

A. I. Nº - 298951.0004/21-0
AUTUADO - EDNALDO T. MOURA JÚNIOR EIRELI
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - DAT SUL/INFAZ CENTRO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/06/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Alegação defensiva de ocorrência da decadência no período 31/01/2016 a 31/08/2016 procede. Excluídos os valores exigidos na autuação alcançados pela decadência. Não assiste razão ao autuado no tocante à alegação de que por não saber a origem do fabricante da mercadoria, utilizou a alíquota reduzida por ser mais benéfica à população. Na realidade, contrariamente ao alegado pelo autuado, é possível sim identificar a origem das mercadorias verificando o rótulo, haja vista que obrigatoriamente o rótulo deve identificar o Estado de origem do produto, conforme regramento estabelecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) - órgão que estabelece quais informações devem constar nos rótulos dos produtos. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações 03 e 04 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 221.570,33, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho e setembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 25,89, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 003.002.002 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 221.385,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – 007.001.001 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de abril, maio, julho, agosto e dezembro de 2016, fevereiro, maio, agosto e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 142,94, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – 007.001.002 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade

de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, no mês de setembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15,85, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 35 a 43 – frente e verso). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Pede revisão fiscal do levantamento.

No tocante a infração 01, consigna que concorda com os valores exigidos e que realizou o parcelamento do débito apurado, conforme comprovam os documentos acostados à peça defensiva.

Quanto à infração 02, argui a decadência do crédito tributário referente aos meses de janeiro a agosto de 2016, no valor histórico total de R\$ 59.242,46, em face de ter decorrido mais de 05 (cinco) anos do momento de ocorrência dos fatos geradores tomando como marco o dia 09/09/2021, data de ciência do Auto de Infração. Acrescenta que o Código Tributário, no seu art. 150, § 4º, é claro quanto a isso, nos casos em que foi realizado o pagamento antecipado. Reproduz o referido dispositivo legal. Assinala, ainda, que já existe jurisprudência firmada, conforme ementa que reproduz. Observa que também o CONSEF já firmou jurisprudência nesse mesmo sentido. Destaca que esse entendimento já encontra pacificado e sumulado no CONSEF, conforme a Súmula n. 12.

Solicita, ainda, que seja realizada revisão fiscal por erro na apuração do valor do ICMS exigido, no caso: a) cobrar ICMS de mercadorias isentas; b) cobrar ICMS relativo a mercadorias cujo ICMS há havia sido pago por antecipação tributária; c) cobrar ICMS de leite, leite em pó, produtos lácteos e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), sem atentar para as hipóteses de isenção e de redução da base de cálculo, conforme apresenta a título exemplificativo, nas mercadorias que indica.

Relativamente à cobrança de ICMS sobre mercadorias isentas, invoca e reproduz o art. 264, II, “e”, do RICMS/BA/12, que trata da isenção de pescado, cujos efeitos se deram até 31/05/2016.

No respeitante à cobrança de ICMS relativo a mercadorias cujo imposto já houvera sido pago por antecipação tributária, invoca e reproduz os artigos 289 e 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, e diz que desse modo, realizado o pagamento do ICMS por antecipação tributária, não poderá mais ser exigido o imposto nas operações de saídas subsequentes.

Quanto à cobrança de ICMS sobre leite, leite em pó, produtos lácteos e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), invoca e reproduz os artigos 265, II, “a” e 268, XXV, XXIX, do RICMS/BA/12.

Alega que nas notas fiscais de aquisição não constam a origem dos produtos adquiridos nem o local onde ocorreram as diversas fases do processo de fabricação ou industrialização, situação esta que provoca uma série de embaraços devido à falta de elementos para segregar tais mercadorias. Diz que deve ser considerado que os termos industrialização e fabricação são sinônimos, conforme Parecer Normativo n. 5/2018, tópico 33, da Receita Federal do Brasil. No mesmo sentido, invoca e reproduz a legislação do IPI, no caso o RIPI, Decreto n. 7.212/80.

Alega que outro fator que gera confusão é o fato de um mesmo produto ser totalmente industrializado ou fabricado em estabelecimentos industriais situados em Estados distintos, adotando por determinação legal o mesmo código de barras (EAN ou GTIN).

Aduz que diante de tais situações não teve como segregar referidos produtos, optando por aplicar a menor tributação, ou seja, em aplicar a alíquota de 7% para os produtos leite em pó, composto lácteo em pó e o leite de gado tipo longa vida, por ser mais benéfica à população.

Alega que não obteve qualquer vantagem pela aplicação da carga tributária de 7%, pois repassou para os seus clientes sob a forma de redução do preço dessas mercadorias.

Invoca os diversos princípios que regem o ato administrativo, bem como o princípio da equidade para solicitar exclusão dos valores cobrados a mais no levantamento fiscal atinentes a essas mercadorias.

Alega, ainda, que deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reu*, em todos os casos referidos, consoante o art. 112 do CTN, cujo teor reproduz.

Conclusivamente, diz que resta evidente a necessidade de revisão fiscal do levantamento por Auditor Fiscal estranho ao feito, no intuito de corrigir essas e outras prováveis incorreções.

No que tange à infração 03, consigna que reconhece os valores exigidos e que realizou o parcelamento do débito apurado, conforme comprovantes acostados a peça defensiva.

Relativamente à infração 04, consigna que reconhece os valores exigidos e que realizou o parcelamento do débito apurado, conforme comprovantes acostados a peça defensiva.

Finaliza a peça defensiva requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 46 a 52). Consigna que o autuado reconheceu as infrações 01, 03 e 04, inclusive que realizou o parcelamento do débito apurado, conforme comprovantes anexados à peça impugnatória.

No que tange à infração 02, observa que o impugnante conduz os seus argumentos em dois tópicos, ou seja: (i) argui a decadência; (ii) solicita revisão fiscal por erro na apuração do valor do ICMS.

No tocante à primeira argumentação, diz que, efetivamente, não se nega que a questão da decadência já está bastante pacificada, contudo, não poderia se furtar a executar a Ordem de Serviço, nos moldes solicitados pela Administração Tributária, ou seja, analisar a regularidade das operações do contribuinte, relativas ao período de 01/01/2016 a 31/12/2017, de modo que deixa de tecer maiores comentários por entender que essa questão será melhor resolvida a partir do entendimento cristalizado no âmbito do CONSEF.

Quanto à segunda argumentação, salienta que o impugnante aponta equívocos cometidos no levantamento fiscal que culminaram com lançamento a mais do ICMS devido, listando em tópicos, os itens de mercadorias envolvidos, no caso:

- 1) cobrar ICMS de mercadorias isentas;
- 2) cobrar ICMS relativo a mercadorias cujo ICMS já havia sido pago por antecipação tributária;
- 3) cobrar ICMS de leite, leite em pó, produtos lácteos e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), sem atentar para as hipóteses de isenção e de redução de base de cálculo;

O autuante consignou, literalmente, o seguinte sobre essas argumentações defensivas:

—**Sobre o item 1: “cobrar ICMS de mercadorias isentas”**: Realizada a devida análise dos fatos, entendo que razão assiste ao autuado. Diante disso, elaborei novos demonstrativos, apensados a esta Informação Fiscal, expurgando os valores indevidos.

—**Sobre o item 2: “cobrar ICMS relativo a mercadorias cujo ICMS já havia sido pago por antecipação tributária”**: Realizada a devida análise dos fatos, entendo que razão assiste ao autuado. Diante disso, elaborei novos demonstrativos, apensados a esta Informação Fiscal, expurgando os valores indevidos.

—**Sobre o item 3: “cobrar icms de leite, leite em pó, produtos lácteos e leite de gado tipo longa vida (esterilizado), sem atentar para as hipóteses de isenção e de redução de base de cálculo”**:

Em relação às mercadorias leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado tipo longa vida, em que pese a extensa e bem fundamentada tese da defesa, limitei-me a corrigir os levantamentos para abater, proporcionalmente, as aquisições realizadas no Estado da Bahia adquiridas com redução da base de cálculo. Ou seja, do valor original do débito, reduzimos o montante de ICMS apurado proporcionalmente. Para isso, aplicamos no ANTECEDENTE da razão o valor das aquisições realizadas no Estado da Bahia com redução da base de cálculo e, no CONSEQUENTE da razão, o valor total adquirido dessas mesmas mercadorias.

Conclusivamente, o autuante esclarece que após o expurgo e correção dos valores apurados, remanesceu o valor devido de R\$ 219.054,38, neste item da autuação.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência do ICMS, decorrente de quatro infrações imputadas ao autuado.

No tocante às infrações 01, 03 e 04, o autuado reconheceu a procedência da autuação, tendo inclusive efetuado o parcelamento do valor do débito reconhecido.

Diante disso, resta comprovado o acerto da autuação, sendo, desse modo, procedentes as infrações 01, 03 e 04.

Quanto à infração 02, o impugnante argui como prejudicial de mérito a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário no período de janeiro a agosto de 2016, invocando, neste sentido, o artigo 150, § 4º do CTN, alegando que foi cientificado da autuação em 17/09/2021, sendo que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/06/2021, portanto, após o prazo de 05 anos, contado a partir da ocorrência do fato gerador, conforme previsto na referida norma.

No que tange à essa alegação, assiste razão ao impugnante, haja vista que efetivamente ocorreu a decadência no período de janeiro a agosto de 2016.

Isso porque, conforme a jurisprudência predominante deste CONSEF, fundamentada em orientação jurídica emanada da Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), por meio do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o entendimento é de que a contagem do prazo decadencial se dá 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 e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

A infração 02, trata de recolhimento a menos do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, portanto, sendo indubitoso que a conduta infracional imputada ao autuado se amolda perfeitamente às disposições contidas no § 4º do art. 150 do CTN.

No presente caso, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2021, contudo, a ciência do autuado somente se deu em 17/09/2021, efetivamente ocorreu a decadência referente ao período de janeiro a agosto de 2016, cabendo, desse modo, a exclusão dos valores exigidos neste período no total de R\$ 59.242,46.

No que concerne à segunda argumentação defensiva, de início, cabe consignar que o pedido de revisão fiscal formulado pelo autuado resta indeferido, haja vista que na Informação Fiscal o próprio autuante, em face às alegações defensivas, revisou o levantamento fiscal, o que resultou inclusive na redução do valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração.

Na referida Informação Fiscal, o autuante acatou a alegação defensiva atinente à exigência de ICMS sobre mercadorias cujas saídas estão amparadas por isenção, bem como sobre mercadorias cujo ICMS já havia sido pago por antecipação tributária, excluindo os valores indevidamente exigidos.

Quanto à alegação defensiva atinente ao leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado tipo longa vida, o autuante efetuou os ajustes e correções no levantamento fiscal, excluindo os valores referentes às aquisições realizadas no Estado da Bahia, com redução da base de cálculo.

No respeitante à alegação do autuado de que nas notas fiscais de aquisição não consta a origem dos produtos adquiridos nem o local onde ocorreram as diversas fases do processo de fabricação ou industrialização, razão pela qual não teve como segregar os referidos produtos, optando por aplicar a menor tributação, ou seja, aplicar a alíquota de 7% para os produtos leite em pó,

composto lácteo em pó e o leite de gado tipo longa vida, por ser mais benéfica à população, por certo que não pode prosperar.

Isso porque, contrariamente ao alegado pelo autuado, é possível sim identificar a origem dos produtos, haja vista que obrigatoriamente o rótulo deve identificar o Estado de origem da mercadoria, conforme regramento estabelecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão competente para estabelecer quais informações devem constar nos rótulos dos produtos, entre tais informações, o Estado de localização do fabricante.

Diante do exposto, com a exclusão dos valores exigidos na autuação referentes ao período de janeiro a agosto de 2016, no total de R\$ 59.242,46, em face à ocorrência da decadência, e considerando as correções efetuadas pelo próprio autuante na Informação Fiscal, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 162.456,61, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, acostado à fl. 52 e constante do CD à fl. 53 dos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298951.0004/21-0**, lavrado contra **EDNALDO T. MOURA JÚNIOR EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 162.641,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR