

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0006/18-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0147-02/19
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/07/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0114-12/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIA. **a)** SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS. **b)** SAÍDAS REGISTRADAS EM EQUIPAMENTO ECF. Diligência fiscal promoveu a exclusão dos valores exigidos relativos às operações de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, e operações de entrada de mercadorias sujeitas ao benefício fiscal de redução de base de cálculo (art. 268, XXV do RICMS-BA), vigente no período autuado. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida, relativa ao presente Auto de Infração, lavrado em 28/08/2018, exige ICMS no valor de R\$1.238.859,50 em razão das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2014 a 2017) - R\$774.978,13, acrescido da multa de 60%.

2. 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 (2014 a 2017) - R\$ 463.881,37, acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 652 a 669) inicialmente foi fundamentado que o lançamento preenche os requisitos formais e materiais, demonstrando com clareza os fatos geradores do crédito tributário, com indicação dos dispositivos infringidos, determinadas com segurança, identificado o infrator, e que inexistem vícios capazes de ser nulificado.

Ressaltou que lançamento por homologação obedeceu ao disposto no §§2º e 3º, do art. 150 do CTN.

No mérito, com relação a infração 1, inicialmente ressaltou que na impugnação foi argumentado que a fiscalização, não considerou operações de entrada e de saídas por transferências para filiais de produtos contemplados pelo benefício fiscal previsto no art. 268, XXV do RICMS-BA, reconhecendo como devido o valor de R\$97.234,63.

Quanto à infração 2, ressaltou que foi alegado não ter considerado as operações realizadas por ECF com produtos amparados com redução de BC, isenção, e encerramento da fase de tributação: 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, previstos nos artigos 268 XXV, 265, II, “a”, “d” do RICMS-BA (leite pasteurizado/isento; sal de cozinha/isento; e produtos submetidos ao regime ST, com tributação encerrada, reconhecendo como devido R\$155.620,45.

Comenta que o autuante na informação fiscal contestou os argumentos defensivos, reduzindo um pouco o débito da infração 2 para R\$462.861,60, o que foi contestado na manifestação feita pelo autuado seguido de nova informação fiscal, detalhada às fls. 262-273 e mídia CD de fl. 274-verso, que as alegações defensivas foram assim contraditadas, apreciando que:

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 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 calcinha, 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, amendoim doce, pizza média massa leve, confeito estrelinha oetker, aromat era rodabrise, hamburgueses 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 alcólicas, 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.

A 2ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

VOTO

O presente auto de infração, acusa recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, sendo que a infração 1 refere-se a saídas com emissão de notas fiscais, e a infração 2, relativa a saídas através do ECF, relativo aos mesmos produtos.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a desoneração se refere ao afastamento da exigência fiscal nas duas infrações, relativo aos produtos:

- a) Leite longa vida e leite em pó e composto lácteo fabricado no Estado;
- b) Restaurador peroba de madeira clara - NCM 27101999; Protetor para tomada - NCM 3925; Licor - NCM 22087000, PÁ P/LIXO – NCM 96039000.

Com relação às operações com leite longa vida e em pó, observo que as operações objeto da autuação, referem-se ao período de 01/01/14 a 31/12/2017, cujo inciso XXV do art. 268 que foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, com efeitos a partir de 01/02/17, estabelecia no período fiscalizado:

Redação anterior dada pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17: “XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Redação anterior dada pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15: “XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Pelo exposto, correto os ajustes promovidos pela fiscalização com relação ao leite longa vida vale dourado e leite integral big leite (fl. 265), diante das provas de compras efetivamente realizadas de produtos fabricados no Estado, contemplados pelo benefício fiscal do Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA, vigente nas datas de ocorrências do período fiscalizado.

Com relação aos produtos: restaurador peroba de madeira clara - NCM 27101999; protetor para tomada - NCM 3925; licor - NCM 22087000, PÁ P/LIXO – NCM 96039000, que o sujeito passivo alegou serem submetidos ao regime da substituição tributária. Observo que em atendimento à diligência determinada pela 2ª JF, (fls. 632/634), o autuante refez os demonstrativos originais, fazendo a exclusão dos referidos produtos.

Constato que o produto PÁ P/LIXO - NCM 96039000, estava relacionado no Anexo 1 do RICMS/BA, como sendo enquadrado na substituição tributária os produtos “Vassouras, rodos, cabos e afins”; RESTAURADOR PEROBA DE MADEIRA CLARA - NCM 27101999 - no Anexo 1, item 25.15; PROTETOR PARA TOMADA - NCM 3925 - passou a ser enquadrado no regime a partir de 31.12.2015, no item 8.17 do Anexo 1 e LICOR - NCM 22087000 - efetivamente esteve enquadrado no regime de substituição tributária até 30.09.2016, revogado pelo Decreto nº 16.987/2016, a partir de 01.10.2016.

Por tudo que foi exposto, constato que as desonerações promovidas na decisão proferida pela primeira instância, tem como base a previsão legal de redução de base de cálculo, que equivocadamente foi exigido ICMS pela alíquota cheia, e de produtos que se enquadravam no regime de substituição tributária no período fiscalizado.

Considero correta a decisão ora recorrida, que com as retificações procedidas pela fiscalização e consolidadas nos demonstrativos refeitos, de fls. 639 e 643, abaixo reproduzido:

Data Ocorr	Data Vencto	INFRAÇÃO 01		INFRAÇÃO 02	
		Autuado	Julgado	Autuado	Julgado
31/01/14	09/02/14	2.234,81	2.033,40	20.349,94	17.056,75
28/02/14	09/03/14	2.223,54	815,75	7.796,68	5.071,48
31/03/14	09/04/14	3.845,00	2.219,10	8.143,80	4.908,40
30/04/14	09/05/14	2.970,42	1.146,22	8.533,81	5.396,96
31/05/14	09/06/14	10.296,84	82,27	8.284,16	5.093,36
30/06/14	09/07/14	11.190,30	161,39	11.276,82	6.814,86
31/07/14	09/08/14	4.069,64	160,72	10.914,39	6.741,61
31/08/14	09/09/14	17.456,09	342,32	11.314,62	7.284,01
30/09/14	09/10/14	8.299,86	144,09	9.751,57	5.676,19
31/10/14	09/11/14	11.992,03	173,02	9.466,05	5.531,47
30/11/14	09/12/14	7.050,75	113,01	9.183,91	5.804,15
31/12/14	09/01/15	11.819,78	130,17	10.220,95	6.345,83
31/01/15	09/02/15	819,74	97,48	8.262,48	4.787,56
28/02/15	09/03/15	5.300,28	715,92	18.354,15	16.620,91
31/03/15	09/04/15	9.532,71	252,07	7.465,75	4.402,61
30/04/15	09/05/15	44.326,57	163,62	9.749,28	3.607,97
31/05/15	09/06/15	27.265,84	199,75	15.463,24	4.782,42
30/06/15	09/07/15	40.751,50	255,92	15.732,20	5.477,71
31/07/15	09/08/15	7.129,70	73,33	13.849,46	4.762,09
31/08/15	09/09/15	31.512,88	165,71	13.785,04	4.268,64
30/09/15	09/10/15	11.528,53	113,65	12.475,55	4.025,15
31/10/15	09/11/15	21.139,70	113,60	14.528,08	4.589,09
30/11/15	09/12/15	9.606,49	47,60	12.507,39	3.962,60
31/12/15	09/01/16	55.684,87	40,64	12.236,07	5.718,24
31/01/16	09/02/16	16.197,49	85,75	15.840,46	7.333,85
29/02/16	09/03/16	12.154,77	2.507,53	9.603,23	2.996,01
31/03/16	09/04/16	44.597,02	2.038,05	13.314,90	5.284,48
30/04/16	09/05/16	3.185,27	2.411,30	13.332,85	3.632,56
31/05/16	09/06/16	27.600,74	3.159,28	15.350,69	4.916,96
30/06/16	09/07/16	31.343,18	3.530,75	15.391,08	5.817,71
31/07/16	09/08/16	39.837,94	5.011,19	11.881,02	4.219,89
31/08/16	09/09/16	44.531,05	3.376,69	11.011,92	2.952,82
30/09/16	09/10/16	35.214,81	3.294,56	14.865,22	2.468,23
31/10/16	09/11/16	42.638,97	3.282,47	13.853,73	2.401,46
30/11/16	09/12/16	16.078,99	4.106,78	10.257,73	1.795,69
31/12/16	09/01/17	76.417,50	3.938,30	7.058,62	1.968,32
31/01/17	09/02/17	5.223,32	4.932,95	9.258,94	1.674,70
28/02/17	09/03/17	2.843,87	2.831,32	3.109,39	2.106,03
31/03/17	09/04/17	3.267,89	3.251,41	2.364,32	2.338,73
30/04/17	09/05/17	2.524,68	2.514,79	2.368,28	2.361,50
31/05/17	09/06/17	2.874,44	2.874,44	2.327,04	2.311,48
30/06/17	09/07/17	1.944,80	1.939,68	2.706,94	2.682,64
31/07/17	09/08/17	508,61	508,61	2.208,19	2.190,64
31/08/17	09/09/17	1.543,28	1.543,28	2.530,96	2.493,85
30/09/17	09/10/17	1.467,94	1.467,94	2.516,39	2.468,28
31/10/17	09/11/17	1.567,37	1.567,37	2.312,44	2.227,80
30/11/17	09/12/17	1.719,51	1.719,51	771,64	624,05
31/12/17	09/01/18	1.646,82	1.646,82		
Total			73.301,52		217.997,74

Portanto, não merece qualquer reparo a Decisão proferida pela 2ª JF, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido, 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 homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS