

A. I. N° - 232903.0004/19-3
AUTUADO - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-03/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. **b)** OPERAÇÕES COM CFOP 5927. **c)** OPERAÇÕES COM CFOP 5926. **d)** OPERAÇÕES COM CFOP 5926 - PRODUTO LINGUIÇA. Acatado na informação fiscal, os argumentos do autuado, relativamente ao produto “*banha*”, excluído do levantamento fiscal da infração 01, declarada parcialmente subsistente. Quanto às demais infrações, o contribuinte não apresentou elementos com o condão de ilidir a acusação fiscal. Infrações caracterizadas. Indeferido pedido de diligência fiscal e perícia técnica. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, exige crédito tributário no valor de R\$321.350,59, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$270.024,98, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em operações destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$2.543,33, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em operações com CFOP 5927, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$35.632,85, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em operações com CFOP 5926, sem a devida tributação, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$11.134,72, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em operações com CFOP 5926, sem a devida tributação, em relação ao produto linguíça, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$2.014,71, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.36/53. Diz que vem, por intermédio de seu procurador infra-assinado, Carlos Augusto Pereira de Souza, contabilista inscrito no CRC sob o n° 022146/O-0 com escritório no endereço na Av. Demétrio Couto Guerrieri, n° 317, Centro, Eunápolis-BA, onde

deverá receber as intimações e notificações referentes a esta demanda, sob pena de nulidade, tempestivamente, apresentar impugnação ao auto de infração conforme segue.

Após reproduzir a **infração 01**, diz que a primeira observação que faz, é que os cupons fiscais, emitidos via ECF estavam “*regularmente escriturados*”. Porém, alega-se que as alíquotas aplicadas eram menores do que, as que efetivamente deveriam ser utilizadas.

Afirma que examinando a planilha que sustenta a infração, observa que diversos produtos aos quais aplicou a alíquota zero sobre a base de cálculo, são, na verdade, operações enquadradas no regime de substituição tributária.

Cita as mercadorias, com a respectiva menção a NCM e ao item do Anexo 1 do RICMS/2012, onde entende estariam enquadradas: Ripinha de Frango Pif Paf 450g, Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g, Spaghetti Massa Leve Fresca 500g, por exemplo. Diz que todas as mercadorias estão listadas na sub planilha “Planilha Infração 01” em *excel*, “Planilha Comercial Bahiano AI 2329030004.19.3.xml” anexa ao CD da impugnação.

Nesse sentido, diz que seu procedimento está conforme o que vem decidindo a Secretaria da Fazenda Estadual da Paraíba, nos termos de Acórdão que reproduz. Cita também, decisão do CONSEF/BA, em casos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja operação fora tributada com erro na base de cálculo.

Informa que em relação a esta infração, foram refeitos na anexa planilha citada, todas as operações apontadas no auto de infração. Frisa haver divergência em todas as competências. Ao revés do valor de R\$270.024,98 apurado, reconhece como devido apenas, R\$ 65.816,06. Pede seja revisado o lançamento para este valor.

A respeito da **infração 02**, diz ser totalmente improcedente. Verifica uma série de imprecisões no levantamento fiscal e diz separar estas imprecisões em cinco categorias.

a) foram tratados no relatório fiscal como mercadorias tributadas, algumas saídas de mercadorias não tributadas, porque beneficiadas por isenção tributária. É o caso do Brócolis (NCM 7099990), Maracujá em polpa kg (NCM 4061090), Pimenta Malagueta kg (NCM 9109900), entre outros relacionados na planilha. Frisa que todos estes produtos são isentos, conforme Convênio ICMS 44/75. Reproduz excerto do que dispôs o mencionado Convênio 21/2015. Por tais razões, diz que devem ser subtraídos do valor lançado pela fiscalização, as exações sobre operações mercantis com produtos isentos relacionados na referida planilha.

b) devoluções de mercadorias adquiridas de terceiros. Anota que a devolução de compras tem que ser, tal qual veio destacado na nota de origem, razão pela qual, também não é devido o tributo sobre tais exações.

c) operações com produtos tributados sobre o regime de substituição tributária, com antecipação do imposto já realizada. Cita os produtos com a respectiva NCM e item do Anexo 1 do RICMS/2012: Carga Gillette Mach 3 - 01 Unid, Bolo da Casa Limão kg, Ripinha de Frango Pif Paf 450g, Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g, Spaghetti Massa Leve Fresca 500g, por exemplo. Afirma que todas as mercadorias estão listadas na sub planilha “Infração 02” em *excel* “Defesa Auto Cambuí Dendê 0890080004.19-5.xml” anexa em CD a impugnação. Sustenta que as citadas mercadorias não se sujeitam à tributação, posto que sujeitas à substituição tributária, portanto, não há que se falar em autuação por aplicação a menor das alíquotas nas saídas. Reproduz Acórdão do CONSEF sobre o tema.

d) ocorrência de *bis in idem* pelo lançamento de ofício de operações já tributadas, com ICMS apurado e pago quando da emissão do cupom fiscal. Afirma que a emissão de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal, não configura nova operação, portanto não deve ser utilizada para apuração de imposto, sob pena de configurar-se em dupla tributação e enriquecimento ilícito do Estado. Explica que tais ocorrências se encontram discriminadas na sub planilha “Infração 02” em *excel* “Defesa Auto Cambuí Dendê 0890080004.19-5.xml” anexa em CD à impugnação, com a observação “Substituição de Cupom Fiscal. O ICMS foi destacado na Venda”.

e) por fim, operações de estorno de crédito, lastreadas no comando do art. 312 do RICMS. Não há, infração nestes casos relacionados na sub planilha da Infração 02, sendo evidente a não ocorrência de fato gerador nas operações CFOP 5949. Conclui que esta infração é totalmente improcedente.

No que tange a **infração 03**, diz que se trata das mercadorias baixadas do estoque, com o CFOP 5.927, código fiscal referente a lançamentos de perda, roubo ou deterioração. Explica ser habitual em supermercados, que contam com produtos com data de vencimento e sujeitos a deterioração, que devem ser retirados das prateleiras para preservação da saúde do consumidor. A este respeito cita previsão do art. 293 do RICMS/BA. Registra mais uma vez, a SEFAZ/PB em decisão a este respeito, consagrando a utilização do CFOP 5.927.

Acrescenta que a baixa de estoque por deterioração, furto ou perda, não implicam incidência de ICMS. A conclusão é de que qualquer das três ocorrências, não representam acréscimo patrimonial do contribuinte. Ao revés disso, é prejuízo. Exigir tributo de tais ocorrências é ilógico, ilegal, injusto. Assim, pede que se reconheça a improcedência total do lançamento realizado sob este argumento.

Sobre a **infração 04**, afirma que, a exemplo das infrações anteriores, o auditor imputa aplicação de alíquota menor nas operações com o CFOP 5.926. Tais lançamentos, por sua própria natureza, não configuram fatos geradores do ICMS. Eis a descrição do CFOP: *“lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação”*.

Observa que nas operações lançadas com este código, enquadram-se dois tipos de situação: a primeira, relativamente a mercadorias convertidas em insumos de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento. Neste caso, enquadram-se itens como: farinha de trigo e sal para fabricação de pães; farinha de trigo, ovos, açúcar, entre outros, para fabricação de bolos; pão, queijo, hambúrguer, para fabricação de sanduíches vendidos na lanchonete do estabelecimento. Na segunda hipótese, trata-se de mercadorias vendidas em conjunto – *kit* – que foram reclassificadas diante de sua desagregação, ou mesmo da reclassificação de mercadorias similares, baixadas por equívoco na operação de venda do estoque.

Explica ser esse o caso, por exemplo, de produtos como o *kit* “Shampoo Tresemmê Hidr Prof 400 + cd 200ml”, onde houve desagregação para a venda individual da mercadoria.

Afirma que entendimento similar, tem a Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, que emitiu resposta à Consulta SEFAZ Nº 2 de 06/02/2017 nos termos que reproduz. A diferença é unicamente a utilização de CFOP diverso, o que não muda o fato de a escrituração ser realizada desta forma.

Comenta que em uma ou outra hipótese, a reclassificação gerará o registro da saída sob o CFOP 5926 e a respectiva entrada do novo produto com o CFOP 1926. Nestes casos, não há circulação de mercadoria para efeitos de ICMS. Sobre o tema cita o jurista Geraldo Ataliba e Cleber Giardino. Assevera que as mercadorias não mudaram de titularidade, logo, não há que se falar em incidência de ICMS. Por tal razão, a infração deve ser integralmente julgada improcedente.

Relativamente à **infração 05**, diz ser igual à anterior, porém limita-se a uma única mercadoria: linguiça. Nota que o auditor imputa aplicação de alíquota menor, nas operações com o CFOP 5.926. Entende que tais lançamentos, por sua própria natureza, não configuram fatos geradores do ICMS. Eis a descrição do CFOP: *“lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação”*.

Registra que neste caso, são mercadorias convertidas em insumos de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento. Repete exemplo da infração anterior. Diz que a linguiça é utilizada para fabricação de sanduíches vendidos na lanchonete do estabelecimento. Essa produção implicará reclassificação do produto, e gerará o registro da saída sob o CFOP 5926 e a respectiva entrada do novo produto com o CFOP 1926. Não há circulação as mercadorias não mudaram de titularidade, logo não há que se falar em incidência de ICMS. Por tal razão, a infração deve ser julgada improcedente, não havendo qualquer tributo a pagar.

A respeito da multa, afirma que o Auditor aplicou multa de 60% por conta do suposto equívoco. Frisa que, caso fique comprovado que a base de cálculo eleita pelo fiscal é a correta, não há como lhe penalizar por uma legislação mal formulada. Entende que as penalidades aplicadas ao caso, considerando a circunstância da má redação do artigo que determina a redução da base de cálculo, devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte, conforme preceito que se pauta na “presunção de inocência”.

Comenta que deve se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado, visto que o percentual de 60% se demonstra deveras excessivo.

Protesta pela produção de prova pericial ou de diligência fiscal, nos moldes dos artigos 123 e 145 do Decreto nº 7.629/1999, juntando, para tanto, os quesitos que elabora e designando seu assistente técnico em caso de aprovação do pedido da perícia técnica.

Requer: a) que se declare a inaplicabilidade da multa de 60%, reduzindo-a ao percentual de 20%; b) que se revise o lançamento da Infração 01 para ajustá-la ao valor devido de R\$66.865,00; c) que se reconheça a improcedência total das infrações 02, 03, 04 e 05; d) que se declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas de tais condutas no processo; e) protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

O Autuante presta informação fiscal fls.57/64. Diz que o Contribuinte apresentou defesa ao auto de fração de forma tempestiva, sendo anexado um CD de dados, com as planilhas constantes do Auto de Infração, e, em cada uma, contestado alguns produtos, acatando outros como devido, ao mesmo tempo, que apresenta razões para a aceitação ou não, da infração.

Diz que passa a analisar cada impugnação, apresentado os fatos e as razões que motivaram a presente autuação.

Sobre a **Infração 01**, diz que, ainda que a defesa não descreva todos os produtos indicados na planilha contida no CD anexado à defesa, por justiça fiscal, passa a analisar todos aqueles que indicam a sua não concordância ou foi considerado como indevido:

1) produtos elencados na substituição tributária:

e1) Pipoca diversas e doce - não é produto obtido através de expansão – os “produtos “sujeitos a ST seriam apenas os salgados a base de cereais, os denominados “chips de milho ou outros cereais. A partir de 01/02/2017 houve uma mudança na redação do anexo 1 pelo Decreto número 17.303, de 27/12/2016, DOE 28/12/2016, efeitos a partir de 01/02/2017 com a adoção da expressão “produtos” ao invés da expressão “salgadinhos”, mesma descrição do código CEST, considerando orientação do COTEPE. Como orientação tributária disponibilizada pela GECOT (doc. 03);

f1) - presunto parma – Não se pode confundir este produtos com aqueles em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, pois tratam-se de mercadorias industrializadas derivadas de carne suína, com sistema de produção relativamente complexo (chegando a perdurar por até dois anos), assemelhados aos “enchidos” ou “embutidos” (Copas) - Não é da ST;

g1) - ripinha de frango pif paf 450g – produto industrializado - recorte de peito de frango, água, sal, xarope de glicose, alho, proteína de soja, açúcar, salsa, pimenta preta, páprica, realçador de sabor glutamato monossódico (ins 621), acidulante ácido cítrico (ins 330), estabilizante: tripolifosfato de sódio (ins 451i) e espessante: carragena (ins 407). Não é da ST;

h1) - Spettin Pif Paf Frango kg – Produto Industrializado - Filé de peito de frango, água, sal, glicose de milho, açúcar, proteína de soja, extrato de levedura, proteína vegetal hidrolisada, óleo essencial (alho, noz moscada, pimenta, cebola e salsa), regulador de acidez: lactato de sódio (INS 325), estabilizante tripolifosfato de sódio (INS 451i), espessante carragena. Não é da ST;

i1)- semi folhado da casa (diversos sabores) e de creme kg - Parecer 4133/2015 - As saídas internas de salgados e produtos de panificação e pastelaria, a exemplo de sanduiches e coxinhas, não são abrangidas pela antecipação tributária da farinha de trigo. Operações tributadas normalmente;

j1)- cereal e granola - diversas marcas e sabores - não é produto obtido através de expansão – os “produtos “sujeitos a ST seriam apenas os salgados a base de cereais, os denominados “chips de milho ou outros cereais. A partir de 01/02/2017 houve uma mudança na redação do anexo 1 pelo Decreto número 17.303, de 27/12/2016, DOE 28/12/2016, efeitos a partir de 01/02/2017 com a adoção da expressão “produtos” ao invés da expressão “salgadinhos”, mesma descrição do código CEST, considerando orientação do COTEPE.

k1) - Tagliatelle Mezzani 500g – massa pré-cozida. Não é da ST. Produtos da ST devem ser massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.

l1) - xerém moinho grapiúna 500g milho (tipo canjiquinha). Não é farinha de milho. Não é isento. Face ao exposto, diz que reconhece como indevida, apenas a cobrança em relação ao produto “Banha”, que representa redução da infração no valor R\$1.122,04, passando de R\$ 270.024,98 para R\$268.902,94, conforme novo anexo VI.I – em meio magnético – CD.

A respeito da **infração 02**, afirma que a defesa apresenta quatro situações tentando descaracterizar a infração. Sintetiza estes argumentos defensivos. Aduz que da análise do demonstrativo de débito que serviu de base para o levantamento fiscal, não identifica nenhum produto indicados na defesa. Ademais, caso tais produtos fizessem parte da presente infração, os mesmos seriam tributados, com base no descrito na infração 01.

Explica também, que da análise do arguido na impugnação, não se constata no demonstrativo da infração, nenhuma operação com CFOP que indique ser de devolução, como também, relativamente às operações com substituição aos Cupons Fiscais (CFOP 5929), e por fim, não observa na defesa, nenhum demonstrativo que possibilitasse a identificar possíveis estorno de crédito. Em relação a essa última afirmativa, indaga, como o contribuinte procedeu a tal estorno, se não houve o destaque do ICMS nas operações apuradas na infração. Destaca que todas as operações tiveram como base o CFOP 5949, “outras operações”, onde o contribuinte não traz nenhum argumento logico e concreto, para que haja uma análise pela fiscalização, que possa permitir uma revisão dessa infração. Diante do exposto, mantém na integralidade essa infração.

Relativamente a **infração – 03**, explica que esta infração trata das mercadorias baixadas do estoque com o CFOP 5.927, decorrente de perda, roubo ou deterioração. Aponta que o autuado alega que não seria devido o imposto, em relação as operações com imposto já antecipado, apesar de não apontar quais produtos estariam nessa situação. Quando da análise das operações constantes dessa infração, diz que não identifica nenhum produto da ST. Sobre a alegação de que caberia uma multa formal, pela falta de registro, destaca que o levantamento fiscal não teve como base essa ocorrência, pois foram emitidas em todas as operações as respectivas NF, apenas não tiveram o destaque do imposto.

Salienta que pela falta de apresentação pelo contribuinte das alíquotas de entradas desses produtos, conforme solicitado pela fiscalização através do *e-mail* em anexo – (Doc. 04), não sendo apresentado pelo contribuinte durante a ação fiscal, nem apresentado na defesa tais alíquotas, portanto utiliza a alíquota interna de 18%, como na infração 02, pois o contribuinte não demonstra os valores do estorno referentes a estes CFOP's. Face ao exposto, mantém a infração na sua integralidade.

No que tange a **infração 04**, informa que nas operações lançadas com CFOP 5926, aponta a defesa tratar-se de mercadorias convertidas em insumos de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento. Mais uma vez, diz que o contribuinte indica um produto que não foi autuado. Alega ainda que vários produtos foram agregados a novos produtos, contudo, não apresenta nenhuma planilha, para que essa fiscalização possa apurar tal afirmativa. Destaca que no enunciado do Demonstrativo da Infração – Anexo IX.I, indica que tais produtos não foram utilizados no preparo de produtos tributados, ademais existe diversos produtos nessa infração ex.:

Caneca, Cera, Chá, Cola, Conjunto de Garfo, Copo, Coqueteleira, Escumadeira, Fósforo e inúmeros outros, que descaracterizam suas afirmativas.

Na segunda hipótese, diz que o autuado alega trata-se de mercadorias vendidas em conjunto – kit – que foram reclassificadas diante de sua desagregação, ou mesmo da reclassificação. Comenta que não identifica nas operações de saídas, qualquer venda de Kit preparado pelo contribuinte, tendo em vista que os citados Kits, já foram adquiridos como tal, ou seja, tiveram nas suas aquisições a indicação também, como Kit, ou seja, foram preparados pelo próprio fornecedor, inclusive o Kit indicado na defesa e outros, não constam do levantamento fiscal, ademais, frisa que não identifica na EFD a composição de qualquer produto como KIT.

Alega ainda, a defesa, que as mercadorias não mudaram de titularidade, logo não há que se falar em incidência de ICMS. Observa que tal afirmativa, não condiz com os fatos e produtos elencados pela fiscalização.

Diante do descrito, afirma que essas mercadorias tiveram outro destino (venda sem NF, perda, roubo etc), diferentemente, do que foi apontado. Mantém na integralidade a presente infração.

Na **infração 05** repete a alegação da defesa, de que essa infração é igual à anterior, porém limita-se a uma única mercadoria: linguiça. Afirma que por reconhecer que esse produto compunha como ingrediente ou recheio outros produtos, procedeu a redução de 7% na base de cálculo do total de cada operação, utilizando-se conforme descrito na “Observação” do Anexo X, que do total de quilos do produto “ingrediente para feijoada” comercializado, num total de 349,40Kg, sendo que a linguiça, é um dos ingredientes, tendo sua correspondência (proporção) no percentual de 12%, conforme *e-mail* do contribuinte em anexo – (Doc. 5 - anexado), tem-se assim, 41,93Kg de linguiça utilizada no ingrediente para feijoada. Em função do total comercializado de 1.197,67Kg de linguiça (demonstrativo da Infração, aplicado o 41,93Kg utilizado nesse ingrediente sobre esse valor, teríamos um percentual de 3,5% de produto utilizado. Por bom senso fiscal, explica que avaliando outros produtos tributados que a empresa comercializa, onde a linguiça é adicionada em menor proporção, a exemplo de pizzas e Bauru, adiciona mais 3,5%, do total consumido como ingrediente. Assim, passa a ter um percentual total de 7% de linguiça sem tributação, onde a incidência se daria nas saídas desses produtos.

Face a todas informações prestadas, conclui só reconhecer como indevido, o item indicado na Infração 01 – 03.02.02, que deduzido o valor de R\$1.122,04, passa o presente Auto de Infração de um valor histórico de R\$321.350,59, para o valor de R\$ 320.228,55.

O Autuado tomou ciência da informação fiscal fl. 77, e permaneceu silente.

VOTO

Preliminarmente, embora não tenham sido arguidas nulidades, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a diligência ou perícia técnica solicitada pelo autuado. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” e II “a” do

RPAF/BA, a realização de diligência e perícia pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide, e a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, todas as irregularidades apuradas na ação fiscal tratam de recolhimento a menos do ICMS, por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, em operações devidamente escrituradas.

Na **infração 01**, o defendente centrou sua defesa na alegação de que diversos produtos, sobre os quais o Autuante constatou a aplicação da alíquota “zero”, na verdade, são operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, portanto com fase de tributação encerrada. Apensou um CD contendo planilha onde disse apontar estas mercadorias.

Por seu turno, o Autuante em sede de informação fiscal, analisou extensa e detalhadamente cada produto apontado pela defesa, esclarecendo porque os citados produtos não estão enquadrados no regime de substituição tributária. Abriu exceção para a mercadoria “*banha*” tendo em vista que o referido produto (NCM 1501), teve sua inclusão na ST, a partir de 01/2016. Refez o levantamento fiscal excluindo este produto.

Sobre o enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária, observo que a legislação indica que a descrição dos produtos deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos pelos contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos de NCM, para comprovar se determinado produto encontra-se ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Dessa forma, para verificar a condição de determinada mercadoria, deve ser observada, necessariamente, a sua adequação ao código de NCM e a respectiva descrição constante da norma respectiva. Na presente discussão, as mercadorias em comento possuem uma descrição genérica, com posição de NCM as vezes coincidentes com a registrada no Anexo 1, porém sua descrição constante no mencionado documento e a composição na elaboração do produto indicam que a mercadoria não corresponde àquela contida na norma, o que afasta sua aplicabilidade à substituição tributária.

Sendo assim, acato as conclusões do Autuante, que ajustou o levantamento fiscal para excluir apenas o produto “*banha*”, cuja NCM 1501 e descrição são coincidentes com o Anexo 1 do RICMS/2012, e foi incluso no regime de substituição tributária a partir de 01/2016. Infração parcialmente subsistente conforme demonstrativo ajustado fls. 65/66.

Na **infração 02**, a irregularidade apurada no tocante a aplicação da alíquota indevida, se deu em operações destinadas ao consumo do estabelecimento.

O defendente afirmou ser totalmente improcedente esta infração devido aos equívocos cometidos pela fiscalização, que teria inserido no levantamento fiscal: mercadorias com saídas beneficiadas pela isenção tributária; mercadorias que foram devolvidas; produtos tributados sobre o regime de substituição tributária; operações já tributadas, com ICMS apurado e pago quando da emissão do cupom fiscal; por fim, operações de estorno de crédito, lastreadas em dispositivo regulamentar. Sobre estes argumentos, o Autuante explicou que da análise do demonstrativo de débito que serviu de base para o levantamento fiscal, não identificou qualquer dos produtos indicados na defesa. Acrescentou que não se constata no demonstrativo da infração, qualquer operação com CFOP que caracterize devolução, como também, mercadorias enquadradas na substituição tributária, registradas nos Cupons Fiscais (CFOP 5929). Apontou que no demonstrativo contido no CD da defesa, inexistia qualquer referência que possibilitasse a identificação do suposto estorno de crédito. Salientou que o levantamento fiscal mostra que não houve o destaque do ICMS nas operações apuradas nesta infração, visto que tiveram como base o CFOP 5949, “*outras operações*”, onde o contribuinte não traz indicação concreta, que possibilitasse uma revisão dessa infração.

Acato as conclusões do Autuante, considerando que o demonstrativo contido no CD trazido aos autos com a impugnação, não se constata as mercadorias e os pontos levantados pela defesa.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

A **infração 03** trata de aplicação de alíquota não prevista na legislação, para operações registradas com CFOP 5927- Lançamento efetuado a título de baixa de estoque.

O defendente afirmou que estes lançamentos se referem a baixa de mercadorias do seu estoque pela perda, roubo ou deterioração, procedimento comum em seu ramo de atividade. Disse que estes registros se encontram em consonância com a legislação vigente e o imposto não foi destacado porque se referem a mercadorias enquadradas na substituição tributária, portanto com fase de tributação encerrada.

O Autuante afirmou que não identificou no levantamento fiscal, qualquer produto da ST. Esclareceu que nesta infração cobrou o imposto não destacado no documento fiscal. Considerando que intimou o contribuinte para apresentar o correspondente documento fiscal de entradas para que fosse identificada as alíquotas desses produtos, e não foi atendido, conforme cópia do *e-mail* no processo – (Doc. 04), utilizou a alíquota interna de 18%, pois o contribuinte não demonstrou os valores do estorno referentes a estes CFOPs.

É importante ressaltar, que é verdadeira a alegação defensiva de que há previsão no art. 293 do RICMS/2012, que na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a nota fiscal, emitida para esse fim, especificar as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento.

Entretanto, como o autuado não apresentou provas materiais de suas alegações, não pode ser acolhida a argumentação defensiva de não cometimento da infração. Dessa forma concluo pela subsistência da infração 03.

A **infração 04**, trata de aplicação de alíquota não prevista na legislação, para operações registradas com CFOP 5926 - lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, sem a devida tributação.

O defendente em sua impugnação, afirmou que se tratam de mercadorias convertidas em insumos para novos produtos a serem comercializadas pelo estabelecimento e mercadorias vendidas em conjunto – *kit* – que foram reclassificadas diante de sua desagregação ou reclassificação de mercadorias similares, baixadas por equívoco na operação de venda do estoque. Apresentou entendimento que para os dois casos, não há circulação de mercadoria para efeitos de incidência do ICMS.

O Autuante em informação fiscal esclareceu, que mais uma vez, o contribuinte indicou produto que não foi autuado. Disse que o contribuinte não apresentou planilha com os alegados produtos agregados/desagregados em novos produtos e não identifica na EFD a composição de qualquer produto como KIT.

Analisando os elementos que dão suporte a esta infração, especialmente o levantamento fiscal, verifico que, de fato, o Demonstrativo da Infração – Anexo IX.I, indica uma série de produtos que não justificam a alegada agregação / desagregação, aduzida pelo Autuado, muito menos, poderiam ser utilizados como insumos no preparo de alimentos. Dentre outros, vale citar: caneca, cera, chá, cola, conjunto de garfo, copo, coqueteleira, escumadeira, fósforo e inúmeros outros, que contradizem suas informações. Assim, declaro subsistente a infração 04.

A **Infração 05** trata de recolhimento a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em operações com CFOP 5926, sem a devida tributação, em relação ao produto linguça.

O Autuado rebateu esta infração afirmando que nestas operações com o CFOP 5.926, por sua própria natureza, não configuram fatos geradores do ICMS. Informou que a linguça é utilizada como insumo na elaboração de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento, como a fabricação de sanduíches vendidos na lanchonete do estabelecimento. Entende que não há circulação de mercadorias pois não mudaram de titularidade, logo não há que se falar em incidência de ICMS.

O Autuante disse reconhecer, que parte desse produto foi utilizado como ingrediente ou recheio na elaboração de novos produtos, e por isso mesmo, aplicou a proporcionalidade para realizar o lançamento. Logo, o levantamento fiscal já atende essa peculiaridade ao considerar um percentual nas saídas do produto linguça sem tributação.

Sobre esta infração, acolho as conclusões do Autuante, visto que em consonância com os documentos apresentados e a legislação de regência. Infração procedente.

O defendente alegou, que a multa aplicada de 60% é excessiva, e deve se aplicar o valor mínimo de 20%, pois as penalidades devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte.

A multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada na alínea 'a', inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96, portanto é legal. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Por fim, o Autuado afirmou que por intermédio de seu procurador, Carlos Augusto Pereira de Souza, contabilista inscrito no CRC sob o nº 022146/O-0 com escritório no endereço na Av. Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis-BA, onde deverá receber as intimações e notificações referentes a esta demanda, sob pena de nulidade

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232903.0004/19-3**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$320.228,55**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea "a", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 01 de julho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR