

A. I. Nº - 206911.3005/16-2
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTES - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23. 10. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-01/17

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Excluída a exigência fiscal sobre “Polvilho Anti-Septico Granado” por se tratar de medicamento com NCM 3004.90.99, bem como a exigência fiscal referente a notas fiscais de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo titular, de saídas de bens para conserto e de nota fiscal emitida referente a saída já registrada em cupom fiscal. Decadência do direito da fazenda pública de exigir os créditos tributários referentes a fatos geradores anteriores a 05/10/2011 em razão da ciência do Auto de Infração pelo autuado ter ocorrido em 06/10/2016 e por ter sido declarada a ocorrência do fato jurídico tributário e apurado o montante do imposto supostamente devido e não ter ficado caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, sendo contado o prazo decadencial nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. Indeferido pedido de perícia fiscal, pois as respostas aos quesitos formulados não dependem de conhecimento específicos de técnicos e todas as informações estão presentes no processo. Rejeitado pedido de nulidade em decorrência do evidente enquadramento legal pela descrição dos fatos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$227.772,91, em decorrência do autuado deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (02.01.03), ocorrido nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 29 a 53. Requer a nulidade do auto de infração por vício de fundamentação em decorrência da falta de relação entre os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos e a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício formalizado.

O autuado levanta a hipótese de que a exigência fiscal não pode prosperar, pois, nos termos do §4º do art. 150 do CTN, deve ser reconhecida e declarada a decadência que atinge os supostos fatos geradores ocorridos anteriormente a 06 de outubro de 2011, porque passados mais de 5 (cinco) anos entre a ocorrência daqueles e a ciência do lançamento de ofício, acontecida no dia 06 de outubro de 2016.

No mérito, o autuado explica que, dentre as hipóteses consideradas pelo fisco estão mercadorias submetidas às seguintes situações:

- i) diferimento (aparas de papelão e plástico);
- ii) isenção (arroz e hortifrúti);
- iii) substituição tributária (medicamentos, derivados de trigo, material de construção, chocolate, cereais);
- iv) devolução de mercadorias;
- v) transferência – material de uso e consumo;
- vi) comercialização de produtos sujeitos a ST na lanchonete no interior da loja;
- vii) tributação realizada por meio de ECF.

O autuado apresenta, por amostragem, notas fiscais diversas que apontam as mercadorias submetidas às hipóteses acima arroladas, a comprovar o direito no sentido de que nada é devido tal como reclamado no lançamento de ofício hostilizado.

Reclama que o fisco cobra imposto sobre saídas de aparas de papel e de plástico enquanto que operações com tais produtos submetem-se à sistemática do diferimento nos termos do inciso XVI do art. 286 do RICMS/12, cabendo ressaltar que tal sistemática refere-se ao produto e não a qualidade do sujeito. Apresenta planilha exemplificativa para demonstrar as mercadorias que eram aparas das que não eram aparas.

Reclama que não se pode exigir tributação sobre arroz e hortifrúti, já que se trata de mercadorias isentas, nos termos da alínea “c” do inciso II e na alínea “a” do inciso I do art. 265 do RICMS/12.

Acrescenta, também, que os medicamentos, os produtos derivados de farinha de trigo e de mistura de farinha de trigo, dos materiais de construção, dos chocolates, dos Artefatos de higiene/toucador de plástico – NCM 39.24, água e refrigerantes estão sujeitos à substituição tributária, tendo o imposto já sido recolhido pelo fabricante ou pelo Autuado quando da entrada neste Estado.

Apresenta documentação demonstrando que a mercadoria carvão vegetal foi devolvida ao fornecedor, conforme fl. 165. Não concorda com a exigência nas transferências interestaduais de mercadorias para uso e consumo, conforme nota fiscal à fl. 167.

Reclama, também, com relação às notas fiscais com CFOP 5929, pois referem-se a mercadorias em que já foram emitidos os cupons fiscais.

O autuado argumenta que, caso não se tenha certeza da improcedência deste auto de infração, seja realizada a perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido pelo Autuado. Para tanto, formula desde já os seguintes quesitos, sem prejuízo da apresentação posterior de quesitos suplementares, o que fica desde já requerido:

- a) Considerando todos os documentos fiscais arrolados pela fiscalização e anexados ao AI, discrimine o Sr. Perito, cada um dos itens neles constantes;

- b) Dentre as mercadorias objeto das operações questionadas pelo fisco, quais delas se submetem ao regime da substituição tributária, diferimento e isenção?
- c) Nas hipóteses de substituição tributária, foi recolhido o imposto devido, seja pelo fornecedor seja pelo Autuado quando da entrada nesse Estado?
- d) Com relação as notas fiscais cujo CFOP é 5929, ocorreu a tributação nos cupons fiscais?
- e) Dentre as mercadorias arroladas submetidas a ST, é possível afirmar que algumas foram comercializadas na lanchonete no interior da loja? Em caso positivo, discriminar quais seriam elas.

Em resumo, o autuado requer seja conhecida e julgada procedente a presente defesa, declarando-se a insubsistência total do lançamento de ofício, tanto pelas preliminares, quanto pelo mérito, dado que procedeu em consonância com a legislação de regência.

O Auditor Fiscal Jorge Jesus de Almeida apresentou informação fiscal das fls. 170 a 187, diante do afastamento temporário do autuante, Auditor Fiscal Jaldo Vaz Cotrim. Diz que as infrações arroladas no PAF, encontram-se perfeitamente tipificadas.

Em relação à decadência, o auditor explica que o texto legal do Art. 173, I do CTN trata de um lançamento de ofício, direito legal esse, reservado ao Fisco, enquanto sujeito ativo da relação Jurídico-Tributária, de aferir a regularidade das operações efetuadas pelo sujeito passivo. Logo, entende que a contagem do prazo decadencial, inequivocamente, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele, em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 2011, iniciando-se portanto, a contagem do prazo decadencial, em 01/01/2012 entendimento esse, adotado pelo legislador ordinário baiano e constante no Art. 965, I do RICMS-Ba-Dec. 6.284/97. Apresentou decisões jurisprudenciais do STJ – Superior Tribunal de Justiça.

O auditor refuta a aplicação do diferimento, pois não foram observadas as condições para a sua aplicação, dispostas no art. 287 do RICMS/12 e nos arts. 343, 344 e 346 do RICMS/97.

Todavia, o autuado reconheceu a procedência parcial das alegações do Autuado, contidas em sua peça defensiva fls. 42 a 46 do PAF, porquanto, efetivamente existiram diversas Notas Fiscais listadas erroneamente na EFD como sendo “Aparas”, mas que se tratavam de outros materiais, como Pallets, equipamentos remetidos para conserto, etc. Desse modo, foram produzidos novos Demonstrativos de Débito, intitulados como ANEXO 05 - CORRIGIDO e ANEXO 06 – CORRIGIDO.

O auditor explica que o imposto exigido sobre arroz refere-se aos destinados à alimentação de cães. Entende que a desoneração foi para produtos da cesta básica, voltados para o consumo humano, não devendo ser estendida a um produto elitista, utilizado para alimentação de animais domésticos. Diz que o Acórdão Conseq CJF-0204-11-16 vai ao encontro da autuação.

Acrescenta que os produtos hortícolas tributados neste auto de infração são desidratados, constantes nos Anexos 05 e 06. Resultaram da submissão das matérias primas in natura, a um processo industrial, envolvendo, a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento.

Em relação aos produtos alegados pelo autuado como sujeitos ao regime de substituição tributária, salienta que o produto “Polvilho Anti-Septico Granado” não é medicamento, mas talco. Cita o Acórdão CJF Nº 0126-13/12 com o mesmo entendimento.

Diz que não existe no PAF e não foi especificado pelo autuado qualquer produto derivado de trigo, chocolate ou sujeito à substituição tributária comercializada na lanchonete da loja que integrasse o presente auto de infração.

Quanto aos materiais de construção, apesar de também não ter sido indicado pelo autuado qualquer produto, o autuante reconheceu que foi incluído o produto “Porta Escova M. Boni” que está

enquadrado no Item 12 do Protocolo 104/09. Assim, o autuante retirou a cobrança indevida sobre esse produto.

O auditor explica que a nota fiscal nº 117.487, referente à devolução de carvão, não pode ser aproveitada para abatimento do valor da exigência fiscal porque o referido produto não foi incluído no auto de infração.

O auditor reconhece que a falta de tributação nas saídas interestaduais de material de uso e consumo não trouxe prejuízo, pois o débito seria posteriormente anulado, quando da apuração mensal do imposto. Por isso, retirou a exigência fiscal sobre essas saídas.

Diz que o autuado também não apresentou qualquer comprovação acerca da existência de notas fiscais incluídas neste auto de infração que correspondessem a uma venda já registrada em cupom fiscal.

Por fim, o auditor opina pela manutenção parcial deste auto de infração, no valor de R\$121.031,80, conforme demonstrativos em CD à fl. 240.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 246 a 258. Diz que o próprio fisco reconhece que eventualmente pode ter havido “inadequação no enquadramento das infrações”, mas que esta não prejudicaria a materialidade dos fatos, assegurando assim a manutenção da cobrança. Contudo, reitera que o raciocínio lançado não pode prevalecer pois contraria expressamente a regra do art. 142 do CTN, sendo que a ausência de qualquer dos elementos lá elencados remete a nulidade do lançamento por vício formal, que é o caso dos autos.

Insiste que nas atividades sujeitas à homologação, quando há pagamento de imposto e existência de saldo credor, o crédito tributário fica extinto por decadência cinco anos após a ocorrência do fato gerador. Assim, conclui que as operações ocorridas anteriormente a 06 de outubro de 2011 foram alcançadas pela decadência.

O autuado entende que, quanto ao diferimento sobre as aparas de papel e plástico, ao contrário do suscitado pelo fisco, não há que se falar nos requisitos constantes do art. 287 do RICMS/12, uma vez que o benefício em comento refere-se ao produto e não à qualidade do destinatário. Acrescenta, ainda, que o lançamento deve ser revisto em relação às seguintes notas fiscais, por não se referirem a aparas:

- NF 13288, de 09/02/2011: impressora zebra cartão i330;
- NF 84642, de 17/11/2011: bandeira do brasil;
- NF 34135, de 04/05/2011: motor de direção de empilhadeira;
- NF 86453, de 24/11/2011: rad. ht série 0756765/0755924
- NF 82845, de 10/11/2011: impressora zebra série 91C07410005

Em relação ao produto arroz para cães, o autuado alega que a norma isentiva não faz qualquer restrição, não sendo lícito ao operador do direito impor limitações onde a própria norma não o fez.

Declara que os produtos de hortifrúti, incluídos no auto de infração, não se submetem a nenhum processo de industrialização. Ressalta que o produto “polvilho antisséptico Granado” é medicamento e apresenta a descrição do produto feita pelo fabricante.

Afirma que, em relação às mercadorias polvilho e chocolate, houve recolhimento do ICMS/ST para o Estado da Bahia, conforme planilhas e comprovantes anexados das fls. 259 a 285, devendo também ser excluídos da exigência fiscal.

Diz que os produtos sujeitos a ST e utilizados na lanchonete no interior da loja são os identificados na planilha anexada à fl. 286, cujo montante total equivale a R\$ 138.354,34 e que corresponde exatamente ao mesmo montante apurado pelo fisco. Conclui que todas as mercadorias arroladas sujeitam-se à substituição tributária, de forma que deve ser revisto o lançamento também quanto a este aspecto, conduzindo a insubsistência da exigência.

Reitera que a mercadoria carvão vegetal foi adquirida sem a incidência de imposto, de forma que a devolução realizada por meio do DANFE 117.487 (fls. 287 e 288), também se deu sem tributação, devendo ser excluída do lançamento.

Reafirma que emitiu notas fiscais com CFOP 5929 referente a saídas já registradas em cupom fiscal, conforme fls. 290 a 296.

VOTO

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração em decorrência de alegado vício de fundamentação pela falta de relação entre os dispositivos indicados como infringidos e a conduta reprimida pelo fisco mediante lançamento, com base no art. 19 do RPAF. Pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal. Está sendo exigido ICMS em razão da realização de operações tributáveis como não tributáveis e no demonstrativo de débito em CD à fl. 11, corrigido à fl. 240, estão discriminadas todas as mercadorias com base de cálculo e número de documento que foram objeto do presente lançamento.

Quanto à decadência do direito da Fazenda Pública exigir o crédito tributário neste auto de infração, assiste razão ao autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 05 de outubro de 2011. De acordo com o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, acolhido pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, conforme Parecer GAB LSR 09/2017, devido a reiteradas decisões judiciais, é sugerido que a Administração Fazendária reformule suas rotinas de trabalho, a fim de que a notificação regular do contribuinte acerca do lançamento de ofício se ultime ainda no curso do prazo decadencial e que seja reconhecido, ainda na esfera administrativa, que o lançamento do crédito tributário somente se considere concretizado, para fins de afastamento do cômputo decadencial, quando efetuada a respectiva intimação ao contribuinte.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o montante do imposto supostamente devido. Na presente reclamação de crédito não ficou caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação praticada pelo autuado que justificasse a diferença exigida. Desse modo, com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador até a data da ciência do auto de infração pelo autuado.

A intimação do autuado acerca da lavratura do presente Auto de Infração, referente aos fatos geradores ocorridos de 01/01/2011 a 31/12/2012, somente ocorreu no dia 06/10/2016, conforme documento acostado à fl. 3. Desse modo, em 06/10/2016 já havia decaído o direito da Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes ao período de 01/01/2011 a 05/10/2011. Sendo, portanto, excluída deste auto de infração a exigência fiscal desse período.

Indefiro o pedido de realização de perícia técnica formulado pelo autuado com base na alínea “a” do inciso II do art. 147 do RPAF. Os quesitos formulados pelo autuado não dependem do conhecimento especial de técnicos. São informações que já constam no processo e podem ser verificadas facilmente. Todos os itens das mercadorias constantes nos demonstrativos de débito já estão devidamente discriminados.

Em relação ao produto arroz para cães, entendo acertada a decisão do autuante em incluir na presente exigência fiscal. O benefício concedido está voltado a um fim de política social, visando reduzir a carga tributária de um produto considerado essencial à alimentação humana. Assim, em

consonância com decisão já adotada pelo CONSEF no Acórdão CJF-0204-11/16, deve ser mantida esta exigência.

Em relação ao produto “Polvilho Anti-Septico Granado” constatei em pesquisa no site <https://cosmos.bluesoft.com.br> que trata-se de mercadoria com código NCM 3004.90.99, sendo, portanto, considerado medicamento. Desse modo, afasto a exigência fiscal sobre este produto, por tratar-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 32.1 do Anexo I do RICMS/12 e o item 13.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Concordo com a retirada do produto “Porta Escova M. Boni” da presente exigência fiscal, pois se trata de mercadoria incluída no regime de substituição tributária em decorrência do Protocolo ICMS 104/2009, item 12, e nos itens 24 do Anexo I do RICMS/12 e 43 do Anexo 88 do RICMS/97.

O diferimento somente se aplica quando o destinatário está habilitado a operar neste regime. Assim, é necessário que exista a hipótese do diferimento e que o destinatário esteja previamente habilitado pela SEFAZ. Sendo correta a ação do autuante em exigir o imposto quando não foi verificada a habilitação do destinatário indicado nas notas fiscais. Por outro lado, assiste razão ao autuado em relação às notas fiscais nº 13288, 84642, 34135, 86453 e 82845, anexadas das fls. 254 a 258, pois não se tratam de aparas como indicadas nos demonstrativos de débito.

Entretanto, por se tratarem de transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa ou remessas de bem para conserto, também não devem constar nos demonstrativos de débito, sendo, por conseguinte, retiradas da presente exigência fiscal. A não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos do mesmo titular decorre de orientação jurídica promovida pela PGE, conforme Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Os produtos hortifrúti relacionados nos demonstrativos não se apresentam em seu estado natural. São produtos que passaram por processo de secagem e desidratação, sendo, portanto, industrializados e apresentados em embalagem com marca específica. São eles: folha de louro, salsa desidratada, orégano, erva doce, etc. Deve ser mantida a exigência fiscal.

Não existe exigência fiscal nos demonstrativos de débito produzidos pelo autuante sobre os produtos sujeitos à ST ou utilizados na lanchonete relacionados à fl. 286 pelo autuado, bem como sobre chocolates. Também não consta nos demonstrativos exigência sobre a nota fiscal nº 117487 referente à saída em devolução de carvão vegetal.

Das notas fiscais relacionadas pelo autuado das fls. 290 a 296, como sendo notas fiscais referentes a saídas já registradas em cupom fiscal, apenas a nota fiscal nº 204740 constava no demonstrativo de débito, sendo retiradas do demonstrativo por fazer menção ao respectivo cupom fiscal emitido anteriormente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$44.908,79, conforme os novos demonstrativos anexados em CD à fl. 317, e resumidos a seguir abaixo:

Exercício de 2011				
Data Ocorrência	Data Vencimento	Lançamento A.I	Valor ICMS devido	Multa
31/10/2011	09/11/2011	6.473,14	3.459,90	60%
30/11/2011	09/12/2011	52.721,83	3.708,41	60%
31/12/2011	09/01/2012	5.985,98	4.015,57	60%
TOTAL		65.180,95	11.183,88	60%

Exercício de 2012				
-------------------	--	--	--	--

Data Ocorrência	Data Vencimento	Lançamento A.I.	Valor ICMS devido	Multa
31/01/2012	09/02/2012	6.136,10	1.911,45	60%
29/02/2012	09/03/2012	1.652,21	1.652,21	60%
31/03/2012	09/04/2012	1.889,43	1.889,43	60%
30/04/2012	09/05/2012	4.021,95	4.021,95	60%
31/05/2012	09/06/2012	2.806,53	2.806,53	60%
30/06/2012	09/07/2012	3.437,62	2.587,62	60%
31/07/2012	09/08/2012	8.159,24	3.696,40	60%
31/08/2012	09/09/2012	7.229,68	3.404,68	60%
30/09/2012	09/10/2012	7.663,70	4.293,45	60%
31/10/2012	09/11/2012	10.985,79	3.509,70	60%
30/11/2012	09/12/2012	1.611,40	1.576,83	60%
31/12/2012	09/01/2013	6.795,03	2.374,66	60%
TOTAL		62.388,68	33.724,91	60%

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 **206911.3005/16-2**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.908,79**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Essa Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea "a" do inciso I do art. 169 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2017.

PRESIDENTE – RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JULGADOR – MARCELO MATTEDI E SILVA