

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 CJF 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 PROVÍDO. 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 defensor 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 decadencial, 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.

Observo 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 3^a 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 4^a 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 erva-mate, 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://gosteineews.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, mantengo a parcialidade não merecendo reparo a Decisão recorrida.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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