

PROCESSO - A. I. N.º 298958.0018/17-2
RECORRENTE - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0052-03/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0145-11/19

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Elidida parte da exação, em razão da adequação da legislação ao produto composto lácteo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF - através do Acórdão JF nº 0052-03/18 – que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, o qual fora lavrado em 28/06/17 para exigir o débito de R\$35.175,39, em razão da constatação de sete irregularidades, das quais o sujeito passivo se insurge contra as exações 3 e 4, inerentes aos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, a seguir descritas:

Infração 3 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$10.274,36, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas;

Infração 4 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$18.993,50, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$33.915,93, após as seguintes considerações, inerentes às referidas infrações:

VOTO

[...]

Quanto à Infração 03, que trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, conforme Demonstrativo acostado às fls. 32 a 64, o Impugnante reconheceu o cometimento da infração.

Entretanto, disse ter constatado que nas entradas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal não exerceu seu direito ao crédito destacado nas notas fiscais e requer a utilização desses créditos para abater o débito deste item da autuação.

Ao compulsar as peças que compõem esse item da autuação, constato restar patente nos autos que o próprio Impugnante reconhece o cometimento da irregularidade, ou seja, no que concerne a acusação fiscal afigura-se devidamente caracterizada a infração.

No tocante ao pleito do autuado para compensação dos créditos fiscais que alegou não ter se apropriado nas operações objeto da autuação, entendo não ser possível nos presentes autos a compensação de créditos extemporâneos, uma vez que depende da efetiva comprovação da origem desses. Ademais, o Autuado, a quem cabe promover a comprovação de suas alegações não carregou aos autos qualquer elemento inequívoco para alicerçar seu pleito.

Assim, mantenho a Infração 03.

A Infração 04 se refere a exigência fiscal por recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme Demonstrativo às fls. 65 a 78.

Em sua Impugnação o sujeito passivo questionou a inclusão no levantamento fiscal dos produtos “Leite em Pó” e “Margarina”. Sob o argumento de que ambos os itens têm benefício de redução da carga tributária de acordo com o inciso XXI, do art. 87, do RICMS-BA requerendo a exclusão das operações com essas mercadorias da exigência fiscal.

O Autuante manteve a autuação explicando que as operações indicadas pela defesa em relação a “Leite em Pó” não se tratam dessa mercadoria e sim de “Composto Lácteo” que não está alcançado pelo referido benefício. No tocante à mercadoria “Margarina” explicou que não deve prosperar pretensão da defesa, uma vez que as mercadorias objeto da autuação se referem a “Creme Vegetal” de NCM 1517.90.90, produto distinto de “Margarina” que em NCM 1517.10.00.

Com relação ao argumento defensivo de que não há balizamento legal quanto à exclusão de qualquer leite em pó do benefício fiscal previsto no art. 87, XXI, do RICMS-BA, fica patente o questionamento se dá quanto a as mercadorias autuadas serem ou não “Leite em Pó”.

É indubitoso que o artigo 87, inciso XXI, do RICMS/97, em vigor nas datas de ocorrência dos fatos geradores, estabelecia uma redução de base de cálculo nas operações internas de “Leite em Pó de forma que a carga tributária incidente fosse de 7%, in verbis:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Entretanto, para superar a questão, resta saber se as mercadorias objeto da autuação são ou não os definidos na legislação para gozo do benefício fiscal.

Sobre este aspecto (atendendo a prescrição normativa contida na Instrução Normativa 28/07 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) assume especial relevância a indicação nos rótulos de que os produtos objeto da autuação não são “Leite em Pó”, mas “Composto Lácteo”.

Logo, por se tratar de benefício fiscal na forma de isenção parcial, tenho que a interpretação da citada norma deve se dar de modo restritivo, conforme prevê o art. 111 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, a redução da base de cálculo somente pode ser aplicada para o produto: “Leite em Pó”.

Não se pode, neste caso, dar interpretação extensiva a produto diferente do previsto no inciso XXI, do art. 87, do RICMS-BA/97.

Vale destacar que o citado dispositivo não faz referência ao produto “Composto Lácteo”. Ele é taxativo, trata, única e exclusivamente, de “Leite em Pó”.

Nestes termos fica mantido no levantamento fiscal o item “Leite em Pó” por se tratar na verdade de “Composto Lácteo” produto não amparado pelo supra aludido benefício fiscal.

Do mesmo modo verifico que somente a “Margarina” tem a carga tributária reduzida pelo Dec. 7.284/97), portanto, corretamente o Autuante não acolheu o argumento defensivo e manteve a autuação, por restar comprovado nos autos que se trata de “Creme Vegetal” NCM 1517.9090, como se verifica no próprio demonstrativo de apuração às fls. 65 a 78.

Pelo acima exposto, resta devidamente caracterizada a Infração 04,

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 192 a 197 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Inicialmente, salienta que foram acatadas as infrações 1 e 5 a 7 do Auto de Infração e quanto à infração 2 aduz que o pleito referente ao item “Danone” foi apreciado pelo autuante, logo, nada há a contestar.

Inerente à infração 3, o sujeito passivo reconhece que realizou saídas tributáveis como não tributáveis, porém apela para o princípio do regime da não cumulatividade, já que no momento da entrada das mercadorias não se creditou do ICMS destacado nas notas fiscais, do que sustenta ser imperioso o reconhecimento desse direito, o qual o autuante não acolheu e sequer apresentou

os motivos.

Salienta, ainda, que a JJF não apreciou o pedido de reconhecimento do direito ao crédito, cuja sistemática é compensar o débito com o crédito fiscal da fase anterior, de modo a se apurar o saldo devedor, do que invoca o princípio da verdade material, o qual decorre dos princípios da legalidade e da igualdade, tecendo considerações a respeito e citando doutrina.

Por fim, apela para que sejam os autos enviados à ASTEC para apuração do verdadeiro saldo devedor.

Quanto à exação 4, o recorrente aduz que apesar da exaustiva exposição e fundamentação contraditória ao feito desta infração, não obteve êxito. Salienta que está baseada em interpretação e contextualização vazias, sem que fosse apontado qual o ferimento legal cometido. Assim, defende que deve ser reformada a decisão já que ela vem ofender frontalmente o que era disciplinado nas normas reguladoras.

Defende que existem dois itens relacionados como houvesse erro na aplicação da alíquota cabível (leite em pó e margarina), porém, verifica que este fato não ocorreu.

No tocante ao “Leite em pó”, alega que o art. 87, XXI, do RICMS/97 e o art. 268, XXV, do RICMS/12, reduziram a base de cálculo para as operações internas, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a alíquota de 7%, do que afirma assim ter procedido. Porém, não fizeram ressalva, logo, não há balizamento legal quanto à exclusão de leite em pó.

Salienta que a alegação de que se tratava de “composto lácteo” improcede totalmente, eis que todos os itens que solicitou a exclusão da infração tratavam de “Leite em Pó”, mercadorias enquadradas nos NCM 040.21.20 e 0402.29.10 (sic), não merecendo prosperar os argumentos utilizados para negativa.

Quanto à margarina, o recorrente aduz que o mesmo ocorreu, pois o autuante, ao arrepio da legislação, excluiu alguns tipos de margarina. Logo, estes itens são beneficiados com a alíquota de 7%.

Afirma que também foram excluídos os itens denominados erroneamente de “Creme Vegetal”, quando na verdade se tratam de margarinas, cujo situação foi provocada por erro em seu cadastro, visto que, ao verificar as notas fiscais de aquisições, constatou que a sua denominação, assim como também o seu enquadramento na NCM 1517.10.00, era de margarinas.

Portanto, segundo o recorrente, mais uma vez as razões expostas para o indeferimento do pedido não condizem com a realidade demonstrada, situação que reforça a imperiosidade da realização de uma diligência pela ASTEC, visando sanear as dúvidas reinantes que o julgamento deixou.

Por fim, requer o acolhimento das razões oferecidas, como também solicita o pronunciamento da PGE sob a legalidade do seu pedido, enaltecendo assim o princípio constitucional do amplo direito de defesa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange às exigências 3 e 4 do Auto de Infração, conforme peça recursal.

Inerente à infração 3, o sujeito passivo reconhece que realizou saídas tributáveis como não tributáveis, porém apela para o princípio do regime da não cumulatividade, de modo que seja deduzido do débito exigido o crédito das entradas das mercadorias, que diz não ter se creditado.

Neste tópico, o recorrente diz que a JJF não apreciou o pedido de reconhecimento do direito ao crédito e pede a realização de diligência à ASTEC para apuração do verdadeiro saldo devedor, ou seja, a compensação do crédito com o débito exigido.

Quanto à suposta omissão na Decisão recorrida verifico não proceder, eis que a JJF analisou o

pleito do sujeito passivo, conforme excerto a seguir:

No tocante ao pleito do autuado para compensação dos créditos fiscais que alegou não ter se apropriado nas operações objeto da autuação, entendo não ser possível nos presentes autos a compensação de créditos extemporâneos, uma vez que depende da efetiva comprovação da origem desses. Ademais, o Autuado, a quem cabe promover a comprovação de suas alegações não carregou aos autos qualquer elemento inequívoco para alicerçar seu pleito.

Em relação ao pedido de diligência o indefiro, pois, além do previsto no art. 147, I, do RPAF (Decreto 7.629/99), há dois motivos para assim fazê-lo, a saber:

O primeiro, em razão de o contribuinte sequer comprovar sua alegação de que, efetivamente, não se creditou do ICMS relativo às entradas daquelas específicas mercadorias, objeto da terceira exação, ínsitas às fls. 32 a 64 dos autos, as quais deveriam ter suas operações de saídas tributadas e não foram.

O segundo motivo, o crédito fiscal extemporâneo trata-se de rito processual próprio, oportunidade em que se analisará o direito ao crédito, os documentos fiscais comprobatórios e a escrita fiscal. Assim, a compensação pretendida não pode ocorrer neste Processo Administrativo Fiscal, conforme prevê o art. 315 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS), eis que se tratam de fatos geradores de 2012 e 2013 e a pretensão recursal de 2017 (fl. 121).

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

Diante de tais considerações, conclui-se que as razões recursais são insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Mantida a subsistência da infração 3.

No tocante à infração 4, relativa à acusação de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, o recorrente se insurge contra a manutenção dos valores inerentes aos produtos “Leite em pó” e “margarina”.

Inicialmente, indefiro o pedido para realização de diligência à ASTEC, com fulcro no art. 147, I, do RPAF/96, eis que se destina a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Em relação ao creme vegetal, que diz o recorrente ser margarina, consta dos documentos fiscais que fundamentaram o levantamento fiscal às fls. 65 a 78 dos autos, tratar-se de “Creme Vegetal”, sob NCM 1517.90.90, produto distinto de “Margarina” que é NCM 1517.10.00. O próprio recorrente reconhece tais dados ao asseverar que tais itens foram denominados erroneamente de “Creme Vegetal” por erro no seu cadastro, não fundamentando com documentos fiscais de aquisição sua alegação de que se tratam de margarinas. Em consequência, as razões recursais específicas, não elidem a acusação fiscal.

Inerente ao “Leite em pó”, o apelante salienta que improcede a acusação de que se trata de “composto lácteo”, mas, sim, de “Leite em Pó”, mercadorias enquadradas nos NCM 040.21.20 e 0402.29.10.

Conforme se pode comprovar, o art. 268, XXV, do RICMS/12, até 31/07/13, não havia qualquer restrição para redução da base de cálculo nas operações internas do “leite em pó”. Porém, tal benefício só a partir de 01/08/13 foi estendido ao produto “composto lácteo em pó”:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

(Redação dada pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13);

Contudo, da análise do levantamento fiscal, às fls. 65 a 78 dos autos, verifica tratar-se de composto lácteo, tipo: NAN Comfort, Ninho 5+, Nestogeno Infantil, Leite Molico Acticol, etc., os quais não são leite em pó, mas, sim, um composto alimentar, conforme já minuciosamente

explicitado no Acórdão CJF nº 0445-13/13, contendo diversos outros ingredientes, a exemplo de: lactose; concentrado proteico de soro de leite; oleína de palma; vitaminas A, B6, B1, D, B2, K; ácido fólico; óleo de peixe, lecitina de soja, etc.

Em consequência, à época, não cabia o benefício da redução da base de cálculo a tais produtos, de modo que resultasse na carga tributária de 7% como aplicou o contribuinte e, acertadamente, glosou o Fisco.

Entretanto, há de se excluir o período a partir de 01/08/2013, às fls. 76 a 78 dos autos, remanescendo as exigências de R\$450,03; R\$439,52; R\$552,88; R\$488,17 e R\$524,76, respectivas aos meses de agosto a dezembro de 2013, mantendo-se os demais valores relativos aos meses de janeiro de 2012 a julho de 2013, o que perfaz o valor de R\$16.698,70 para a exação 4.

Diante de tais considerações, modifica-se a Decisão recorrida, quanto à infração 4, cujo valor remanesce de R\$16.698,70.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0018/17-2**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.072,06**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$549,07**, prevista no inciso IX do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS