

A. I. Nº - 281231.0006/18-5
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12.09.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-02/19

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIA. **a)** SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS. **b)** SAÍDAS REGISTRADAS EM EQUIPAMENTO ECF. No curso da instrução processual (inclusive por força de diligência), indevidas operações de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária e operações de entrada de mercadorias sujeitas ao benefício fiscal contido no art. 268, XXV, do RICMS-BA, vigente no período compreendido pela autuação, identificados como produzidos na Bahia foram excluídos, bem como operações com “leite em pó” e “composto lácteo” da marca Nestlé, em face da incorreta carga tributária não restar comprovada. Recomendada a pertinente verificação do uso indevido do benefício fiscal nos estabelecimentos do fabricante, situados na Bahia. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/08/201, exige ICMS no valor histórico de R\$1.238.859,50 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (03.02.02) - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 774.978,13. Período: janeiro 2014 a dezembro 2017. Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (03.02.02) - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas através de ECF. Valor: R\$ 463.881,37. Período: janeiro 2014 a dezembro 2017. Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado através de seu representante, às fls. 63 a 70 dos autos, apresenta defesa e, dizendo-se preterido em seu direito de defesa, inicialmente faz registros preliminares sobre a tempestividade da impugnação.

No mérito, reproduzindo os arts. 265, incisos II, “a” e “d”, 268, XXV e 289 do Decreto nº 13.780/2012 do RICMS/BA, considerados supostos fáticos para autuação, passa a contrapor a acusação fiscal.

Infração 01

Diz que o autuante elege como supostos fáticos, quase tão somente as operações de saídas de mercadorias a título de transferências (CFOP 5152) para outros estabelecimentos que foram levadas à tributação de maneira inadequada e resultante em pagamento do ICMS inferior ao devido, mas, a verdade material que deve nortear o procedimento do lançamento tributário, sem dúvida, resta afastada na maior parte do caso, pois, o autuante deixou à margem de sua perquiriação fatos fiscais ocorridos durante o período fiscalizado, quais sejam:

- a) O de que a EFD da impugnante registra um sem números de operações de entradas a título

de compras efetivamente realizadas de produtos contemplados pelo benefício fiscal do Art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA - Decreto nº 13.780/2012;

- b) A existência de transferências de produtos adquiridos com o benefício aludido no Decreto citado (dentre as evidenciadas nos atos formais do lançamento feito), determinante para a redução da base de cálculo ao ponto de que basta aplicar a alíquota de 7% nas operações internas (no próprio Estado) sobre o valor contábil para uma escorreita aplicação da lei fiscal.

Diz que ciente do seu dever jurídico, buscou na EFD que serviu de base para o lançamento, os dados para compor os demonstrativos analíticos conforme identificados:

- a) Entradas a título de compras dos produtos com o benefício do Art. 268 inciso, XXV, do RICMS-BA (V. ANEXQ-02, também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1 de 11 a 11 de 11 impresso no seu rodapé);
- b) Saídas do autuado a título de transferências para o estabelecimento com CNPJ (MF) 13.436.092/0016-85 e Inscrição Estadual 64351086, com o benefício do Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA (V. ANEXO- 03. também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1 de 8 a 8 de 8 impresso no seu rodapé);
- c) Saídas do autuado a título de transferências para outros estabelecimentos com números de CNPJ (MF) e de Inscrição Estadual mencionados na “Coluna D” e no item 3 das Notas Explicativas, com o benefício do Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA (V. ANEXQ-04. também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1 de 10 a 10 de 10 impresso no seu rodapé).

Salienta que fica evidenciada as aquisições dos produtos conforme demonstrado no conteúdo do ANEXO-02, restando patente que as operações de transferências historiadas nos ANEXOS 03 e 04, foram legitimamente lançadas na EFD com destaque do ICMS efetivamente devido. Em contrapartida exsurge a ilegitimidade do montante de R\$677.743,50, evidenciado nos referidos anexos como “Pretensão do Fisco no Lançamento”, somatório destas células: “a) ANEXO-03, “Coluna R”, linha 224: R\$ 668.985,86; b) ANEXO-04, “Coluna Q” linha 22: R\$8.757,64”.

Assim, conseqüentemente, a infração 1 passa de R\$774.978,13 para R\$97.234,63.

Infração 02

Afirma que também se encontra maculada de vícios de mesma natureza da infração anterior. Diz que o autuante não considerou o arcabouço normativo vigente à época do período fiscalizado.

Fala que, de fato, os registros da EFD revelam que dentre as operações realizadas através do Emissor de Cupom Fiscal – ECF, tem-se inúmeras notas com os seguintes produtos - amparados com redução da carga tributária, pela isenção, e pelo encerramento da fase de tributação, consoante o RICMS-BA por seus dispositivos a seguir citados:

- Leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, como já exposto, operações alcançadas com o benefício do Art. 268, inciso XXV.
- Leite pasteurizado do tipo especial e sal de cozinha, cuja isenção é contemplada pelo Art. 265, inciso II, alíneas “a” e “d”, respectivamente.
- Produtos submetidos ao regime da substituição tributária, com fase de tributação já devidamente encerrada incontinentemente às suas aquisições, em decorrência da prescrição do Art. 289, caput.

Na busca da verdade material, afirma que, conforme demonstrativos anexos, a EFD fonte da autuação expõe:

- Saídas a título de vendas dos produtos com o benefício do Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA. (V. ANEXO-05. também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1 a 11 impressos no seu rodapé).
- Saídas a título de vendas de *leite pasteurizado*, com isenção do ICMS pelo Art. 265, inciso II,

alínea “a” do RICMS- BA. (V. ANEXQ-06, também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1de1 impresso no seu rodapé).

- Saídas a título de vendas de *sal de cozinha*, com isenção do ICMS pelo Art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS-BA (V. ANEXO- 07, também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1 de 3 impresso no seu rodapé).
- Saídas a título de vendas *de produtos submetidos ao regime da substituição tributária*, com encerramento do ciclo tributário do ICMS ditado pelo Art. 268, *caput*, do RICMS-BA. (V. ANEXQ-08, também identificado com a seguinte numeração de folhas: 1de88 a 88de88 impresso no seu rodapé).

Aduz que para demonstrar o substrato fático da existência dos produtos vendidos com substituição tributária, porquanto as operações de compras foram em sua maior parte transferidas para filial identificada funcionando como central de distribuição da empresa, também foi buscar na EFD o registro dos produtos ingressados no estabelecimento a título de transferências (COP 1152) vindos de outros que detêm a titularidade como suas filiais, com o já mencionado benefício do Art. 268, XXV, do RICMS-BA.; o que aqui traz à baila com o que contém o ANEXO-09 desta impugnação.

Evidencia que ocorreram operações de saídas pelo ECF não vulneráveis a lançamento de revisão fiscal, (as registradas nos Anexos 05, 06,07 e 08, supra), porque de indubitável simetria com a legislação de regência, e que o ICMS lançado pelo proposto fazendário pertinente a elas é de improcedência palmar. Registra que o montante é de R\$308.260,92, somatório destas células: “a) ANEXO-05, “Coluna O”, linha 230: R\$245.208,35; b) ANEXO-06, “Coluna O”, linha 14: R\$7.247,67; c) ANEXO-07, “Coluna O”, linha 57: R\$1.700,56; d) ANEXO-08, “Coluna O”, linha 2860: R\$54.104,34”.

Destaca que diante disso, a infração 2 passa de R\$463.881,37 para R\$155.620,45.

Conclui que do autuado de R\$ 1.238.859,50 reconhece R\$ 252.255,08, conforme demonstra os anexos 10 a 17, valor cujo parcelamento foi requerido.

No item “III - DAS PROVAS”, Anota que a EFD, bem assim os documentos fiscais emitidos e que emprestam suporte às operações integrantes dos anexos identificados, já estão integrados ao sistema de dados da SEFAZ-BA e ao alcance das autoridades envolvidas no lançamento tributário, pelo que está a impugnante desobrigada da juntada dos mesmos, haja vista a dicção do Código de Processo Civil - CPC pátrio transcrito, aplicada subsidiariamente ao PAF-BA em razão do prescrito no Art. 180 do seu Regulamento, objeto do Decreto nº 7.629/1999. Reproduz o art. 374, “IV do CPC.

Reitera que há melhor presunção de existência dos mencionados documentos do que as informações fiscais prestadas instantaneamente aos órgãos fazendários pelo sistema SPED, englobando tanto a EFD como também os DARFs e os Cupons Fiscais emitidos eletronicamente, pois deles se serviu o digno fiscal autor do lançamento contraditado. Anotou, ainda, que a prova de identidade do advogado signatário do sujeito passivo também integra o contexto probatório, bem assim o CD com o arquivo digital desta peça de contestação e dos anexos que dela fazem parte integrante para todos os fins de direito. (V. ANEXOS 20 e 21).

Na informação fiscal, fls. 262/274, após reproduzir as infrações e resumir a Defesa, o autuante passa a contrapor os argumentos impugnatórios.

Quanto à nulidade suscitada com a menção ao fato de que “a verdade material que deveria ter sido buscada pela autoridade lançadora”, esclarece que o trabalho de auditoria foi realizado utilizando o sistema corporativo da SEFAZ chamado SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal. Explica que este sistema, entre outros inúmeros procedimentos, necessita ser “informado” de todo tratamento tributário aplicado ao ICMS vigente no Estado em cada período fiscalizado, a exemplo de carga tributária, envolvendo não só a alíquota aplicada, mas, também, se possui redução de base de cálculo; o regime de tributação, se normal ou substituído, além da verificação de possuir isenção ou não incidência. Esclarece que esta rotina, o Sistema de auditoria mencionado intitula PARAMETRIZAÇÃO.

Registra que a empresa auditada é do ramo supermercadista, de elevado porte, possuindo, portanto, um acentuado número de itens, requerendo do preposto Fiscal a minuciosa tarefa de verificar cada item de mercadoria, além da vigência da legislação pertinente à matéria em cada período auditado, para em seguida registrar o tratamento tributário, se possui incidência ou não do ICMS e a correspondente carga tributária aplicável.

Salienta que a empresa foi submetida a rigorosa auditoria e que no presente processo a discussão se resume à questão de algumas das mercadorias objeto da autuação serem tributáveis ou isentos; de serem ou não sujeitos ao regime de substituição tributária e de possuírem ou não, redução de base de cálculo.

Quanto à questão da redução de base de cálculo, frisa que se resume apenas às mercadorias - leite em pó e composto lácteo. Diz que considerou muitos itens com direito à redução de base de cálculo prevista no art. 268, XXV do RICMS. Cita, como exemplo, os produzidos pelos laticínios LEITÍSSIMO, VALE DOURADO, ALIMB E DAVACA. Destaca que no procedimento de parametrização, tais itens foram identificados através da análise do Código Fiscal da Operação aplicada - CFOP 5101 - Venda de produção do estabelecimento, além de o fabricante ser estabelecido na Bahia.

Afirma que durante a auditoria restaram situações onde os dados disponíveis para o trabalho de fiscalização demonstravam, *a priori*, mercadorias não sujeitas à redução de base de cálculo, já que os CFOP discriminados nas notas fiscais de aquisições apontavam para o CFOP 5102 - venda de mercadorias adquiridas de terceiros, portanto, não sendo de produção própria, impossibilitando a confirmação do preenchimento do requisito de serem fabricadas neste Estado. Para essas situações, informa intimou a autuada a apresentar documentação comprobatória que essas operações se relacionam a mercadorias produzidas na Bahia (fl. 16).

Aduz que a autuada, após esse procedimento fiscal, informou que essas mercadorias foram recebidas, na sua grande maioria, por transferência de outro estabelecimento seu, apresentando (vide Termo de Apresentação de Livro e ou Documentos Fiscais, fls. 18).

A título exemplificativo, lista algumas das notas fiscais apresentadas, as quais contêm as seguintes informações:

- NFe 619.151 (fls. 20) CFOP 5102
- NFe 479.534 (fls. 21) CFOP 5102;
- NFe 631 (fls. 22) CFOP 5102;
- NFe 65458 (fls. 23) remetente estabelecido em outra unidade da federação;
- NFe 1.297.202 (fls. 24) CFOP 5102;
- NFe 1.636.824 (fls. 25) CFOP 5102;
- NFe 647.582 (fls. 26, 27 e 28) CFOP 5102.

Portanto, sustenta, resta esclarecido os procedimentos adotados na auditoria no tocante as questões preliminares.

Quanto ao mérito, informa o seguinte:

Infração 01

Frisa que o questionamento de redução de base de cálculo toca apenas aos itens “leite em pó” e “composto lácteo”, mas, considerando que no Anexo 02 da defesa há menção ao item “leite longa vida”, diante da previsão contida no art. 268, XXIX, impõe-se a necessidade de verificação desse quesito, além dos demais, a respeito da imposição efetuada.

Quanto a redução de base de cálculo prevista no art. 268, XXV do RICMS-BA/2012, diante do que consta no demonstrativo constante do CD de fl. 60, e demonstrativo do Impugnante (Anexo 02 - fls. 84 à 94), cabem as seguintes considerações:

- LEITE LONGA VIDA VALE DOURADO – constatou que na planilha DÉBITO A MENOR NF ERRO DE ALÍQUOTA LISTA (CD FLS. 60) que todas as situações dizem respeito à alíquota considerada

na auditoria (7%), portanto, em consonância com o mandamento legal mencionado (art. 268, XXIX) vigente até 31.01.2017;

- LEITE EM PÓ INTEGRAL BIG LEITE – de fato, este produto tem direito ao benefício de redução de base de cálculo, haja vista a unidade fabril ser localizada neste Estado. Assim, fazendo-se as devidas retificações, o valor total cobrado para essa infração passa a ser de R\$774.948,00, conforme planilha que é juntada a esta informação fiscal.

Informa que as demais situações elencadas no Anexo 02 dizem respeito a produtos relacionados a empresa Nestlé do Brasil Ltda., sendo que em todo o levantamento fiscal não se visualizou nenhuma nota fiscal vinculadas a esses produtos (composto lácteo ideal, leite em pó ninho, leite em pó molico, etc.) que demonstrassem ser fabricados neste Estado, condição estabelecida no art. 268, XXV do RICMS para ter direito ao benefício fiscal. Salienta, conforme acima mencionado, que mesmo após intimação para esclarecimentos a esse respeito (fls. 19) a empresa não apresentou nenhuma documentação demonstrando o preenchimento do requisito para redução da base de cálculo, no caso, de serem produtos industrializados neste Estado.

Infração 02

Quanto à questão da redução de base de cálculo para “Leite em Pó” e “Composto Lácteo”, diz que o produto leite em pó integral BIG LEITE, relacionados no Anexo 05 (fls. 113-123), efetivamente faz jus ao benefício fiscal em questão, conforme também exposto na infração anterior. Quanto aos demais produtos relacionados neste Anexo, todos dizem respeito a marca NESTLÉ. Portanto, aqui se aplica, para esses produtos, os mesmos esclarecimentos feitos em relação a infração 1.

Sobre as isenções que estariam relacionadas aos produtos “sal de cozinha” e “leite pasteurizado”. Explica que para o produto leite pasteurizado o Impugnante faz referência ao Anexo 06 (fl.124), no qual, percebe-se que todas as menções dizem respeito ao item LEITE PASTEURIZADO TIPO C BOA HORA. Aborda que o dispositivo regulamentar aplicado ao caso é o art. 262, inc. II, “a” do RICMS, tratando, portanto, de uma isenção sujeita à condição, sendo que o mandamento legal determina que somente se aplica a isenção ao leite pasteurizado tipo A e B e leite pasteurizado magro contendo 2% de gordura. Refuta que as situações descritas no levantamento fiscal, que estão relacionadas na planilha INFRAÇÃO 02 DEBITO ECE A MENOR ERRO CARGA TRIBUTÁRIA (CD FLS. 60), dizem respeito a LEITE PASTEURIZADO TIPO C, portanto não contempladas na previsão regulamentar *in comento*.

Destaca que o órgão SIPOA, vinculado ao Ministério de Agricultura, disciplina na Resolução 001 de 05/07/1991 (anexada a essa informação) em seu item II, “b.2” – transcreve -, explicita que existem os leites de A, B, C e leite pasteurizado magro.

Acrescenta que de conteúdo semelhante, sobre o assunto, é o Decreto nº 1.236/94, da Presidência da República, que alterou o Decreto nº 30.691/1952, dando nova redação ao art. 507 (reproduz). Assim, como a previsão contida no art. 262, inc. II, “a” do RICMS, não menciona o leite tipo C, conforme mencionado, não há que se falar em isenção para esse produto.

Quanto ao produto sal de cozinha – registra que a previsão de isenção está disciplinada no art. 265, inc. II, “d” do RICMS. Argui que a descrição do produto no dispositivo regulamentar é SAL DE COZINHA, mas os produtos que integram o levantamento fiscal (planilha INFRAÇÃO 02 DEBITO ECF A MENOR ERRO CARGA TRIBUTÁRIA - CD - fls 60) são: SAL ESPECIAL PARA CHURRASCO SOUTO e SAL ROSA DO HIMALAIA. Portanto, salvo melhor entendimento, esses produtos não se enquadram na hipótese legal em análise. Cita decisão do CONSEF (CJF 0213-12/15, 0236-12/15 e JJF Nº 0192-01/17) para subsidiar o entendimento.

Os analisando individualmente, para os produtos que estariam sujeitos à substituição tributária, diz que a defesa, através do Anexo 09 (fls. 128 à 215), informa a nomenclatura do produto e o NCM daquelas mercadorias que considerou como enquadradas no regime de substituição tributária:

- OSSO PALITO PULGÃO - NCM 271012000 - percorrendo todos os produtos relacionados no Anexo 1 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, não se visualiza este produto, nem tomando como base sua descrição “osso palito”, nem seu NCM 27012000;

- SODA CÁUSTICA POLITRIZ - NCM 28151100 - o Anexo 1, acima mencionado, trás no item 25.32 (vigente até 31.01.2015) a previsão de enquadramento no regime tributário em debate para o produto 2815.3 - produto para uso em piscina. Na tabela Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM a definição do produto sob o código 28151 é exatamente a considerada no levantamento fiscal para o produto em análise - “hidróxido de sódio (soda caustica)”. No entanto, o produto que está relacionado no Anexo 1 do RICMS, portanto enquadrado na substituição tributária é outro - 28153 - definido na tabela NCM como sendo “peróxidos de sódio ou de potássio”;

- PÁ P/LIXO - NCM 96039000- A tabela de NCM define o código 9603 como sendo “Vassouras e escovas, mesmo constituindo partes de máquinas, de aparelhos ou de veículos, vassouras mecânicas de uso manual não motorizada, pincéis e espanadores; cabeças preparadas para escovas, pincéis e artigos semelhantes; bonecas e rolos para pintura; rodos de borracha ou de matérias flexíveis semelhantes.” No Anexo 1 do RICMS, temos para o NCM informado no Anexo 08 - 9603.9 - como sendo enquadrado na substituição tributária os produtos “Vassouras, rodos, cabos e afins”;

- LAVA ROUPAS LIQ HIGI BEBE - NCM 34011190 - A tabela NCM define esse produto como sendo para 34011 “Sabões, produtos e preparações orgânicos tensoativos, em barras, pães, pedaços ou figuras moldadas, e papel, pastas (ouates), feltros e falsos tecidos, impregnados, revestidos ou recobertos de sabão ou de detergentes; 34011190 outros”. Enquanto que no Anexo 1 do RICMS não se visualiza nenhuma definição para este produto como sendo enquadrado na substituição tributária;

SILICONE CARNU - NCM 271000061 - temos no Anexo 1 do RICMS as definições para este código de NCM como sendo: item 40.12 - NCM 2710 - Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros.

ESCOVA P/BANHO NYLON - NCM 39249000 - No Anexo 1 do RICMS no item 25.13, vigente até 31.01.2015, encontra-se o enquadramento na Substituição tributária para o produto esponja para limpeza, com NCM 3924.1 e 3924.9; já no item 32.2, para o NCM 3924.9 o produto mamadeira; enquanto que no item 24.10, que trata dos produtos empregados na construção civil, tem-se o NCM 3924 para o produto artefatos de higiene;

CONFEITO GLACUCAR - NCM 17019900 - No Anexo 1 do RICMS, em seu item 1, temos vigente até 31.01.2015 a previsão para substituição tributária para o produto açúcar de cana, NCM 1701.1 e 1701.9, enquanto que o produto em questão tem como nomenclatura, como visto, “confeito”;

SILICONE TECOVEL AROMAT - NCM 29310029 - não se encontra no Anexo 1 do RICMS este NCM; pesquisando pelo produto “silicone”, somente se encontra este produto definido como sendo na forma primária para emprego na construção civil, vide item 24.89; percebe-se que não é o mesmo produto presente no levantamento fiscal já que é silicone aromatizado;

ÓLEO DE CEDRO P/MÓVEIS - NCM 27101999- Pesquisando a tabela de NCM, encontra-se classificado como NCM 2710 os seguintes produtos: Óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto óleos brutos; preparações não especificadas nem compreendidas noutras posições, que contenham, como constituintes básicos, 70 % ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos; resíduos de óleos”; salvo engano o produto presente no levantamento fiscal - óleo de cedro, é óleo vegetal, enquanto a definição para este NCM é óleo mineral;

CERA LÍQUIDA INGLESA MAX - NCM 27129000- na tabela de NCM encontra-se a seguinte definição para o NCM 2712: “Vaselina; parafina, cera de petróleo microcristalina, slack wax, ozocerite, cera de linhita, cera de turfa, outras ceras minerais e produtos semelhantes obtidos por síntese ou por outros processos, mesmo corados.”; enquanto que no Anexo 1 do RICMS não há previsão de substituição tributária para produtos com NCM 2712;

VASELINA KING LÍQUIDA - NCM 27101991- também não se visualiza, no Anexo 1, a previsão de substituição tributária para o produto “vaselina”. Efetuando uma pesquisa no “sftio” (internet) da empresa fabricante deste produto (<http://peroba.com.br/orodutos/solventes-elubrificantes!>) temos

a seguinte especificação: “Vaselina King Líquida é um produto altamente eficaz e prático com propriedades de proteção, lubrificação, limpeza e brilho sem deixar cheiro ou manchas nas superfícies aplicadas. Barcos: Partes metálicas e limpeza e conservação em geral. Automóvel: Pulverização de chaparia. Casas, hotéis, clubes e condomínios: Esquadrias de alumínio, móveis, portas, janelas e tetos de madeira, trilhos, dobradiças, fechaduras e eletrodomésticos. Esporte e Lazer: Armas, molinetes e artigos de pesca selas e artigos de montaria, equipamento náutico e brinquedos. Motos, bicicletas, patins e skates: Limpeza e conservação em geral.”. Enquanto que no Anexo 1 do RTCMS temos no item 40.2, para o NCM 2710 temos as seguintes previsões: “Preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros”;

RESTAURADOR PEROBA DE MADEIRA CLARA - NCM 27101999 - no Anexo 1, item 25.15, do RICMS há previsão de substituição tributária para óleo para conservação e limpeza de móveis, tendo como NCM 2710119; portanto, mesmo que divergentes os números do NCM, salvo engano, este produto estava enquadrado no regime em questão até a data de 31.01.2015, assim proceder-se-á a retirada dos valores do ICMS cobrado para este produto, ATÉ A DATA DE 31.01.2015; para esta finalidade será juntada planilha de retificação;

PÃO DE QUEIJO MINEIRO - NCM 19052000 - no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS, há previsão de substituição tributária para os produtos sob NCM 1905, porém apenas para produtos derivados de farinha de trigo, o que não é o caso para o produto em questão, já que na composição de “pão de queijo” Não há farinha de trigo;

BEBIDA MISTA SKINKA - NCM 22029000 - para o NCM 2202 temos no anexo 1 do RICMS as seguintes definições: item 2 - água mineral; item 6 - bebidas energéticas e isotônicas; item 10- cerveja; item 37- refrigerante e extrato concentrados destinados ao preparo em máquinas;

AMENDOIM DOCE - NCM 20081100 - para este código de NCM temos no item 38 do RICMS a previsão para produtos “salgados industrializados”;

LIMPADOR DE LÍNGUA - NCM 52418040 - no item 32.2 do Anexo 1 não há descrição produto descrito para esta definição, assim como não há o NCM 5241;

BALDE COM ESCORREDOR LIMPANO, ARROZ DOCE, BARRA DE FRUTAS, PEIXE DESFIADO TIPO BACALHAU, TORTA GELADA, COBERTURA DE CARAMELO, DE MORANGO E P/SORVETE, PINCEL P/BARB, CAIXA DE PAPELÃO, ESCOVA PARA UNHA, POLVILHO P/PÉS, PULVERIZADOR EXPORT GUARANY, SABÃO CREMOSO HIGI CALCINHA, DESINTUPIDOR PARA PIA E TOUCA PARA BANHO - não há previsão no Anexo 1 para este produto;

PIZZA MÉDIA MASSA LEVE - NCM 19011900 - a previsão contida no Anexo 1, item 33.1 é para massa não cozidas;

CONFEITO ESTRELINHA OETKER - NCM 17049020 - no Anexo 1 do RICMS temos no item 11, a previsão para produtos com NCM 1704.90.1, que na tabela NCM tem como definição o produto chocolate branco;

AROMAT ERA RODABRISE - NCM 842489 - até a data de 31.01.2015 há previsão para produtos de limpeza - item 25, do Anexo 1, no entanto, o produto em questão é de uso automotivo;

CONFEITO BOLINHA COLO OETKERR - vide observações acima para confeito estrelinha;

MAC DE ARROZ - NCM 1902.1 - conforme mencionado para outro item, existe previsão de substituição tributária para produtos com este NCM, ocorre que a previsão - item 33.1 está no rol para produtos derivados de farinha de trigo, o que não é a situação do produto em análise;

CAFÉ, NESCAFÉ, CAFÉ DESCAFEINADO - todos com NCM 09012100 - a previsão de substituição tributária para estes produtos era até 31.01.2014, pois revogada pelo Decreto 15.661/14, enquanto que todas as notas fiscais relacionadas na planilha de apuração do débito em questão dizem respeito a períodos posteriores a esta data;

HAMBURGER DE BOVINO, ALMÔNDEGA - NCM 16025000 - a previsão de enquadramento no regime de substituição tributária, segundo informa o item 35-A do Anexo 1 do RICMS, para o NCM 1602 - tem como descrição das mercadorias: enchidos (embutidos) tipo salame, chouriço,

lingüiça, etc. - produtos semelhantes de carne, miudezas ou sangue. Não guardando relação, portanto, para os produtos relacionados no levantamento fiscal (hamburger de bovino, almôndega);

FILE DE PEITO DE FRANGO COZIDO - NCM 16023220 - a previsão que se assemelharia a este produto seria a prevista no item 35, do Anexo 1, do RICMS, porém, o NCM previsto são os 0207 e 0210, com a descrição de produtos comestíveis do abate de aves.

Seguindo, diz observar que tomando como base a data de 31.01.2015, a empresa efetuou em sua escrituração tratamento para inúmeros produtos de limpeza como sendo enquadrados no regime de substituição tributária. Ocorre que esses produtos estiveram sujeitos ao regime de tributação em análise até a data de 31.01.2015, pois teve a revogação, pelo Decreto nº 15.807, de todo o capítulo 25 (material de limpeza) do Anexo 1 do RICMS. Alerta que, inclusive, o Impugnante persiste em equívoco, já que afirma, mesmo após esta data, no seu Anexo 08, que os seguintes produtos estariam enquadrados no regime em comento: **alvejante, tira manchas, naftalina, lava roupas, detergente, limpador multi uso, pasta para sapatos, gel pinho, inseticida, aromatizante, desinfetante, pastilha adesiva para sanitário, amaciante, esponja, lava louças, evita mofo, saco para lixo, saponáceo, desingurdurante, vassoura, sabão em barra, álcool para limpeza, óleo/lustra móveis, etc.**

Destaca outra situação semelhante não foi observada pela autuada, qual seja a revogação do item 35-A, que previa a inclusão dos produtos “enchidos (embutidos) no regime em análise. Em virtude da revogação feita pelo Decreto nº 15921/15, a inclusão desses produtos na substituição tributária somente se deu entre 01.01.2015 e 03.02.2015. Aqui, como no quesito relacionado a material de limpeza, são relacionados (Anexo 08 da defesa) inúmeros produtos não sujeitos ao regime em questão, pois posteriores a 03.02.2015: **lingüiça, salsicha, mortadela, fiambre, etc.**

Também se observa que a empresa não levou em consideração que o produto açúcar - somente esteve enquadrado no regime em análise até 31.01.2015. Acrescenta que o mesmo ocorreu para pilha - NCM 8506, que somente esteve nesse regime de tributação até 31.12.2014.

PIPOCA - NCM 2008 - percebe-se que no item 38 do Anexo 1 do RICMS, há previsão para o produto “salgados industrializados”. Ocorre que da conjugação do código de NCM com a descrição de cada produto não se visualiza o enquadramento de “pipoca” no regime em comento. Vejamos quais os NCM previsto no item 38 e suas respectivas descrições, conforme consta na tabela NCM: 1904.1 - “Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (flocos de milho (com flakes), por exemplo); cereais (exceto milho)”, (grito nosso); a exceção, portanto, exclui o produto pipoca, pois derivada de milho; 2005 - diz respeito a produtos hortícolas e 2008, especificamente 2008.1 - amendoim.

GRANOLA - NCM 1904100- até 31.01.2017 - há previsão no item 38, do Anexo 1 para salgados industrializados, não correspondendo, portanto, à descrição do produto “granola”. OK

BEBIDA LÁCTEA - NCM 0403900- a previsão contida no item 21, do Anexo 1 do RICMS, é para o produto iogurte NCM 0403.1.

Percebe que a empresa volta a incorrer em equívoco em decorrência de revogação de dispositivo normativo aplicável ao assunto. Salienta que no Anexo 08 relaciona produto iogurte, NCM 0403.1, após a data de 31.12.2015, período em que este produto não mais estava incluído na substituição tributária. Da mesma forma se constata em relação ao produto “sandália”, NCM 6402- somente esteve no regime em comento até 31.12.2015. O mesmo ocorreu em relação a gelo - NCM 2201.

COLA - NCM 3506 - também esteve nesse regime de tributação até 31.12.2015, porém, está relacionado no Anexo 08 após esta data;

OLHO DE BOI - NCM 19059090 - Este produto esteve sujeito ao regime de substituição tributária até 31.12.2015. Este foi o tratamento dado por essa auditoria, tanto que somente há divergência desse entendimento com o adotado pela empresa, a partir do ano de 2015. Até 31.12.2015 este produto estaria no item 33.1 do Anexo 1, onde se incluem pães, biscoitos, bolos, bolachas, etc. Vejamos como passou a ser tratado no Anexo 01 depois de 31.12.2015: 1905.90.9 - salgados; 1905.90.2 -

biscoitos e bolachas cream cracker, maisena e Maria; 1905.90.2 - outras bolachas. Observe-se que o NCM idêntico ao utilizado na definição do produto relacionado ao levantamento fiscal - 1905.90.90 - diz respeito, tendo como referência o Anexo 1, a salgado, produto diverso de “olho de boi”, que é doce.

PROTETOR PARA TOMADA - NCM 3925 - efetivamente passou a estar enquadrado no regime em análise a partir de 31.12.2015, pois presente no item 8.17 do Anexo 1. Portanto, procede-se a retificação através de planilha que será apensada.

PIZZA MARGUERITA, CALABRESA, PORTUGUESA, MUSSARELA e outras - NCM 1905.90.90 - Percorrendo o Anexo 01, do RICMS em vigor a partir de 09.03.2016, não se visualiza nenhuma previsão de enquadramento na ST para esse produto. Localiza-se no item 11.16, a descrição do produto “massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”. Portanto, salvo engano, sujeita à tributação normal.

BANHA SUÍNA - NCM 15011000 - para este NCM há no Anexo 1, do RICMS A previsão para os produtos carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados. Aqui temos o produto Banha de porco, que se obtém pelo processo de cozimento da gordura resultante de abate de suíno. Como se vê, não há previsão no Anexo 1 para produto resultante de cozimento.

LICOR - NCM 22087000 - efetivamente esteve enquadrado no regime de substituição tributária até 30.09.2016, assim, compete efetuar retificação no levantamento fiscal. Junta-se planilha retificadora. O mesmo raciocínio se aplicando para aguardente - NCM 22089000 e vinho NCM 22042100. Verifica que a empresa entende, segundo expõe no Anexo 08, que produtos “bebidas alcoólicas” continuam na substituição tributária, mesmo após a revogação, através do Decreto nº 16.987/2016, com efeitos a partir de 01.10.2016.

CEREAL EM BARRA - NCM 19042000-O Anexo 1, do RICMS, vigente até 31.01.2017, trazia em seu item 11.7, os NCM 1904.1 e 1904.9 para os produtos salgadinhos a base de cereais. Já no Anexo 1 vigente a partir de 01.02.2017, passando a ser tratado no item 11.8, houve mudança na definição da nomenclatura de “salgadinhos” para “produtos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação. Pesquisando a descrição do NCM relacionado ao produto descrito no levantamento fiscal - 19042000 na Tabela de Nomenclatura Comum do MERCOSUL, temos a seguinte descrição: “Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos”. Observe-se que na descrição contida no item 11.8 - temos a definição de produto obtido por expansão ou torrefação, deixando claro que o legislador optou apenas para esses produtos o tratamento de tributação pelo regime de substituição. Portanto, o produto em questão não se inclui, pois refere-se a produtos obtidos de cereais não TORRADOS, mesmo que se misture a outros produtos torrados. Não fosse assim, o legislador especificaria o NCM 1902.2, ou então não efetuaria o detalhamento em 1904.1 e 1904.9, bastando mencionar 1904, que incluiria os torrados e não torrados.

MISTURA P/BOLO - NCM 1901.2 - efetivamente enquadrada na substituição tributária a partir de 01.02.2017. Procede-se a retificação pertinente através de planilha a ser anexada.

GRANOLA TRAD NEFIST - NCM 19042000 - para este produto vale a mesma análise feita para cereal em barra: *“NCM 19042000 - O Anexo 1, do RICMS, vigente até 31.01.2017, trazia em seu item 11.7, os NCM 1904.1 e 1904.9 para os produtos salgadinhos a base de cereais. Já no Anexo 1 vigente a partir de 01.02.2017, passando a ser tratado no item 11.8, houve mudança na definição da nomenclatura de “salgadinhos” para “produtos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação. Pesquisando a descrição do NCM relacionado ao produto descrito no levantamento fiscal - 19042000 na Tabela de Nomenclatura Comum do MERCOSUL, temos a seguinte descrição: “Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos”. Observe-se que na descrição contida no item 11.8 - temos a definição de produto obtido por expansão ou torrefação, deixando claro que o legislador optou apenas para esses produtos o tratamento de tributação pelo regime de substituição. Portanto, o produto em questão não se inclui, pois*

refere-se a produtos obtidos de cereais não TORRADOS, mesmo que se misture a outros produtos torrados. Não fosse assim, o legislador especificaria o NCM 1902.2, ou então não efetuaria o detalhamento em 1904.1 e 1904.9, bastando mencionar 1904, que incluiria os torrados e não torrados.”.

VARAL DE AÇO - NCM 73259000 - para o NCM 7325 constata-se no Anexo 1 do RICMS sua citação em duas oportunidades, a primeira na parte relacionada a automóveis - item 1.21 e a outra no item 8.61 na parte que trata de materiais para construção. Conclui-se, portanto, não se relacionarem ao produto em questão.

CHOC. BOLINHAS OETKER - NCM 19041000- no Anexo 1 do RICMS vigente a partir de 01.01.2016 temos a previsão de enquadramento na ST para produtos alimentícios que contenham cacau, sob NCM 1806.9. Aqui, salvo engano o NCM 1904.1 não corresponde à melhor descrição do produto. Como da pesquisa da composição do produto no sítio (internet) da empresa fabricante (<https://www.oetker.com.br/confeitos-coberturas/confeitos/chocbolinha.html>), se constata que o ingrediente cacau está incluso, conclui-se ser pertinente a exclusão, a partir da data de 01.01.2016, deste produto do levantamento. Faz-se de juntada de planilha retificadora.

BISCOITO CREAM CRACKER SOL - NCM 19019090 - a inclusão deste produto no levantamento decorreu de estar classificado com NCM errado. O NCM correto seria o 190531. O produto deve ser retirado do cálculo do débito de ICMS apurado, por incluso no regime em análise.

Após as retificações acima expostas, para a infração 2, resulta o valor devido de ICMS no valor de R\$462.861,60.

Diante dos fatos narrados, informa a juntada de duas planilhas retificadoras para análise dos méritos julgadores. Salienta que nas mesmas constam os valores totalizados mensalmente.

Requer que julgue Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

Em manifestação posterior (fls. 278/284), o Impugnante diz que a Informação Fiscal se encontra maculada por vícios comprometedores de juridicidade, quando posta em confronto com a Impugnação e frente à verdade material inerente ao lançamento.

Após reforçar sua condição de legal representante do contribuinte autuado, mencionar a tempestividade da nova manifestação, passa a enfocar as infrações:

Infração 01

Diz que após tergiversar sobre questões menores e valores irrisórios, entende que a autoridade lançadora orna o ponto nuclear da aplicação do direito com a parte que transcreve da Informação Fiscal, qual seja:

“As demais situações elencadas no Anexo 02 da defesa dizem respeito a produtos de relacionados a empresa Nestlé do Brasil Ltda. Em todo o levantamento fiscal não se visualizou nenhuma nota fiscal vinculada a esses produtos (composto lácteo ideal, leite em pó ninho, leite em pó molico, etc.) que demonstrassem ser fabricados neste Estado, condição estabelecida no art. 268, inc. XXV do RICMS para direito ao benefício fiscal. Saliente-se, conforme acima mencionado, que mesmo após intimação para esclarecimentos a esse respeito (fls. 19) a empresa não apresentou nenhuma documentação que demonstrasse o preenchimento do requisito de serem industrializados neste Estado.”

Registra que isto se vê com um entendimento formatado apenas sob uma ótica simplesmente fiscalista, enfatizando estas proposições:

- a) Que cabia a impugnante o ônus de provar que as operações de saídas realizadas ao amparo do art. 268, XXV, do RICMS-BA (vigente até 31/01/2017), teriam sido industrializadas na Bahia;
- b) Que na auditoria, inclusive por ocasião da Informação fiscal, não visualizou NF vinculada aos produtos com tributação sob a égide do dispositivo legal citado;
- c) E, que os produtos alcançados pelo benefício fiscal do art. 268, XXV, do RICMS-BA (vigente até 31/01/2017), foram só os adquiridos da Nestlé Brasil Ltda.

Afirma que a agressão à Estrita Legalidade Tributária recai da premissa do item “a”, quando se observa estas proposições:

1º) A impugnante marcou presença na relação jurídico-tributária apenas como revendedora de produtos adquiridos de fornecedores produtores ou não dos mesmos, aos quais coube registrar nas notas fiscais emitidas a forma de tributação dos mesmos em consonância com o já referido Art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA;

2º) Da premissa inicial, naturalmente advém esta: com a emissão das notas fiscais evidenciando o suporte jurídico permissivo do tratamento diferenciado de cada operação – seja por registros explícitos no campo de “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES”, seja por referência à redução da base de cálculo junto à descrição do produto, seja por declaração no campo “NATUREZA DA OPERAÇÃO” –, instalou-se em prol da impugnante / contraditora presunção “juris tantum” de que os produtos adquiridos foram produzidos no Estado da Bahia.

Portanto, diz haver contornos substanciais pertinentes com esta verdade silogística: é nitidamente injurídica a exigência da autoridade lançadora para a autuada apresentar prova quanto ao território de produção dos produtos citados, porque na estrutura normativa do preceptivo legal já mencionado, concedente do benefício fiscal, não há qualquer exigência de outro documento declarativo do fato tido como condição jurídica para a redução da base de cálculo dos ditos produtos, além dos registros declarativos nas notas fiscais.

Ademais, a presunção “juris tantum” que milita em favor da impugnante, consubstanciada pelo que registra a nota 2ª, exige prova em contrário para sua revogação e, sabe-se disto, na tarefa do lançamento tributário o dever jurídico de produzi-la recai sobre a autoridade lançadora.

Afirma que a evidência, não paira dúvida que o Princípio da Legalidade Tributária, e seu corolário o da Tipicidade Cerrada, foram agredidos.

Fala que as premissas lançadas nas letras “b” e “c” acima, são típicas de desobediência à ordem jurídica emanada do Princípio da Verdade Material, cuja busca é um dever jurídico imposto inclusive ao aplicador do Direito Tributário, em qualquer situação.

Defende que esta situação está sob o alcance do ente tributante (Estado da Bahia) todas as notas fiscais pertinentes às operações com os produtos alcançados pelo benefício fiscal do predito Art. 268, XXV, só porque parte integrante da Escrituração Fiscal Digital – EFD da impugnante / contraditora. Valendo sublinhar que a identificação minuciosa de todas elas consta nos anexos 02 (NF-e de Compras), 03 e 04 (NF-e de Transferências para outras lojas) da peça impugnatória apresentada.

Aduz que o que transparece é uma velada propensão da autoridade lançadora de não querer identificar a verdade dos fatos, quando o vasto acervo probatório se encontra às suas mãos, mas isso, não afasta dos órgãos judicantes administrativos o dever de promover, pelos meios processuais pertinentes, a busca da verdade material para que a constituição do crédito tributário.

Contudo, no cumprimento do seu ônus probatório, típico de tarefa colaborativa para elucidação material dos fatos no processo administrativo fiscal, sob o amparo do inciso “III” do § 5º do Art. 123 do RPAF-BA traz à colação todos os DANFES identificados por seus respectivos números na “COLUNA – A” do ANEXO-02 de sua impugnação, titulado sob a epígrafe de “DEMONSTRATIVO DOS PRODUTOS ADQUIRIDOS COM O BENEFÍCIO FISCAL DO ART. 268, INCISO XXV, DO RICMS-BA - DECRETO 13.780/2012”. (V. Anexos 03 a 169).

Diz que demonstra que:

“a) na sua esmagadora maioria os referidos documentos são compostos por mais de uma folha e, quase em sua totalidade, acobertam operações de compras de produtos com e sem o referido benefício fiscal, pelo que reclama identificação destes dentre aqueles no âmbito de cada documento;

b) acobertam operações discriminadas no ANEXO-02 da Impugnação suficientes para darem suporte de legitimidade às de transferências para outros estabelecimentos e às de vendas

realizadas pelo estabelecimento fiscalizado”.

Para a infração 2, sustenta a insubsistência jurídica devido as informações declaradas. Observa que a autoridade lançadora registra que o entendimento adotado em relação às operações de saídas a título de vendas dos produtos com o benefício fiscal do Art. 268, XXV, do RICMS-BA, é o mesmo por ela utilizado para rechaçar os argumentos insertos na peça impugnatória do feito quanto a infração 1.

Salienta, conseqüentemente, que as afirmações deságuam nas mesmas contradições aos ditames legais e elementos probatórios já arguidos no contexto do ato processual.

Registra que as demais proposições eleitas pela autoridade lançadora no particular da infração 2 são apenas interpretações ao seu ver corretas da legislação tributária pertinente aos fatos narrados, portanto afeitas estritamente ao universo da aplicação do Direito. Destarte, reserva-se a discuti-las no momento oportuno, após o pronunciamento no julgamento da impugnação apresentada.

Por fim, requer a juntada dos DANFES trazidos à colação como anexos nºs 03 a 169 da peça de contradita.

Conclui reiterando o pedido de improcedência, já feito na inicial.

Indo a ele os autos, por sua vez o autuante se manifesta às fls. 620/623. Sintetiza a nova manifestação do Impugnante e diz que a alegada tergiversação sobre questões menores e valores irrisórios é descabida, pois, na Informação Fiscal enfrentou, de forma objetiva e fundamentada, todas as questões alegadas, já que se trata de matéria sob rigorosa previsibilidade legal, sobretudo em relação à exigência de cumprimento de obrigação tributária principal.

Quanto ao argumento de sua fuga ao enfrentamento de questões em busca da verdade material, fala que este não goza de veracidade sobre a controvérsia instalada, especialmente no que diz respeito aos produtos “leite em pó” e “composto lácteo”, pois da análise dos autos, conclui-se o mérito de toda a controvérsia sem nenhuma tergiversação.

No tocante ao que o autuado classifica como “ponto nuclear repulsivo” da exigência fiscal, assinala que, talvez pelo valor não foi enfrentado pelo Impugnante, porém, como demonstrado, a Informação Fiscal é esclarecedora na pertinência do lançamento.

Para a alegação de desrespeito ao princípio da legalidade tributária em relação a exigência fiscal, afirma não gozar de veracidade sobre a controvérsia instalada e que a exigência fiscal relacionada a inconformidade da autuada no quesito que intitula “ponto nuclear repulsivo”, repousa no tratamento tributário dado pelo sujeito passivo aos produtos LEITE EM PÓ E COMPOSTO LÁCTEO.

Aduz que diante do fato do preposto fiscal adotar procedimento que não convença o autuado é legítimo o direito de irrisignação, porém negar que houve busca da verdade material é recusar-se a reconhecer que os elementos trazidos ao processo apontam os fundamentos da exigência fiscal.

Diz que a incidência tributária sobre os produtos em questão é indiscutível e que o cerne da questão se estabelece quanto à base de cálculo da obrigação tributária. O conflito, como visto, instala-se no mandamento legal contido no art. 268, mc. xxv, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, pois nele consta a previsão de redução de base de cálculo para os produtos mencionados, desde que, fabricados na Bahia.

Disse que restaram situações onde os dados disponíveis para o trabalho de fiscalização demonstravam, a priori, não serem sujeitas à redução de base de cálculo, já que os CFOP discriminados nas notas fiscais de aquisições apontavam para o CFOP 5102 - venda de mercadorias adquiridas de terceiros, portanto, não sendo de produção própria, impossibilitando a confirmação do preenchimento do requisito de serem fabricadas neste Estado.

Sobre tal questão reproduz parte do que consta na Informação Fiscal primeira, dizendo relacionar-se apenas a “leite em pó” e “composto lácteo”; que na auditoria, para gozo do benefício fiscal, considerou os produzidos na Bahia (CFOP 5101); que restaram operações em que

os dados demonstraram, a priori, não habilitadas para gozo da redução de BC (CFOP 5102), por não serem de produção própria do remetente das NFs e que, para estas, solicitou da empresa a confirmação de essas operações estavam relacionadas a mercadorias produzidas na Bahia (fl. 16).

Repisa que, após tal procedimento, a autuada informou que as mercadorias foram recebidas, na maioria, por transferência de outro seu estabelecimento, apresentando a título de exemplo, a NF 65458 (fl. 23) de remetente fora da Bahia e outras contendo o CFOP 5102. Portanto, não constatando o preenchimento da condição para redução da BC, fez a exação fiscal correspondente.

Quanto aos DANFE's de NFs destinadas à autuada e apresentados pelo Impugnante (fls. 287-341), informa o seguinte:

1. Presentes informações sob código fiscal da operação CFOP 5101 (exemplo doc. fls. 287 e 292) produção em estabelecimento situado na Bahia, direito à redução de base de cálculo – foram consideradas na informação fiscal;
2. Documentos relacionados ao remetente NESTLÉ BRASIL LTDA - CFOP 5102 - VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIRO - não preenchimento do requisito para direito a redução de base de cálculo.

Informa ser sabido que as unidades fabris relacionadas a empresa NESTLE é a A DPA (Oairy Partners Americas), joint venture formada pela Nestlé e a cooperativa neozelandesa Fonterra, possui unidades em inúmeros estados da federação, além de ser empresa distinta da remetente dos produtos, segundo aponta os documentos apresentados. Ademais, os centros de distribuição da NESTLÉ, como sabido, não apenas vendem produtos fabricados no Estado em que cada unidade de distribuição está situada.

Registra, ainda, que em inúmeros documentos trazidos na derradeira manifestação da autuada, a exemplo dos de fls. 288, 289, 293, 294, 298, 299 e 332, há menção, no campo de informações complementares, ao dispositivo presente no RICMS anteriormente vigente, Decreto nº 6.284/97 (art. 87, XXI) que previa redução de Base de cálculo nas operações internas para leite em pó, independente de ser fabricado ou não no Estado da Bahia. Essas observações foram feitas mesmo após a vigência do Regulamento do ICMS ATUAL, que, como dito, somente prevê redução de base de cálculo para operação interna desde que fabricado neste Estado. Verifica-se, portanto, que os próprios documentos apresentados pelo contribuinte, nessa oportunidade, assim como nas anteriores, inclusive durante a ação fiscal, não são suficientes para demonstrar direito ao tratamento tributário adotado. Portanto, impertinente a alegação de presunção de direito até prova em contrário.

Conclui ratificando a Informação Fiscal anterior, assim como o pedido de julgamento pela Procedência Parcial do AI.

Nas fls. 625/631, constam extratos de parcelamento/reconhecimento parcial do débito no valor de R\$252.854,71.

Ainda restando questões fáticas a serem elucidadas, conforme pedido de fls. 632-635, após historiar o contraditório instalado no PAF, deferiu-se nova diligência fiscal à Infaz de origem nos seguintes termos:

Considerando que no caso presente a veracidade e consequente responsabilidade pela correta aplicação das disposições do art. 268, XXV, do RICMS-BA, deve ser conferida pelo fisco junto aos estabelecimentos fabricantes ou distribuidores das mercadorias LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO recebidos pelo estabelecimento autuado – o que deve ser feito encaminhado as informações à repartição fiscal competente da jurisdição daqueles remetentes -, essa 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para o autuante:

- 1) Excluir do procedimento fiscal as operações com LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO cuja acusação fiscal se motiva na correta aplicação do disposto no art. 268, XXV, do RICMS-BA;

2) Com relação à SODA CÁUSTICA POLITRIZ - NCM 28151100, e BEBIDA MISTA SKINKA - NCM 22029000, tendo em vista que as informações fiscais a respeito não esclarecem a conclusão a respeito (fls. 267 e 269), informar se as excluiu ou não do levantamento fiscal e o motivo da sua conclusão;

3) Excluir do levantamento o item PÁ P/LIXO – NCM 96039000.

Conforme fls. 639-643, atendendo à diligência, a Autoridade Fiscal autuante informa o seguinte:

Item 1 do pedido: Exclusão das operações com LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO

Procedeu a exclusão na forma pedida e destaca que por ocasião da Informação Fiscal original já havia acolhido à reclamação relacionada às mercadorias “leite em pó integral big leite”.

Item 2 do Pedido: Informação a respeito de SODA CÁUSTICA POLITRIZ – NCM 28121100 e BEBIDA MISTA SKINKA – NCM 22029000

Informa que “No tocante à SODA CÁUSTICA – NCM 28121100, o Anexo 01 do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores relacionados (2014), CONFORME estipulado no item 25.32, previa substituição tributária para estes produtos, porém, PARA UTILIZAÇÃO EM PISCINA. Após pesquisa no site da empresa fabricante (Rede Mundial de computadores - Internet no endereço <https://www.politriz.ind.br/?post-produto=soda-caustica-plitriz>), verificou-se que a destinação deste produto é para desentupir pias e ralos”.

Quanto à “BEBIDA MISTA SKINKA – NCM 22029 – o Anexo 01 do RICMS/BA prevê substituição tributária para produtos com este NCM para bebidas energéticas e isotônicas. Em pesquisa ao site https://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_energ%C3%A9tica e https://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_esportiva”. Nesse caso, distingue a conceituação de “bebidas energéticas” da de “bebidas isotônicas”, de modo a dar entender que ambos itens não foram excluídos da autuação.

Item 03 do pedido: Excluir do levantamento o item PÁ P/LIXO – NCM 96039000

O item foi excluído do levantamento.

Por consequência da diligência, apresenta novo e ajustado demonstrativo de débito para as infrações.

Concluída a diligência o sujeito passivo foi cientificado do seu resultado e se manteve silente.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo e documentos de fls. 04, 09, 11, 13, 59, 275, 276 e 645, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 60, 274, 641-643); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não

influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Conforme acima relatado, o sujeito passivo assim impugna o lançamento.

Infração 01

Transcrevendo os artigos 268, XXV e 265, II, “a” e “d”, e 289, do RICMS-BA, diz que o autuante elege como supostos fáticos, quase tão somente, operações de saídas de mercadorias a título de transferências (CFOP 5152) acusando tributação inferior ao devido, mas não identificou fatos cruciais na fiscalização, quais sejam: a) que a EFD registra inúmeras operações de entrada a título de compras de produtos contemplados pelo benefício fiscal do art. 268, XXV, do RICMS-BA; b) inúmeros registros de transferências de produtos adquiridos com o benefício citado; c) entradas por compras dos produtos com o benefício fiscal citado; d) transferências de produtos com o benefício citado para o estabelecimento CNPJ 13.436.092/0016-85; e) transferências de produtos com o benefício citado para outros estabelecimentos filiais.

Fala que tais operações importam numa ilegítima exação de R\$677.743,50, sendo R\$668.985,86 constante no Anexo 03, “Coluna R”, linha 224 e R\$8.757,64 constante no Anexo 04, “Coluna Q”, linha 22. Assim, reconhece devido na infração o valor de R\$97.234,63.

Infração 02

Diz que, de fato, os registros na EFD revelam que dentre as operações realizadas por ECF há inúmeras com produtos amparados com redução de BC, isenção, e pelo encerramento da fase de tributação. Os produtos são: Leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, Leite pasteurizado do tipo especial e sal de cozinha, produtos submetidos ao regime da ST.

Por consequência, em demonstrativos que diz anexar, expõe:

II-M1 – Saídas a título de vendas dos produtos com benefício do art. 268 XXV do RICMS-BA (V. ANEXO 05, também identificado com a seguinte numeração de fls. 1 a 11, impresso no seu rodapé);

II-M2 – Saídas a título de vendas de leite pasteurizado, com isenção do ICMS pelo art. 265, II, “a” do RICMS-BA (V. ANEXO 06, também identificado com a seguinte numeração de fls. 1 de 1, impresso no seu rodapé);

II-M3 – Saídas a título de vendas de sal de cozinha, com isenção do ICMS pelo art. 265, II “d” do RICMS-BA (V. ANEXO 07, também identificado com a seguinte numeração de fls. 1 de 3, impresso no seu rodapé);

II-M4 – Saídas a título de vendas de produtos submetidos ao regime ST, com encerramento da fase de tributação, cfe art. 268 do RICMS-BA (V. ANEXO 08, também identificado com a seguinte numeração de fls. 1 de 88, impresso no seu rodapé).

Por consequência, extraindo dados da EFD elaborou o demonstrativo ANEXO 09 para indicar produtos ingressados por transferência de suas filiais.

Diz que nesta infração as operações registradas nos Anexos 05 no valor de R\$245.208,35, 06 no valor de R\$ 7.247,667, 07 no valor de R\$ 1.700,67 e 08 no valor de R\$ 54.104,34, tudo somando R\$ 308.260,92 estariam consoante com o art. 268, XXV, do RICMS-BA. Fala que tal valor deve ser reduzido do autuado (R\$ 463.881,37), de modo que reconhece devido R\$ 155.620,45.

Por sua vez, em Informação Fiscal prestada na forma indicada no § 6º, do art. 127, do RPAF, pormenorizadamente analisando os argumentos de documentos defensivos, a Autoridade Fiscal autuante ajusta a exação da Infração 01 para R\$ 774.948,00 e a da Infração 02 para R\$462.861,60.

Notificado do resultado da Informação Fiscal, o sujeito passivo se manifestou às fls. 278-284 e aportou os documentos de fls. 285-341 (DANFE’s).

Reproduzindo parte de texto da Informação Fiscal, o Impugnante disse que a autoridade lançadora tergiversou sobre questões menores e não apreciou o “ponto nuclear” abordado na

Impugnação que seria, no caso, a prova quanto ao território de produção de produtos beneficiados com o benefício fiscal contido no art. 268, XXV do RICMS-BA.

Pois bem. Analisando os autos e ponderando os argumentos de acusação e defesa, já elucidando o caso, algumas observações se fazem necessárias.

A primeira é que, ao contrário do alegado pelo Impugnante, como acima relatado, a Informação Fiscal de fls. 262-274 foi prestada na forma indicada no §6º do art. 127 do RPAF, contra restando minuciosamente todas as alegações defensivas.

Ponto outro e de direito do Impugnante, é entender que a manifestação da Autoridade Fiscal não tenha atendido à sua expectativa, tendo em vista divergência quanto ao direito alegado, dada às divergentes interpretações sobre os fatos geradores envolvidos na autuação.

É que, de modo sintético - e aí concordo com o autuante -, apresentando demonstrativos suportes das alegações (Anexos 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08), o argumento defensivo basilar se funda nos seguintes tópicos: a) Desconsideração da correta tributação sobre operações com “leite em pó” e “composto lácteo” industrializados na Bahia, cuja carga tributária seria 7%, conforme art. 268, XXV, do RICMS-BA; b) saídas isentas de leite pasteurizado tipo especial, contendo 3,2% de gordura, dos tipos A e B, e de leite pasteurizado magro, contendo 2,0% de gordura, além de sal de cozinha, conforme art. 264, II, “a” e “d” do RICMS-BA; c) saída sujeitas a ST, conforme art. 289, do RICMS-BA.

Tais argumentos expostos nos citados demonstrativos anexos, repito, conforme relato acima, foram minuciosamente contra restados pelo autuante na Informação Fiscal, relatando, inclusive, a participação do contribuinte no curso do procedimento fiscal fornecendo informações a respeito das operações registradas na escrita fiscal, especialmente quanto às mercadorias “leite em pó” e “composto lácteo” que, ao fim e ao cabo, como se verá, consiste no ponto nuclear tido pelo Impugnante, cuja divergência material se centra na comprovação do local da industrialização para direito ao benefício da redução da BC prevista no art. 268, XXV, do RICMS-BA, já que as demais alegações, ainda que apontadas apenas nos demonstrativos anexos à Impugnação, já que produzido genericamente em linguagem jurídica o texto da Impugnação não orienta de forma detalhada o conteúdo impugnativo contido nos anexos.

Contudo, ainda assim, vê-se da pontuada e detalhada Informação Fiscal de fls. 262-273 e mídia CD de fl. 274-verso, que as alegações defensivas foram assim contraditadas:

Infração 01

Esclarecido que o motivo da desconsideração da redução de BC aos produtos “leite em pó” e “composto lácteo” da marca NESTLÉ foi que embora oportunamente instigado o contribuinte autuado não esclareceu o local de produção – itens que também se registram na Infração 02 -, a outra alegação e que se relaciona com o “leite longa vida vale dourado”, foi acolhida pelo autuante.

Infração 02

Com relação à redução da BC, acertadamente, o autuante acatou e excluiu por identificação da produção interna, o “leite em pó integral BIG LEITE, relacionado no Anexo 05 da Defesa, mantendo-se os demais, todos da marca NESTLE, pela mesma motivação exposta para a Infração 01.

Sobre as isenções alegadas e que se relacionam às mercadorias “sal de cozinha” e “leite pasteurizado”, as alegações não procedem porque, quanto ao sal, as mercadorias objeto da autuação são SAL ESPECIAL PARA CHURRASCO SOUTO e SALO ROSA DO HIMALAIA e não “sal de cozinha”. Do mesmo modo, quanto ao leite, a mercadoria objeto da autuação é o LEITE PASTEURIZADO TIPO C e a isenção prevista no art. 268, II, “a” do RICMS-BA, limita-se ao leite tipos A e B.

Quanto à alegação de mercadorias que estariam na ST (Anexo 09, fls. 128-215), tem-se o seguinte:

- Por constarem do Anexo 01 do RICMS-BA, as mercadorias “restaurador peroba de madeira clara” com a NCM 27101999, “protetor para tomada” com a NCM 3925 e “licor” com a NCM 22087000, foram excluídas da exação.
- SODA CÁUSTICA POLITRIZ – NCM 28151100:
Um dos objetos da diligência de fls. 632-634, acertadamente foi mantida na autuação, pois a mercadoria destina-se ao desentupimento de pias e ralos, enquanto a Soda Cáustica figurante no Anexo 01 do RICMS/BA, no item 25.32 serve ao uso em piscina.
- PÁ P/LIXO – NCM 96039000:
Embora não tenha sido excluída na ocasião da Informação Fiscal por expressão de divergente entendimento do registro legal sobre o item, conforme diligência pedida às fls. 632-634, por determinação da JJF este item foi excluído, conforme Informação Fiscal consequente (fl. 640).
- BEBIDA MISTA SKINKA – NCM 22029 – Também item da diligência de fls. 632-634, o Anexo 01 do RICMS/BA prevê substituição tributária para produtos com este NCM para bebidas energéticas e isotônicas e o autuante pesquisando a distinção entre a mercadoria autuada e as sujeitas à ST, justificou a manutenção.

Observando que cientificado da Informação Fiscal prestada nos termos do art. 127, §6º do RPAF, além de juntar DANFES de NFs de mercadorias destinadas à empresa autuada, o Impugnante se manifestou apenas repetindo as genéricas alegações contidas no texto da Impugnação, para as demais mercadorias objetos da autuação, tendo em vista que para serem subsumidas ao regime de tributação por ST a NCM e descrição constante do documento fiscal devem coincidir com a NCM e descrição constante no Anexo 01 do RICMS-BA, conforme o relatório acima reproduzindo a detalhada Informação Fiscal inicial, todas as alegações defensivas foram acertadamente rechaçadas com as seguintes fundamentações:

Algumas por não terem previsão de ST por não estarem no Anexo 01 (osso palito pulgão, silicone tecovel aromat, balde com escorredor limpano, limpador de língua, caixa de papelão, desentupidor para pia, touca para banho, sabão cremoso higi calciha, pulverizador export Guarany, polvilho para pés, escova para unha, pincel p/barba, granola, torta gelada, barra de frutas, peixe desfiado e arroz doce).

Outras, em face da NCM e descrição do documento fiscal não coincidirem com as contidas no Anexo 01 do RICMS/BA (lava roupas liq higi bebê, silicone carnu, confeito glacucar, óleo de cedro p/móveis, cera líquida Max, vaselina king líquida, pão de queijo mineiro, amondoim doce, pizza média massa leve, confeito estrelinha oetker, aromat era rodabrise, hamburguesr de bovino, almôndega, filé de peito de frango cozido, pipoca, bebida láctea, olho de boi, pizza marguerita e outras e banha suína).

Outras, porque ao tempo compreendido pelo procedimento fiscal, não integravam o rol de itens sujeitos à ST (produtos de limpeza, bebidas alcóolicas, sandália e cola).

Ora, do contraditório instalado e já decidido sobre os itens “2” e “3” da diligência de fls. 632-634, resta decidir apenas sobre a divergência de entendimento relativa ao item “1”, ponto nuclear tido pelo Impugnante que, como se deriva do mandando para exclusão das operações relativas às operações com LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO, no caso, razão lhe cabe, tendo em vista que a verificação quanto à correta aplicação das disposições do art. 268, XXV, do RICMS-BA, deve ser efetuada pelo fisco no estabelecimento remetente, no caso, NESTLÉ, encaminhando as informações à repartição fiscal competente da circunscrição dos seus estabelecimentos remetentes da Bahia.

Nesse caso, cumprindo a diligência deferida, conforme Informação Fiscal de fls. 639-643 e novo demonstrativo suporte das infrações 01 e 02 constantes da mídia CD de fl. 644, a exclusão foi efetuada e novo demonstrativo de débito ajustando o crédito tributário em lapidação neste PAF foi efetuado.

Assim, tendo em vista que notificado na forma regulamentar para conhecer o ajuste efetuado o Impugnante podendo se manifestar a respeito se manteve silente, aplica-se ao caso a disciplina contida no artigo 140 do RPAF, abaixo reproduzido:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Por consequência, nada tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal ajustado, acolho como devido os valores remanescentes para declarar as infrações 01 e 02 parcialmente subsistentes.

Assim, repisando o entendimento expresso no pedido de fls. 632-634 relativo à correta aplicação das disposições do art. 268, XXV do RICMS-BA para produtos industrializados na Bahia a ser conferida nos estabelecimentos do fabricante situados neste Estado, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com o demonstrativo de débito original ajustado na forma exposta nas fls. 641-643, recomendando que as informações pertinentes excluídas deste PAF sejam remetidas às repartições fiscais de circunscrição do(s) fabricante(s) situados na Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0006/18-5**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$291.299,26**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos pelo parcelamento.

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 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR