

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 281231.0008/18-8
<b>RECORRENTE</b>	- ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - ACRDÃO JJF N° 0172-03/19
<b>ORIGEM</b>	- INFAS ITABUNA (COSTA DO CACAU)
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 11/02/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0311-11/20-Vd

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração procedente. Afastadas nulidades suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 07/12/2018, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$203.843,61, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação de recolhimento a menos de ICMS, decorrente da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017. (infração 03.02.02)

Após a devida instrução processual, assim entendeu a Junta de Julgamento Fiscal:

### VOTO

*Com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, constato que o presente PAF se encontra apto a surtir os efeitos fáticos e jurídicos, considerando que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento em análise, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração. O Autuado recebeu cópia dos demonstrativos, além do CD contendo todas as planilhas que dão suporte a autuação conforme fls. 7 a 10. Observo que inexistem nos autos, quaisquer elementos que indiquem a ocorrência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes, para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o quantum devido.*

*No mérito, o autuado foi acusado de ter realizado o recolhimento a menos de ICMS, decorrente da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017. (infração 03.02.02)*

*O defendente alegou que confrontando a legislação pertinente, deste Estado, com o suporte do lançamento de ofício, identificou inúmeras operações de saídas de mercadorias do estabelecimento, que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal. Citou dispositivos do RICMS/2012, para alegar que teria identificado mercadorias isentas, com redução de base de cálculo e enquadradas no regime de substituição tributária, que deveriam ser expurgadas do demonstrativo elaborado pelo fiscal. Disse ter elaborado demonstrativo neste sentido e reconheceu como devido parte do débito consignado no Auto de Infração, cujo parcelamento providenciou.*

*Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que analisando detidamente as alegações defensivas, comparando com o demonstrativo que dá suporte ao auto de infração, as notas fiscais descritas, onde se visualiza todos os produtos que resultaram na exigência fiscal in commento, não consta qualquer produto abarcado pela isenção (sal de cozinha, fubá e farinha de milho, arroz, feijão e farinha de mandioca). Acrescentou que sobre os DANFE juntados ao processo pela defesa (fls. 18 à 114), constata-se que não guardam qualquer relação com o levantamento fiscal, visto que no demonstrativo que subsidia/integra o auto de infração, nenhuma das notas fiscais a esses documentos correspondem.*

*Compulsando os autos, em especial o CD, onde consta o levantamento fiscal fl. 10, comparando com o demonstrativo contido no CD elaborado pela defesa, verifico que, de fato, conforme afirmado pelo Autuante, não vislumbra as mercadorias sujeitas a isenção, conforme consignadas nos dispositivos regulamentares, art. 265, inciso II, (sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho), qualquer mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, art. 289, nos termos da legislação vigente no período autuado, tampouco mercadorias sujeitas a aplicação de alíquotas de 7%, conforme inciso I, do art. 16 do RICMS/2012 (arroz,*

*feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca), conforme alegado pelo autuado.*

*O defendente também argumentou, sobre o leite em pó e o leite de gado tipo longa vida (esterilizado), cujo benefício da redução de base de cálculo é dado sob condição, entende ser imperiosa a prova das Entradas dos produtos nesta condição no seu estabelecimento, visto que foram objeto de inúmeras operações de transferências para outros da mesma empresa.*

*Nos termos preconizados pelos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/2012, o benefício da redução de base de cálculo é dado sob condição. E esta exigência é que sejam operações internas e o produto industrializado neste Estado. O Autuante demonstrou que estas mercadorias que foram arroladas no levantamento fiscal, não foram produzidas no Estado da Bahia. Explicou que sobre o leite UHT ITALAC, a nota fiscal de nº 224233 (fl. 40) foi produzida no Estado de Goiás, portanto, não preenche o requisito para usufruir do benefício concedido pela legislação, por não ser fabricado no Estado da Bahia.*

*Acrescentou que sobre o leite UHT leitíssimo, leite VALEDOURADO e leite ALIMBA, somente foi objeto da cobrança de diferença de ICMS neste processo, a partir de 01.02.2017 - após, portanto, a vigência do benefício fiscal aplicado ao produto.*

*Dessa forma, entendo que o autuado não trouxe aos autos, qualquer fato ou prova que tivesse o condão de descharacterizar o presente lançamento de ofício.*

*Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.*

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nas alegações que segue:

Inicialmente, alega como preliminar de nulidade que o voto condutor não analisou o contexto fático-probatório de forma minudente e explícita.

Salienta a recorrente que juntou ao feito 97 (noventa e sete) DANFs (sic) comprovantes das entradas e saídas no estabelecimento fiscalizado dos produtos alcançados pelo benefício de redução da alíquota do ICMS, outorgado pelo Art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o que foi totalmente desprezado de análise pelo conselheiro relator do feito, que se convenceu apenas com esta afirmativa da autoridade lançadora, reproduzida no quarto último parágrafo da peça decisória: “O Autuante demonstrou que estas mercadorias que foram arroladas no levantamento fiscal, não foram produzidas no Estado da Bahia.”.

Salienta que a 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF no PAF do AI-281231.0006/18-5, que também tem a recorrente como sujeito passivo, em decisão interlocatória que integra o feito (v. ANEXO-01), determinou a realização de DILIGÊNCIA quanto à matéria.

Assim, entende que o Acórdão em referência atropelou os enunciados de todos os incisos do art. 489 do CPC, o que é apenas a demonstração de uma verdade irrefutável, que traz em sua esteira ser ele continente de vício determinante de sua absoluta nulidade.

Ademais, afirma que o legislador do RPAF-BA normatizou a hipótese de nulidade aqui versada de modo peremptório, registrando no art. 18, inciso III, daquele diploma legal que são nulas as decisões não fundamentadas. Evidentemente, sem delinear os elementos necessários à esta fundamentação. Daí a incidência do CPC pátrio na espécie, que também a ela se reporta pela norma determinante do § 2º do seu Art. 1.046.

Entende como via de consequência, a prolação de decisão interlocatória devolvendo o feito à JJF prolatora do Acórdão acoimado do vício acima apontado para que ela promova seu saneamento, é a providência natural a ser tomada por esta egrégia CJF.

No mérito, assevera que 97 (noventa e sete) DANFs (sic) foram trazidos ao feito pela recorrente demonstrando que houve aquisições de mercadorias com tributação sob o amparo do Art. 268, inciso XXV, do RICMS-BA, dando respaldo às operações de suas respectivas saídas do estabelecimento fiscalizado.

Salienta que:

- 1<sup>a</sup>. A recorrente marcou presença na relação jurídico-tributária apenas como revendedora de produtos adquiridos de fornecedores produtores ou não dos mesmos, aos quais coube registrar nas respectivas notas fiscais emitidas por eles a forma de tributação dos mesmos em consonância com o já referido Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA.
- 2<sup>a</sup>. Em consequência, 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 recorrente presunção “juris tantum” de que os produtos adquiridos foram produzidos no Estado da Bahia.

Portanto, defende que é nitidamente injurídica a exigência das autoridades à recorrente, consubstanciada na imposição de que ela apresente 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, entende que a presunção “juris tantum” que milita em favor da recorrente 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.

Apresenta a supracitada decisão da 2<sup>a</sup> JJF, a qual entendeu pela Procedência Parcial do feito.

Por fim, requer:

- Que o acórdão resultante do julgamento deste recurso seja proferido com feição jurídica de decisão interlocatória, apenas com declaração expressa da nulidade do Acórdão aqui vergastado (por decorrência das razões expostas nos subitens I-A a I-J da peça recursal), devolvendo o feito à Terceira JJF para promover seu saneamento, nos termos das prescrições legais pertinente.
- Alternativamente, que sob o manto da norma exceptiva do Art. 155, Parágrafo único do RPAF-BA, seja conhecido o mérito da causa e dado provimento a este recurso em sua substancialidade, determinando a desconstituição do crédito tributário no exato limite das razões predisponentes da juridicidade desta pretensão inscritas nos subitens II-A a II-M supra registrados.

## VOTO

A autuação impõe ao sujeito passivo o cometimento de recolhimento a menos de ICMS, decorrente da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017. (infração 03.02.02).

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade pela falta de análise do contexto fático-probatório de forma minudente e explícita no voto condutor, tal alegação não procede.

Na informação fiscal, o autuante verificou que os DANFES apresentados pela empresa não guardam qualquer relação com o levantamento fiscal, visto que no demonstrativo que subsidia/integra o Auto de Infração, nenhuma das notas fiscais a esses documentos correspondem.

Após compulsar os autos, o julgador de piso analisou as questões postas e finalizou afirmando que o autuado não trouxe aos autos qualquer fato ou prova que tivesse o condão de descharacterizar o presente lançamento de ofício, decidindo pela procedência, o que já demonstra que após a apuração dos documentos apresentados (os noventa e sete DANFES), estes não foram capazes de elidir a acusação (por não ter vinculação com as operações autuadas).

Ademais, em se tratando de matéria fática, a sua apuração nesta oportunidade já seria suficiente para sanar a suposta omissão de manifestação da primeira Junta, como entendeu o recorrente. Assim, apurando os DANFES apresentados com os demonstrativos da autuação, verifico que, de fato, não há correlação entre as operações autuadas com os documentos apresentados.

Nesta senda, descabe a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente de que não houve fundamentação por parte da decisão de piso, sendo despiciendo o retorno dos autos à primeira instância.

Quanto ao questionamento da diligência realizada no acórdão CJF Nº 0114-12/20, informo que a diligência não é um direito subjetivo do contribuinte, mas sim um recurso destinado aos julgadores para elucidação de questões que não estejam claras no processo, o que não é o caso.

As razões que levaram à diligência no Processo nº 281231.0006/18-5 não são objeto deste Auto de Infração. As operações com leite aqui autuadas ocorreram após a vigência do benefício fiscal aplicado ao produto, ou seja, após 01/02/2017. Já a operação com o leite UHT ITALAC, Nota Fiscal nº 224233 (fl. 40) embora diga respeito a período anterior, não é um produto produzido no Estado da Bahia, mas sim no Estado de Goiás, condição esta que afasta o benefício fiscal em comento.

Deste modo, tendo em vista que estes foram os pontos trazidos em sede de Recurso Voluntário, devidamente rebatidos nesta oportunidade, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281231.0008/18-8, lavrado contra ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$203.843,61, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS