

A.I. Nº - 298965.0008/22-7
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
AUTUANTE - JOÃO DA SILVA BORGES
ORIGEM - DAT NORTE/IFEP NORTE

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0069-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Alegações defensivas acolhidas corretamente pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que prestou a Informação Fiscal resultou na redução do valor exigido. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 1.128.586,28, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 003.002.005 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

Consta adicionalmente no campo da descrição da infração que o contribuinte se debitou a menor do ICMS devido, ao errar na determinação da base de cálculo e alíquota corretas, conforme demonstrativo com detalhamento nos anexos emitidos em pdf e csv (excel).

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Impugnação (fls. 12 a 25). Reporta-se sobre a tempestividade da peça impugnatória. Discorre sobre a autuação. Sustenta a improcedência do Auto de Infração.

Argui a ocorrência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário no período de janeiro a dezembro de 2017, invocando e reproduzindo, neste sentido, as regras do artigo 150, §§ 1º e 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Alega que se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, deve ser aplicada a regra para contagem do prazo decadencial contida no art. 150, § 4º, do CTN, no caso 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, por esta razão deve ser reconhecida o impedimento para constituição de crédito tributário das ocorrências de 01/01 a 21/09/2017.

Argui a nulidade do Auto de Infração.

Alega que em face à manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória, o Auto de Infração é nulo.

Alega, ainda, que a acusação é genérica e ausência de motivação, cerceando o direito de defesa e ofensa ao contraditório.

Explica que o autuante lavrou 4 Autos de Infração e 2 Notificações Fiscais de lançamentos diferentes para o mesmo período fiscalizado, no caso 2017 a 2019, com infrações que se repetem, demonstrativos confusos com nomenclatura diversa da capitulação legal da infração e indicação de documentos que não correspondem a infração capitulada, ocasionando, dessa forma, dificuldade na apresentação da defesa. Invoca e reproduz lição de Hely Lopes Meirelles.

Conclusivamente, sustenta que em nenhum momento o Auto de Infração descreveu, adequadamente, os fatos supostamente ilícitos que lhe são imputados, a fim de possibilitar sua ampla defesa, razão pela qual referida defesa restou cerceada.

No mérito, assevera que não houve aplicação de base de cálculo ou alíquota errada.

Consigna que com base no demonstrativo apresentado pelo autuante verifica-se que foi identificada aplicação da alíquota a menor, no caso 18%, para os produtos “Shampoo”, “Condicionador”, “Protetor Solar”, “Creme de Assadura”, “Talco”, “Lenços de Papel”, “Papel Toalha”, por ter considerado como cosméticos, sendo que segundo o entendimento do autuante deve ser aplicada alíquota de 20%, haja vista a incidência de 2% do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Invoca e reproduz o art. 16-A, parágrafo único, da Lei n. 7.014/96.

Pontua que conforme a Instrução Normativa n. 05/2016, com sua relação taxativa, os produtos “Shampoo”, “Condicionador”, “Protetor Solar”, “Creme de Assadura”, “Talco”, “Lenços de Papel”, “Papel Toalha”, não são considerados cosméticos.

Diz que dessa forma, as mercadorias acima mencionadas não foram elencadas no rol de cosméticos, que resultaria na incidência do adicional do FCP, portanto, a carga tributária para elas é de 18% e não de 20% conforme utilizado pelo autuante.

Destaca que no tocante a outras mercadorias devidamente consideradas como cosmético, no demonstrativo do Auto de Infração, foram regularmente tributadas pela empresa à alíquota de 18% com o acréscimo de 2% do FCP.

Salienta que a mesma situação ocorreu com as mercadorias “Bebidas”, por entender o autuante que a empresa apenas aplicou a alíquota de 25% sem atentar para o acréscimo de 2%.

Assinala que a título de amostragem apresenta tabela com a indicação de algumas mercadorias tributadas com a alíquota em duplicidade, incluídas no levantamento do autuante, sendo que a relação completa está na planilha “Infração 01 Defesa”, que anexa (Doc. 3).

Finaliza a peça impugnatória requerendo:

- a) a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências do período 01/01 a 21/09/2017;
- b) a nulidade do processo por cerceamento de defesa;
- c) seja parcialmente anulada a infração, na medida em que a empresa pagou corretamente ICMS de alguns produtos, reconhecendo o valor pago parcial da infração conforme comprovante de pagamento (DAE) anexado;
- d) Que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Bruno Robério Garcia Melo Lopes de Araújo, OAB/BA n. 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44. 075-085 – Feira de Santana (BA), sob pena de nulidade processual.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidas, ainda que necessária a conversão do feito em diligências, sobretudo para juntada de documentos em poder de terceiros, perícias, etc.

A Informação Fiscal foi prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito em face à aposentadoria do autuante (fls. 43 a 46). No tocante à arguição do impugnante atinente à ocorrência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário no período de 01/01/2017 a 30/09/2017 por ter sido intimado pessoalmente em 21/09/2017, diz que este tema já está pacificado neste CONSEF, razão pela qual deixa de opinar quanto a isto.

Quanto à nulidade arguida pelo impugnante, por suposta impropriedade, inexistência de justa causa para a lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, cerceamento de defesa, ofensa ao contraditório, afirma que não há qualquer elemento que possa justificar tal pretensão. Diz que prova disto é que o impugnante, na sequência, foi capaz de apresentar suas razões defensivas sem qualquer embaraço.

No que tange ao mérito, afirma que os argumentos defensivos procedem e devem ser acatados. Esclarece que refez as planilhas com a correção devida, sendo que o resultado se encontra nos

arquivos denominados “**Inf. 01 Revisada_201...**”, em CD que anexa, e com Resumo apensado ao texto da Informação Fiscal.

Finaliza opinando pela procedência em parte do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls. 52 a 58). Consigna que o Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal entendeu que assiste razão ao impugnante, afastando a exigibilidade do crédito tributário impugnado, retificando a infração para o valor de R\$ 9.044,21, conforme planilha revisada.

Alega, no entanto, que em atenção a planilha revisada, não é devido o ICMS em relação aos produtos listados no *print* que apresenta por ter ocorrido devolução do fornecedor conforme nota de origem informada na observação.

Conclusivamente, diz que resta evidenciado que deve ser julgado procedente em parte a infração, no valor de R\$ 543,73, valor este reconhecido e pago, conforme comprovante que anexa.

Finaliza a Manifestação requerendo:

- a) Seja reconhecida parcialmente a infração, nos termos da Impugnação e da Informação Fiscal, e declarada a extinção do crédito tributário pelo pagamento;
- b) Que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Bruno Roberio Garcia Melo Lopes de Araujo, OAB/BA n. 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44. 075-085 – Feira de Santana (BA), sob pena de nulidade processual.

O Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fl. 93), pedindo que o PAF fosse enviado para julgamento.

Presente na sessão de julgamento a ilustre patrona do autuado, advogada Dr^a Julianna de Albuquerque Sobral OAB/BA 20.599.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme registro adicional feito no campo de descrição da infração, o Contribuinte debitou a menos o ICMS devido, em decorrência de ter errado na determinação da base de cálculo e alíquota.

Inicialmente, cabe consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame, qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade.

Na realidade, constato que o lançamento de ofício em questão foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, especialmente, no tocante ao aspecto formal, foram observadas as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº.7.629/99, notadamente o seu artigo 39.

Verifica-se, claramente, em que consiste a infração, sendo possível identificar-se o fato gerador, o período de ocorrência, o sujeito passivo, a base de cálculo, o montante do débito e a multa imposta.

Os elementos elaborados pelo autuante – planilhas/demonstrativos, peça acusatória inicial -, foram fornecidos ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos, sendo que, em face à impossibilidade técnica de envio dos demonstrativos pelo sistema eletrônico, DT-e, haja vista que ultrapassaram a capacidade de envio do aplicativo, acertadamente, foi realizada a entrega presencial ao autuado em 21/09/2022, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, conforme documentos acostados às fls. 09/10.

Portanto, no presente caso, descabe falar-se em inexistência de justa causa para a lavratura do Auto de Infração, cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão.

O impugnante argui, ainda, a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário no período de 01/01/2017 a 21/09/2017, invocando, neste sentido, o artigo 150, §§ 1º e 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Alega que se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, deve ser aplicada a regra para contagem do prazo decadencial contida no art. 150, § 4º, do CTN, no caso 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Efetivamente, ocorreu a decadência no período de janeiro a agosto de 2017, haja vista que, no presente caso, o autuado declarou e recolheu a menos o imposto devido, portanto, sendo aplicáveis as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, conforme arguido pelo impugnante, haja vista que transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador. Neste sentido, tem apontado a jurisprudência deste CONSEF, com fundamento em orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE/PROFIS).

Assim sendo, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2022, contudo apenas em 21/09/2022 o autuado tomou ciência da autuação, cabe a exclusão dos valores constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante referentes aos meses de janeiro a agosto de 2017.

Vale consignar que considerando que a apuração do imposto é mensal, não ocorreu a decadência referente ao mês de setembro de 2017, conforme pretendido pelo impugnante, haja vista que a ciência da autuação se deu antes do final do mês de setembro, precisamente em 21/09/2022.

Considero desnecessária a realização de diligência/perícia, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para deslinde da questão.

No mérito, observo que o autuado alega que no demonstrativo apresentado pelo autuante verifica-se que foi identificada aplicação da alíquota a menor, no caso 18%, para os produtos Shampoo, Condicionador, Protetor Solar, Creme de Assadura, Talco, Lenços de Papel, Papel Toalha, por ter considerado como cosméticos, sendo que, segundo o entendimento do autuante, deve ser aplicada alíquota de 20%, haja vista a incidência de 2% do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Sustenta o impugnante que conforme a Instrução Normativa n. 05/2016, os produtos acima referidos não são considerados cosméticos, desse modo, a alíquota para elas é de 18% e não de 20% conforme utilizado pelo autuante. Registra que no tocante a outras mercadorias devidamente consideradas como cosmético, no demonstrativo do Auto de Infração, foram regularmente tributadas pela empresa à alíquota de 18% com o acréscimo de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Alega que a mesma situação ocorreu com as mercadorias “Bebidas”, por entender o autuante que a empresa apenas aplicou a alíquota de 25% sem atentar para o acréscimo de 2%.

Verifico, também, que na Informação Fiscal prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, em face à aposentadoria do autuante, o informante afirma que os argumentos defensivos procedem e devem ser acatados, razão pela qual realizou revisão refazendo as planilhas elaboradas pelo autuante com a correção devida, sendo que o resultado se encontra nos arquivos denominados “Inf. 01_Revisada_201...”, em CD que anexa, e com Resumo apensado ao texto da Informação Fiscal.

Constato que o resultado do trabalho revisional realizado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito reduziu o valor originalmente exigido de R\$ 1.128.586,28 para R\$ 10.979,22, revisão fiscal esta que acato.

O autuado ao ser cientificado da Informação Fiscal se manifestou alegando que na planilha revisada ainda existem produtos que devem ser excluídos por ter ocorrido “devolução do fornecedor”, conforme nota de origem informada no campo observação, sendo o valor devido R\$ 543,73, valor este que inclusive já recolheu.

O exame das alegações defensivas permite constatar que, de fato, cabe a exclusão dos valores referentes às Notas Fiscais emitidas sob o CFOP 6202, haja vista que se trata de devolução de compra feita pelo autuado junto ao seu fornecedor.

O artigo 451 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, dispõe:

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Assim sendo, no exercício de 2017 - que com a exclusão dos valores alcançados pela decadência, no período de janeiro a agosto de 2017, no valor original total de R\$ 43.823,81, bem como dos valores excluídos no trabalho revisional realizado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito quando da Informação Fiscal, que resultou no valor exigido nos meses não alcançados pela decadência, no caso setembro, outubro, novembro e dezembro de 2017, no total de R\$ 1.259,71 -, ainda cabe a exclusão do valor de R\$ 705,77 referente à Nota Fiscal nº. 001786212, emitida em 08/12/2017, passando o valor devido em 31/12/2017 para R\$ 553,94.

Diante disso, a exigência fiscal referente ao exercício de 2017 remanesce, exclusivamente, nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro, no valor total de R\$ 615,49, conforme demonstrativo abaixo:

2017

Data de Ocorrência	Valor de ICMS devido (R\$)
30/09/2017	11,56
31/10/2017	18,70
30/11/2017	31,29
31/12/2017	553,94
TOTAL	615,49

Quanto ao exercício de 2018, o valor revisado na Informação Fiscal ficou em R\$ 2.058,31, conforme demonstrativo elaborado pelo preposto fiscal de fl. 45 dos autos.

A alegação defensiva referente à Nota Fiscal nº. 1814684, emitida em 22/01/2018, com base de cálculo de R\$ 534,11 e ICMS no valor de R\$ 37,39, há que ser considerada, haja vista que emitida sob o CFOP 6202 – Devolução de compra para comercialização – sendo que, verifica-se no campo próprio do referido documento fiscal que houve o destaque do imposto, consoante estabelecido no art. 451 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, acima referido.

Assim sendo, cabe a exclusão do valor de R\$ 58,75 da diferença de R\$ 62,20 apurada no mês de janeiro de 2018 no trabalho revisional realizado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, passando a exigência no referido mês de janeiro de 2018 para R\$ 3,45.

Do mesmo modo, no que tange à Nota Fiscal n. 1913660, emitida em 21/06/2018, há que ser considerada, haja vista que emitida sob o CFOP 6202 – Devolução de compra para comercialização – sendo que, verifica-se no campo próprio do referido documento fiscal que houve o destaque do imposto, consoante estabelecido no art. 451 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

Assim sendo, cabe a exclusão do valor de R\$ 1.578,97 da diferença de R\$ 1.581,45 apurada no mês de junho de 2018 no trabalho revisional realizado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, passando a exigência no referido mês de junho de 2018 para R\$ 2,48.

Diante disso, a exigência fiscal referente ao exercício de 2018 remanesce nos meses de janeiro a dezembro, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Valor de ICMS devido (R\$)
31/01/2018	3,45

28/02/2018	1,67
31/03/2018	3,36
30/04/2018	2,27
31/05/2018	0,89
30/06/2018	2,48
31/07/2018	4,13
31/08/2018	177,14
30/09/2018	3,88
31/10/2018	1,15
30/11/2018	199,77
30/12/2018	20,40
TOTAL	420,59

No tocante ao exercício de 2019, deve ser considerada a revisão realizada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme demonstrativo que elaborou de 46 dos autos, contudo no valor de **R\$ 1.934,63**, haja vista que o somatório dos valores remanescentes totaliza este valor e não o valor de R\$1.934,66.

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente no valor de R\$ 2.970,44.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Bruno Robério Garcia Melo Lopes de Araújo, OAB/BA n. 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44.075-085 – Feira de Santana (BA), consigno que inexistente óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação. Contudo, saliento que o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte são as previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

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, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298965.0008/22-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SAO ROQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.970,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR