquotas diferenciadas em razão da origem de determinados produtos, impondo verdadeira barreira fiscal, no entendimento da defesa, providência vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88, como já destacado no início do voto, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não resta dúvida de que para haver redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia, no caso em lide, devemos observar o disposto no inciso XXXV do artigo 87 do RICMS/97, vigente a época dos fatos geradores:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Tratando-se de norma de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Portanto, em relação ao Leite Longa Vida, o benefício fiscal somente alcança o *leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado*, conforme expressamente previsto no inciso XXXV acima transcrito. Logo, foi correto o procedimento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia nas operações de saídas do leite longa vida, originado de outro Estado.

Devo ressaltar que esse tem sido o entendimento reiterado nas decisões de Segunda Instância deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0222-12/15, CJF Nº 0230-11/15 e CJF Nº 0245-11/15, conforme ementas abaixo transcritas:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0222-12/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (artigo 87, XXXV, RICMS BA). Por seu turno, massa para pastel possui tributação normal na saída, não havendo que se falar em substituição tributária. O autuante acatou os argumentos defensivos postos, excluindo diverso itens da autuação, mantendo, porém, a cobrança para "massa de pastel" e "leite longa vida", em relação aos quais o contribuinte não conseguiu elidir a acusação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-11/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA LEGALMENTE PREVISTA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS ESCRITURADAS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA ALÍQUOTA DE 7%, RESULTANDO EM DIMINUIÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que o produto em questão, "leite longa vida", não foi fabricado na Bahia. Disposição normativa acerca de exclusão de débito tributário não admite interpretação analógica ou extensiva, não sendo possível aplicar às operações com leite fabricado fora da Bahia a redução da base de cálculo prevista na redação então vigente do inciso XXXV do artigo 87 do RICMS/BA/97. Acolhidas parcialmente as arguições defensivas em sede de Primeira Instância, quanto a produtos de informática, restou reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. Não acolhido o pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas, por falta de amparo legal. Negados os pedidos para a realização de diligência e de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida (art. 87, XXXV, RICMS BA) ou leite em pó (art. 87, XXI, RICMS BA) é restrita ao produto fabricado neste Estado, não alcançando leite modificado ou compostos lácteos). Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, não pode ser alargada para alcançar outros produtos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

Assim, o produto *LEITE LONGA VIDA* fabricado fora do Estado da Bahia fica mantido.

No tocante ao produto BACALHAU DESSALGADO não resta dúvida de que mesmo é o resultado de um processo de dessalga do BACALHAU. Sendo o bacalhau, originariamente, um pescado salgado, em meu entendimento, essa característica intrínseca de natureza de sua produção não se desnatura ao ser posteriormente dessalgado e congelado.

Nesta situação, não resta dúvida de que a alínea “e”, do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12, exclui da isenção, expressamente, pescado salgado, por não se tratar de peixe *in natura*, *in verbis*:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

[...]

II - as saídas internas de:

[...]

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;”

Portanto, o produto BACALHAU DESSALGADO fica mantido na autuação.

Por tudo acima exposto, acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelos autuantes, ficando o valor da infração 01 reduzido para R\$ 162.482,42, conforme abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2010	09/02/2010	48.865,11	17	60	8.291,45
28/02/2010	09/03/2010	48.890,35	17	60	8.280,59
31/03/2010	09/04/2010	49.448,47	17	60	8.378,71
30/04/2010	09/05/2010	40.034,52	17	60	6.721,58
31/05/2010	09/06/2010	46.574,64	17	60	7.838,17
30/06/2010	09/07/2010	46.696,76	17	60	7.866,91
31/07/2010	09/08/2010	56.716,41	17	60	9.588,05
31/08/2010	09/09/2010	61.582,70	17	60	10.374,67
30/09/2010	09/10/2010	56.821,11	17	60	9.588,59
31/10/2010	09/11/2010	44.935,64	17	60	7.556,00
30/11/2010	09/12/2010	30.967,05	17	60	5.200,67
31/12/2010	09/01/2011	35.740,11	17	60	5.984,59
31/01/2011	09/02/2011	31.873,64	17	60	5.418,52
28/02/2011	09/03/2011	23.597,17	17	60	4.011,52
31/03/2011	09/04/2011	34.061,11	17	60	5.771,33
30/04/2011	09/05/2011	40.104,41	17	60	6.785,16
31/05/2011	09/06/2011	32.086,05	17	60	5.417,28
30/06/2011	09/07/2011	25.677,17	17	60	4.343,23
31/07/2011	09/08/2011	36.760,29	17	60	6.232,14
31/08/2011	09/09/2011	32.704,52	17	60	5.523,77
30/09/2011	09/10/2011	39.292,17	17	60	6.622,50
31/10/2011	09/11/2011	34.403,70	17	60	5.799,76
30/11/2011	09/12/2011	26.632,41	17	60	4.480,49
31/12/2011	09/01/2012	37.736,52	17	60	6.406,74
TOTAL					162.482,42

Logo, entendo que a infração 01 deve ser parcialmente mantida, no valor de R\$162.482,42, conforme abaixo, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou diversas aplicações de alíquotas sem observar o previsto na legislação baiana:

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO V. HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE	162.482,42
2	PROCEDENTE	239.499,80
TOTAL		401.982,22

VOTO DIVERGENTE

Primeiramente quero manifestar meu respeito ao voto do Ilustre Relator, frisando que dele divirjo apenas quanto a considerar que as alegações defensivas de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos geradores, ocorridos no período de janeiro a agosto de 2010, decorrente da Infração 1, não pode ser acolhida.

A Infração 1 (03.02.02) diz respeito a recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota aplicável nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Como tal, porquanto à oposição, no Registro 60R dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, de alíquotas erradas, vê-se a acusação de recolhimento a menor do imposto devido nas operações de saídas de mercadorias no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, com lançamento no valor de R\$163.574,37.

Tal oposição de alíquotas erradas, no Registro 60R do arquivo SINTEGRA, diz respeito ao entendimento do autuante, diferentemente do autuado, em relação a algumas operações registradas como acobertadas pelo regime da substituição, considerada, pelo autuante, com tributação normal; operações apontadas pela fiscalização com base na alíquota de 17%, relativo a produtos tratados pelo deficiente com alíquota 0% (zero) por entender que estavam acobertadas pelo benefício da isenção; operações consideradas pela impugnante com carga tributária de 7%, quando deveria, à luz do entendimento da fiscalização, de 17%; e mercadorias tratadas com redução de 100% da base de cálculo, tratadas pela fiscalização com base de cálculo normal.

Como bem destaca o Ilustre Relator em seu voto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca dos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, como é o caso do ICMS, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa (art.150 do CTN).

Na forma do § 4º do art. 150 do CTN, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Aduz o Ilustre Relator, que, para aplicação da referida norma legal (§ 4º) é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com a lei, ou seja, o pagamento integralmente no valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos estes, à luz do seu entendimento, não existentes na lide em questão.

Em relação ao tributo ter sido apurado e recolhido de acordo com a lei, diz o Ilustre Relator, que o deficiente omitiu informações ao fisco (art. 149 do CTN), sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do presente Auto de Infração, o que divirjo de tal entendimento.

O que se vê, da análise das peças que compõe o presente processo, são controvérsias, entre as partes, na interpretação das normas cabíveis, que regulamentavam as operações de circulação de mercadorias, objeto do demonstrativo que deram causa a Infração 1, intrínseco do processo

administrativo fiscal, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV).

Tanto é verdade que, em sede de informação fiscal, o d. Fiscal Autuante, concordou com a impugnante, reconhecendo procedência em algumas das suas considerações de defesa. O fato do fisco não concordar com demais argumentos de defesa, e a primeira instância de julgamento acompanhar o entendimento da fiscalização, não credita a interpretação do I. Relator de que o defendente omitiu informações ao fisco, e que por isso não tenha apurado e recolhido o imposto de acordo com a legislação; aliás, foi do lançamento das operações no Registro 60R do arquivo SINTEGRA, pelo defendente, que permitiu a fiscalização, através do roteiro de auditora por meio da ECF, desenvolver a presente autuação.

Também, não observo nos autos, qualquer situação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação na constituição de fatos que pudessem vim a dá sustentação de que tal recolhimento a menor do ICMS, na forma da acusação, não tenha sido por erro na interpretação da legislação em relação à aplicação da alíquota correta nas operações objeto da autuação.

Mesmo porque, o I. Relator, ao destacar que, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, o prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário é dado da data da ocorrência do fato gerador; não indica, no seu voto, o ato que caracteriza que o defendente cometera dolo, fraude ou simulação na situação posta na autuação, e que por isso, no caso em análise, expressa que o prazo para a contagem da decadência deve ser observado o previsto no inciso I, do art. 173, do CTN, combinado com § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

E nesse contexto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, é seu entendimento de que o fisco teria até o dia 31/12/2015 para constituir o lançamento tributário; e como o Auto de Infração foi lavrado em 24/09/2015, é seu entendimento de que não se configurou a decadência, o que divirjo.

Pois, do tanto quanto aqui discorrido, onde não observo qualquer situação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação na constituição dos fatos que deram causa a infração 1 em análise, mas apenas a apuração do imposto devido pelo defendente, à época dos fatos geradores, em valores menores que a apuração do imposto devido pela fiscalização, por discordância na interpretação da norma; entendo que, para tais ocorrências de fatos geradores, conta-se o prazo decadencial, com enquadramento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, conforme a seguir descrito:

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.(Grifo acrescido)

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

Desta forma, resta razão a arguição do defendente, em relação aos fatos geradores, relativo ao período de janeiro a agosto de 2010, de que tenha imperado a decadência, dado a ciência do Auto de Infração em 28/09/2015. Aliás, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas a cerca de alguns temas relacionados ao ICMS. Dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0046/15-**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$401.982,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$162.482,42 e de 100% sobre R\$239.499,80, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE