

PROCESSO - A. I. Nº 087016.0005/19-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARBALLO FARO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0074-03/20
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0376-11/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Os cálculos foram refeitos para excluir os valores referentes a mercadorias não enquadradas na substituição tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão de piso (ACÓRDÃO 3ª JJF Nº0074-03/20), que julgou o Auto de Infração, pela Procedência em Parte, lavrado em 28/06/2019, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$238.635,39, referentes aos anos de 2014 A 2105, tendo em vista a seguinte infração abaixo descrita:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.06: “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, junho e novembro de 2014; março a maio, agosto a dezembro de 2015.”

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 13/05/2020 (Fls. 61 a 65), e, decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

[...]

O defendente alegou que as exigências fiscais referentes ao período de 01/01/2014 a 30/06/2014, não poderiam mais ser cobradas por conta da decadência, explicita no Artigo 156, V do Código Tributário Nacional, visto a ciência ter ocorrido no dia 05/07/2019.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “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”.

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

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

O entendimento que vem prevalecendo, é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago, e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. *Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150 do CTN.*
2. *Débito declarado com efetivação do pagamento, porém, com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.*
3. *Débito declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150 do CTN.*
4. *Débito não pago: Neste caso deve ser aplicada a previsão do art. 173, I do CTN, considerando a interpretação de que, a Administração Tributária homologa o pagamento, e não o lançamento expedido pelo particular. Se não há pagamento, não há o que ser homologado.*
5. *Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.*

Como se trata de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento a menos, neste caso, houve débito declarado com efetivação de pagamento parcial, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.

No presente processo constam os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2014, e o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2019, tendo como data de ciência 05/07/2019. Neste caso, os fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2014 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários lançados nestes meses ficam extintos, consoante a regra do art. 156, inciso V do CTN.

Quanto ao mérito, o autuante acatou a alegação defensiva de que em relação ao café. Foi cobrado crédito indevido nos meses de novembro e dezembro de 2015, quando já havia o produto sido excluído do regime de substituição tributária desde 01/01/2015.

Sobre os produtos PÃO TINGO FOFINHO QUEIJO PCTE. 1.5 Kg.; MACARRÃO SCOTTI; BISCOITO SCOTTI; BISCOITO GULLON, o defendente alegou que não são de produtos derivados de farinha de trigo, por isso, não enquadrados no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

O autuante apresentou o entendimento de que, tomando por base o código de NCM, tais mercadorias estariam incluídas no ANEXO 1 do RICMS/12.

Observe que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. A descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação, correlacionando com a tabela referente aos códigos de NCM, para comprovar se determinado produto encontra-se ou não enquadrado naquele item da referida tabela, e se for o caso, no regime de substituição tributária. Dessa forma, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação.

Neste caso, embora as mercadorias questionadas pelo autuado possam estar classificadas na posição de NCM, se a descrição ou composição do produto não corresponde àquela contida na norma específica, fica afastada sua aplicabilidade à substituição tributária. Portanto, se a legislação estabelece o enquadramento para produtos derivados de farinha de trigo, mesmo estando classificados na mesma posição de NCM, se aquele produto é derivado de outro insumo, entende-se que não está enquadrado no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, assistindo razão ao defendente, e as mercadorias questionadas devem ser excluídas do levantamento fiscal relativo ao crédito indevido.

Assim, considerando as exclusões dos produtos não derivados de farinha de trigo e do café, acatadas pelo autuante, o débito originalmente apurado fica reduzido para o valor reconhecido pelo autuado, conforme planilha à fl. 24.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos. “

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão Nº 0074-03/20), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário de R\$217.244,68, valor atualizado à data do julgamento (folha 67), fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta da autuada será delimitada na infração 1, sendo assim descrita – *“utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, junho e novembro de 2014; março a maio, agosto a dezembro de 2015.”*

Em análise proferida pela 4ª JJF, e examinando os argumentos e informações do autuante, no que tange a infração 01, bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, em conformidade contida nos documentos, notas fiscais e demonstrativos fiscais (folhas 01 a 02, 04, 16 a 17, 22 a 25, 38, 41 a 42, 48 a 49, 53, 57 a 63, 72 a 79, 83 a 85), acostados ao PAF, aqui específico da seguinte forma:

- I) Analisando a infração 01, tendo o contribuinte autuado lançado nos livros fiscais (entrada e apuração de ICMS), informações fiscais advindas das análises por parte do agente autuante, quanto ao período de decadência abrangido pela lide, observamos que a notificação fiscal ocorreu em 05/07/2019, (folha 01), para cobrança de infração compreendida das competências 02/2014 a 12/2015, assim, de acordo com a Sumula CONSEF nº 12, abaixo descrita, a contagem para o prazo decadencial, inicia a partir da ciência do contribuinte, e concomitantemente contido no CTN art. 156, inciso V, tendo nos meses de fevereiro e junho de 2014, abrangidos pela decadência, logo, a perda do direito potestativo.

“SÚMULA DO CONSEF Nº 12

Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.

Data de Aprovação:

Sessão de Julgamento da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual de 26/09/2019.”

- II) Sobre o produto MACARRÃO SCOTTI, conforme pesquisas sobre a composição dos produtos, abstraídas no site <https://www.santaluzia.com.br/macarrao-spaghetti-de-arroz-scotti-200g--723088/p>, a fábrica produz alimentos tendo como matéria prima principal: arroz moído (97%), quinoa (2%), amaranto (1%), emulsificante: mono- e diglicerídeos de ácidos graxos, logo, não constando em sua composição farinha de trigo, afastando a possibilidade de pertencer ao contido no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, assistindo razão ao contribuinte autuado.
- III) Sobre o produto BISCOITO SCOTTI, conforme pesquisas sobre a composição dos produtos, no site <https://www.santaluzia.com.br/biscoito-de-arroz-com-milho-scotti-150g--842290/p>, a fábrica produz alimentos tendo como matéria prima principal: milho (79,2%), arroz (20%), sal, logo não constando em sua composição farinha de trigo, afastando a possibilidade de pertencer ao contido no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, assistindo razão ao contribuinte autuado.
- IV) Sobre o produto BISCOITO GULLON, conforme pesquisas sobre a composição dos produtos, abstraídas no site <https://www.santaluzia.com.br/biscoito-maria-sem-gluten-gullon-400g---1140086/p>, a fábrica produz alimentos tendo como matéria prima principal: Farinha de milho, óleo vegetal (girassol alto oleico), açúcar, amido de milho, farinha de arroz, xarope de glicose e frutose de milho, fibra de milho, fibra de ervilha, sal, gaseificantes (carbonato ácido de sódio, carbonato ácido de amônio), emulgente (lecitina de soja), logo, por não ter em sua composição farinha de trigo, afasta a possibilidade de pertencer ao contido no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, assistindo razão ao contribuinte autuado. E,
- V) Sobre o produto PÃO TINGO FOFINHO QUEIJO PCTE. 1.5 Kg, conforme pesquisas sobre a

composição dos produtos, no site <https://gosteinews.com/pao-de-queijo-fofinho/>, o produto tem em sua composição ingredientes tais como: farinha de tapioca, leite, óleo, queijo parmesão ralado, queijo mussarela ralado, ovos de galinha, e sal, logo, por não ter em sua composição farinha de trigo, afasta a possibilidade de pertencer ao contido no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, assistindo razão ao contribuinte autuado.

Os elementos acostados a lide, nos períodos compreendido pela decadência dos meses de fevereiro e junho de 2014, nos produtos: PÃO TINGO FOFINHO QUEIJO PCTE. 1.5 Kg.; MACARRÃO SCOTTI; BISCOITO SCOTTI; BISCOITO GULLON, não contendo em sua composição a farinha de trigo, afastando da abrangência contida pelo regime de tributação da substituição tributária previsto no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, perfaz razão aos argumentos de defesa, justificando com segurança a parcialidade do Auto de Infração.

Quanto a infração 01, mantenho a parcialidade não merecendo reparo a Decisão recorrida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087016.0005/19-3**, lavrado contra **CARBALLO FARO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.175,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLÁUDIO JOSÉ SILVEIRA PINTO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BHIA – REPR. DA PGE /PROFIS