

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0001/18-3
RECORRENTE - VAREJÃO 25 COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0009-03/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR LANÇADO E O IMPOSTO RECOLHIDO. Há coincidência do valor, seja ele DIFAL ou recolhimento a menor por escrituração errônea, o recolhimento aos cofres públicos foi efetuado como ICMS-Normal, não havendo nenhum prejuízo ao erário o tipo do recolhimento. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. **b)** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Acolhe-se parcialmente os argumentos recursais, pois verifica-se razão do contribuinte ao comparar tanto no parecer citado, como nos procedimentos feitos por ela para a devida dispensa do imposto para os produtos produzidos ou de alguma forma modificados dentro Estado. Assim, exclui-se da autuação o “charque fribarreiras”, pois tal produto é fabricado na cidade de Barreiras Estado da Bahia, enquadrando na hipótese do art. 271 do RICMS/BA. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 12/03/2018, refere-se à exigência de R\$87.258,80 de ICMS, acrescido da multa de 60%, sendo que as infrações 3 e 4 foram insubstancial, sendo objetos de recurso as infrações 1 e 2, em decorrência de:

Infração 01 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de outubro de 2014. Valor do débito: R\$5.706,28. Multa de 60%.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2014. Valor do débito: R\$22.352,22. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 95 a 99 do PAF, o autuante presta informação fiscal às fls. 216 a 218 dos autos. A 3ª JJF decidiu pela Procedência Parcial nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo,

não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de outubro de 2014.

Com base no Registro de Apuração do ICMS, fl. 13 dos autos, o autuante apurou o ICMS debitado no mencionado livro, e confrontou com o valor recolhido no respectivo mês, conforme Parcelamento de Débito à fl. 15, exigindo a diferença apurada no demonstrativo à fl. 11.

O deficiente alegou que o valor indicado como não recolhido foi devidamente pago em 10/11/2014, conforme revela o DAE (código de receita 0791 - ICMS Complementar Alíquota), e comprovantes anexos (fls. 110/111 do PAF), exatamente no valor de R\$ 5.706,28.

O autuante informou que não procede a alegação defensiva. O valor pago em 10/11/2014, refere-se ao débito da diferença de alíquota do ativo imobilizado do mês 10/2014, pela aquisição de bens constantes das notas fiscais nº 434 e 42.843, conforme documentos anexos à Informação Fiscal.

Conforme DMA referente ao mês 10/2014 (fl. 12 do PAF), foi apurado saldo devedor de R\$255.906,41, incluindo o débito relativo à diferença de alíquota (R\$5.706,28). No Registro de Apuração do ICMS à fl. 13, não constou o mencionado débito relativo à diferença de alíquota, por isso, foi apurado o ICMS total a recolher de R\$250.200,13. Neste caso, depreende-se que foi excluído o valor da diferença de alíquota, em razão do recolhimento alegado pelo deficiente, conforme fls. 109/110.

Entretanto, no parcelamento do débito à fl. 15, constou como valor principal R\$244.493,85, quando o valor a ser parcelado deveria ser R\$250.200,13, o que resultou na diferença apurada pelo autuante na planilha à fl. 11. Dessa forma, o recolhimento alegado pelo deficiente, não comprova o imposto apurado e exigido no presente lançamento, por isso, esta infração é subsistente, no valor de R\$5.706,28.

Infração 02: recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2014.

O autuado alegou que o ANEXO II (fls. 18/28 do PAF) do auto de infração, utilizado para demonstrar a irregularidade apontada, indica que a utilização de alíquota incorreta pelo contribuinte referiu-se às seguintes mercadorias: mortadela, calabresa, charque e toscana. Entretanto, nos termos da redação anterior do art. 271 do RICMS-BA, que produziu efeitos de 01/08/2013 até exatamente 30/11/2014, tais produtos não eram tributados nas saídas internas. A partir de 01/12/2014, passou a ser devido o imposto (alíquota de 17%), em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 15.661.

O autuante esclareceu que o benefício fiscal constante do art. 271 do RICMS/BA, é aplicado na aquisição e revenda de produtos resultantes de simples abate de animais e não se aplica às mercadorias autuadas, tendo em vista que as mesmas são resultantes de processos industriais de transformação, acondicionamento ou beneficiamento, de acordo com o art. 4º do Regulamento do IPI.

Para melhor entendimento, é reproduzido abaixo o art. 271 do RICMS-BA/2012, redação vigente até 30/11/2014:

Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o referido relativo às aquisições dos animais vivos.”.

Redação dada ao caput do art. 271 pela Alteração nº 16 (Decreto nº 14.707, de 09/08/13, DOE de 10 e 11/08/13), efeitos de 01/08/13 a 30/11/14.

Entendo que assiste razão ao autuante, considerando que a dispensa estabelecida no art. 271, acima reproduzido, se refere às saídas efetuadas por estabelecimento abatedor, enquanto as mercadorias objeto da autuação são resultantes de processo de industrialização, transformação, acondicionamento ou beneficiamento. São mercadorias como mortadela, calabresa e charque, de acordo com o levantamento fiscal efetuado com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD do Contribuinte.

Observo que no levantamento fiscal foram apurados os valores devidos item a item, aplicando-se a alíquota de 17% e calculadas as respectivas diferenças das operações realizadas. Neste caso, o levantamento fiscal foi efetuado levando em conta a situação tributária das mercadorias, de modo que o montante exigido é o resultado dessas diferenças encontradas. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, no mês de abril de 2014. Demonstrativo às fls. 29 a 32 do

PAF.

O defendente alegou que a análise do levantamento fiscal permite inferir que o preposto fazendário utilizou a MVA (Margem de Valor Adicionado), para apurar o crédito tributário devido nas operações com determinadas mercadorias, quando deveria ter utilizado a Pauta Fiscal, critério corretamente utilizado pelo impugnante para quantificar e recolher o ICMS devido na qualidade de substituto tributário das mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação.

Na informação fiscal, o autuante disse ter constatado que a nota fiscal nº 238013, paga em 27/03/2014, foi lançada pelo autuado na EFD em 01/04/2014. De acordo com a legislação vigente à época, o pagamento deveria entrar como referência do mês 04/2014, entretanto, o autuado lançou o pagamento como referente ao mês 03/2014, gerando assim a divergência nos valores apurados.

Afirmou que o autuado comprovou, através dos documentos apresentados na defesa, o pagamento da antecipação tributária referente à nota fiscal nº 238013, por isso, acatou o argumento defensivo e disse que deve ser excluída a infração 03 da autuação.

O defendente apresentou planilha e cópias de DAEs às fls. 176 a 202, para comprovar as razões de defesa e, embora não tenha apresentado alegações específicas quanto à NF 238013, o autuante apresentou o entendimento de que a comprovação do pagamento relativo à mencionada Nota Fiscal é motivo para exclusão deste item da autuação fiscal.

Observo que no demonstrativo analítico elaborado pelo autuante às fls. 31/32, não foi constatado que existem informações ou dados relativos à mencionada nota fiscal, encontrando-se dificuldade quanto ao entendimento em relação ao levantamento fiscal, inclusive na aplicação de MVA ou pauta fiscal, por isso, tais inconsistências implicam nulidade da autuação.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, impõe-se sua a nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, podendo a autoridade competente determinar a realização de novo procedimento fiscal.

Infração 04: multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março de 2013, e outubro de 2014. Multa percentual sobre o valor recolhido a menos, totalizando R\$51.636,61.

O defendente informou que possuía o Termo de Acordo Comércio Atacadista até abril de 2013, quando espontaneamente requereu a revogação da concessão (anexo Parecer n. 9774/2013 da SEFAZ-BA - Processo n. 06501720130). Afirmou que no primeiro trimestre de 2013 tinha o Termo de Acordo do Comércio Atacadista não considerado pelo autuante.

Em relação à multa referente a outubro/2014, alegou que o preposto fiscal, equivocadamente, considerou em sua apuração o ICMS de mercadorias objeto de devolução pelo impugnante (anexas Nota Fiscal de Devolução n. 035795 - referente à NF-e n. 852665; e Nota Fiscal de Devolução n. 035792 - referente à NF-e n. 161501).

Excluindo tais mercadorias/notas do cômputo, uma vez que não há imposto devido em operações posteriormente desconstituídas, afirmou que o ICMS antecipação parcial referente à competência de 10/2014, foi totalmente recolhido, conforme DAEs e respectivos comprovantes de pagamento.

Na informação fiscal, o autuante disse que o defendente esclareceu que a empresa possuía o Termo de Acordo Atacadista até o mês de abril/2013, quando espontaneamente, requereu a revogação do benefício fiscal, o que não foi considerado pela fiscalização, e que devem ser acolhidos os argumentos defensivos, devendo a infração 04 ser excluída da autuação.

Observo que as informações prestadas pelo autuante, convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubstancial.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformada com o referido acórdão, que não reconheceu a improcedência das infrações 01 e 02 imputadas, o recorrente maneja o presente Recurso Voluntário, fls. 257 a 262, a fim de que seja declarada a improcedência total do Auto de Infração, afastando-se a exigência fiscal das duas infrações mantidas pela JJF, com a consequente extinção da totalidade do crédito tributário, nos argumentos abaixo:

INFRAÇÃO 1 – afirma que comprova o recolhimento do ICMS constituído, tendo utilizado o código de receita diverso no DAE que não pode ser causa de manutenção da infração. Roga pela verdade material e pela vedação ao *bis in idem* tributário.

Disse que demonstrou que o crédito de ICMS em questão foi pago em 10/11/2014, conforme DAE (código de receita 0791 - ICMS Complementar Alíquota) e comprovante juntados em sua defesa, exatamente no valor de R\$ 5.706,28. No entanto, o fiscal aduziu que o ICMS pago pela recorrente se refere ao ICMS diferencial de alíquota do ativo imobilizado pela aquisição dos bens, e não à diferença entre o ICMS recolhido e escriturado pela contribuinte, objeto da autuação fiscal. Já a decisão de piso disse que “*o recolhimento alegado pelo defendant não comprova o imposto apurado e exigido no presente lançamento*”.

Salienta que o órgão julgador deve ser formalista, na medida em que despreza a verdade material que deve reger o Procedimento Administrativo Fiscal.

Esclarece que o DAE apresentado, demonstra o recolhimento, em 10/11/2014, do exato valor de R\$ 5.706,28 – mesma competência e mesmo montante indicados na infração 01 do Auto de Infração, permitindo, seguramente, inferir que o preposto fiscal considerou os mesmos R\$5.706,28, recolhidos pela recorrente sob a rubrica de código de receita 0791 (ICMS complementar alíquota), como débito de ICMS “normal”, exigindo-se da recorrente tributo que já foi recolhido.

Afirma que laborou em equívoco quando escriturou o ICMS no Registro de Apuração, não indicando o débito de ICMS relativo à diferença de alíquota porque já o havia recolhido via DAE com código de receita 0791, não se pode apená-la com a exigência do tributo que já foi devidamente recolhido aos cofres estaduais.

Diz que, entender de forma contrária, é elevar a formalidade em detrimento do que é realmente relevante, qual seja, o adimplemento da obrigação tributária de recolher o tributo devido ao ente tributante. Não se pode simplesmente afirmar que “*o recolhimento alegado pelo defendant não comprova o imposto apurado e exigido no presente lançamento*” e desprezar todos os demais e robustos elementos que evidenciam exatamente o contrário.

Salienta que a discussão não pode se resumir à análise do código do DAE empregado pela recorrente para pagar o tributo, em absoluto. Nenhum prejuízo fiscal foi gerado pela indicação de código distinto e/ou equívoco na escrituração no Registro de Apuração do ICMS já recolhido, posto que o núcleo central da obrigação tributária foi cumprido.

Reforça a insubstancialidade da infração 01, haja vista a incontestável demonstração da origem do suposto “desencontro” entre o valor do imposto recolhido e o escriturado pela contribuinte, montante este integralmente adimplido pela recorrente.

INFRAÇÃO 2 – reporta-se pela redação do art. 271 do RICMS/BA vigente à época dos fatos. Pede pela aplicação irrestrita do benefício fiscal às mercadorias autuadas e pela utilização correta da alíquota de ICMS com impossibilidade de aplicação de interpretação restritiva.

Constata-se que ao analisar o ANEXO II do Auto de Infração, verificou que as mercadorias cuja alíquota utilizada teria sido incorreta são mortadela, calabresa, charque e toscana. Desse modo, a redação anterior do art. 271 do RICMS-BA (reproduzido), que produziu efeitos até 30/11/2014, permitia a não tributação de tais mercadorias nas saídas internas.

Aponta que o preposto fiscal, entretanto, aplicou a *redação atual* do art. 271, cuja vigência teve início somente em 01/12/2014 – ou seja, após as datas de ocorrência dos fatos geradores indicadas no auto de infração – para constituir créditos tributários relativos à fatos submetidos à regra distinta.

Disse que trouxe, em peça inicial, tal circunstância, no entanto, o agente fiscal, em sua manifestação, asseverou que “*o benefício fiscal constante do art. 271 do RICMS/BA é aplicado na aquisição e revenda de produtos resultantes de simples abate de animais e não se aplica às mercadorias autuadas, tendo em vista que as mesmas são resultantes de processos industriais de*

transformação, acondicionamento ou beneficiamento”. E o acórdão impugnado entendeu que “*assiste razão ao autuante, considerando que a dispensa estabelecida no art. 271 (...) se refere às saídas efetuadas por estabelecimento abatedor, enquanto as mercadorias objeto da autuação são resultantes de processo de industrialização, transformação, acondicionamento ou beneficiamento. São mercadorias como mortadela, calabresa e charque, de acordo com o levantamento fiscal efetuado com base da Escrituração Fiscal Digital –EFD do contribuinte*”.

Sinaliza que a interpretação da 3^a JJF é equivocada, pois o então vigente art. 271 do RICMS-BA não pode prosperar, uma vez que não possui respaldo em qualquer disposição do próprio Regulamento.

Esclarece que a norma veiculada pelo art. 271, cuja redação permaneceu vigente até 30/11/2014, não era limitada por qualquer outra regra do regulamento, tampouco pelo Anexo I invocado pelo auditor fiscal para ilegitimamente restringir o benefício fiscal previsto na legislação, do qual a contribuinte recorrente se valeu legitimamente.

Refuta que a interpretação da 3^a JJF de que o art. 271 do RICMS/BA era aplicado somente às saídas efetuadas por estabelecimento abatedor não encontra guarida no RICMS/BA ou outra regra tributária estadual, ao contrário: o dispositivo regulamentar expressamente autorizava a dispensa do pagamento de ICMS nas operações internas e subsequentes de quaisquer produtos comestíveis provenientes do abate de animais, inclusive os embutidos, categoria na qual se insere as mercadorias autuadas, sendo absolutamente irrelevante se eram ou não resultantes “*de processos industriais de transformação, acondicionamento ou beneficiamento*”.

Sustenta que não pode o órgão julgador, sob pena de incitar a insegurança jurídica, atribuir interpretação não agasalhada pelo RICMS-BA à dispositivo regulamentar para restringir direitos do contribuinte.

Repete que o RICMS-BA, ao menos até 30/11/2014, quando a redação do art. 271 foi alterada, ou qualquer outra regra do ordenamento jurídico estadual não restringia a aplicabilidade da regra de dispensa do pagamento de ICMS para operações internas com produtos comestíveis resultante do abate de animais somente ao estabelecimento abatedor. A regra, em verdade, incluía expressamente as saídas de embutidos, que foram exatamente as mercadorias objeto da infração 02.

Frisa que a lei ou regulamento não especificava quais os “produtos comestíveis resultantes do abate” de animais ficariam dispensados do lançamento e pagamento de ICMS, tampouco excluía de tal dispensa, de maneira expressa, as mercadorias submetidas a processos de industrialização, transformação, acondicionamento ou beneficiamento.

Pontua que o Parecer nº 22102/2013, lavrado pela própria SEFAZ-BA, alberga a interpretação adotada pela recorrente. E que formalizou a consulta tem as mesmas atividades da recorrente, bem como os produtos embutidos que comercializa são os mesmos do Auto de Infração. Em resposta, a SEFAZ naquela oportunidade, não fez qualquer restrição à aplicação da alíquota reduzida de ICMS (*v. anexo parecer*).

Reafirma ser ilegítima, portanto, a interpretação restritiva da SEFAZ-Ba no sentido da inaplicabilidade da alíquota reduzida às saídas dos embutidos, tendo em vista que não encontra respaldo legal.

Ressalta ainda que, nas notas de aquisição das mercadorias objeto da infração 02, não houve destaque de ICMS, de modo que a recorrente não usufruiu de nenhum crédito de imposto na entrada das mercadorias. Tal circunstância reforça que a aplicação da alíquota “zero” para a apuração do tributo foi correta, estando compatível com a legislação vigente na época.

Pede pelo reconhecimento de sua improcedência integral.

Finaliza pelo Provimento do Recurso Voluntário, requerendo reconhecer a inconsistência das infrações 01 e 02, julgando-se integralmente improcedente o Auto de Infração. Renova o pedido de produção de provas pelos meios permitidos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, referente à 04 (quatro) imputações, sendo conhecido o presente com previsão legal no art. 169, I, “b” do RPAF/99. A autuação foi lavrada em 17/12/2019, no valor de R\$87.258,80, tendo como objeto do recurso tão somente as infrações 1 e 2.

Na Primeira Instância, o colegiado improcedeu as infrações 3 e 4, sendo que na terceira imputação o contribuinte trouxe provas que do “*pagamento da antecipação tributária*”, tendo o fiscal autuante acatado o argumento. Já na infração 4, também comprova sob a alegação de que “*possuía o Termo de Acordo Comércio Atacadista até abril de 2013, quando espontaneamente requereu a revogação da concessão (anexo Parecer n. 9774/2013 da SEFAZ-BA - Processo n. 06501720130). Afirmou que no primeiro trimestre de 2013 tinha o Termo de Acordo do Comércio Atacadista não considerado pelo autuante*”, sendo anexado também as notas fiscais de devolução para o mês de outubro de 2014, assim, o fiscal autuante fez a exclusão.

Primeiramente, ressalto que o levantamento fiscal é com base em documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificando dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, também, não consta nenhuma preliminar suscitada pela recorrente, no entanto, percebe-se que não há também nenhum procedimento fora da legalidade para se anular, pois todos os papéis de trabalhos estão perfeitos e claros, respeitando a ampla defesa e o contraditório.

Nas razões recursais, a patrona do contribuinte defende na infração 1, que comprova o recolhimento do imposto. Disse que utilizou o código de receita diverso no DAE. Pontua que o imposto foi pago em 10/11/2014, conforme DAE (código de receita 0791 - ICMS Complementar Alíquota), sendo exatamente o valor de R\$ 5.706,28, como débito de ICMS “normal”. Afirma que laborou equívoco na escrituração no livro Registro de apuração, não indicando o débito de ICMS porque já o havia recolhido via DAE com código de receita 0791.

O fiscal aduziu que o ICMS pago pela recorrente, se refere ao ICMS diferencial de alíquota do ativo imobilizado pela aquisição dos bens, e não à diferença entre o ICMS recolhido e escriturado pela contribuinte, objeto da autuação fiscal. Já JJF referendou que:

...

O valor pago em 10/11/2014, refere-se ao débito da diferença de alíquota do ativo imobilizado do mês 10/2014, pela aquisição de bens constantes das notas fiscais nº 434 e 42.843, conforme documentos anexos à Informação Fiscal.

Conforme DMA referente ao mês 10/2014 (fl. 12 do PAF), foi apurado saldo devedor de R\$255.906,41, incluindo o débito relativo à diferença de alíquota (R\$5.706,28). No Registro de Apuração do ICMS à fl. 13, não constou o mencionado débito relativo à diferença de alíquota, por isso, foi apurado o ICMS total a recolher de R\$250.200,13. Neste caso, depreende-se que foi excluído o valor da diferença de alíquota, em razão do recolhimento alegado pelo defendant, conforme fls. 109/110.

Entretanto, no parcelamento do débito à fl. 15, constou como valor principal R\$244.493,85, quando o valor a ser parcelado deveria ser R\$250.200,13, o que resultou na diferença apurada pelo autuante na planilha à fl. 11. Dessa forma, o recolhimento alegado pelo defendant, não comprova o imposto apurado e exigido no presente lançamento, por isso, esta infração é subsistente, no valor de R\$5.706,28.

Após análise das provas constantes nos autos, observa-se uma certa coincidência, pois verifico que o autuado tem uma certa razão, o valor de R\$5.706,28, no qual o autuante alega ser referente ao DIFAL e, a patrona diz que houve erro na escrituração, é exatamente igual ao valor autuado nesta infração ora discutida. E conforme as fls. 109 e 110, documentos anexos pelo contribuinte, de início, se faz razão ao recorrente. No entanto, para se fazer jus a verdade material, teria que a recorrente entrar com processo de retificação do código da receita na SEFAZ e, após esse

procedimento, ficaria completa a comprovação. Vejo que não consta nenhum documento a este respeito.

Também na assentada do julgamento, este colegiado verificou no sistema da SEFAZ (INC), que o contribuinte também efetuou pagamento através de Denúncia Espontânea nº 6000001478144, correspondente ao valor de R\$5.706,28, justamente o valor cobrado neste Auto de Infração, outra razão à patrona do contribuinte.

Com a coincidência do valor exato, seja pelo DIFAL ou recolhimento a menor por escrituração errônea, ou mesmo por notificação fiscal, seja pelo recolhimento de Denúncia Espontânea ora citada, não tenho como não acolher os argumentos do contribuinte, pois na fl. 110 indica o recolhimento aos cofres públicos e as provas comprovam que o recorrente não deve nada, não havendo nenhum prejuízo ao erário o tipo do recolhimento, sendo que o mesmo foi efetuado por recolhimento de ICMS-Normal. Assim, procede o argumento da recorrente e voto pela improcedência da infração 1.

A recorrente defende na infração 2, que a autuação está adstrita ao art. 271 do RICMS/BA vigente à época dos fatos. Pede pela aplicação irrestrita do benefício fiscal às mercadorias autuadas, e pela utilização correta da alíquota de ICMS, com impossibilidade de aplicação de interpretação restritiva. Explica que na análise do ANEXO II do Auto de Infração, verificou que as mercadorias cuja alíquota utilizada teria sido incorreta que são mortadela, calabresa, charque e toscana. Aponta que a redação anterior do art. 271 do RICMS-BA produz efeitos até 30/11/2014, onde diz que permitia a não tributação de tais mercadorias nas saídas internas.

Explica que a norma do art. 271, não limita outra regra do regulamento, tampouco pelo Anexo I invocado pelo auditor fiscal para ilegitimamente restringir o benefício fiscal previsto na legislação, do qual a contribuinte recorrente se valeu legitimamente.

Destaca, que a norma não especifica quais os “produtos comestíveis resultantes do abate” de animais ficariam dispensados do lançamento e pagamento de ICMS, tampouco excluía de tal dispensa, de maneira expressa, as mercadorias submetidas a processos de industrialização, transformação, acondicionamento ou beneficiamento.

Pontua, que o Parecer nº 22.102/2013, lavrado pela própria SEFAZ-BA, alberga a interpretação adotada pela recorrente. Informa que nas notas de aquisição das mercadorias, objeto desta infração, não houve destaque de ICMS, de modo que a recorrente não usufruiu de nenhum crédito de imposto na entrada das mercadorias, reforçando que a aplicação da alíquota “zero” para a apuração do tributo foi correta, estando compatível com a legislação vigente na época.

O preposto fiscal autuou conforme a redação atual do art. 271, cuja vigência teve início somente em 01/12/2014, após as datas de ocorrência dos fatos geradores indicadas no auto de infração – para constituir créditos tributários relativos à fatos submetidos à regra distinta. A JJF deu razão a autuação sob o argumento de que “*a dispensa estabelecida no art. 271 (...) se refere às saídas efetuadas por estabelecimento abatedor, enquanto as mercadorias objeto da autuação são resultantes de processo de industrialização, transformação, acondicionamento ou beneficiamento. São mercadorias como mortadela, calabresa e charque, de acordo com o levantamento fiscal efetuado com base da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte*”.

Vejo que o relator argumentou, que no art. 271, tanto na redação anterior, como na atual, está bem evidenciado que esta dispensa de pagamento do ICMS nas operações internas, só poderia se proceder no caso de “*estabelecimento abatedor*”. Não consta nenhum documento nos autos da recorrente que contraria esta afirmativa da Junta julgadora de que ela é estabelecimento abatedor.

Em relação ao Parecer nº 22.102/2013, citada em sua peça recursal, da empresa ATAKAREJO com CNAE “4691500 - Comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios”, aí um argumento plausível de análise, pois comparando os CNAE citado com a do contribuinte, posso equiparar se tem razão ou não, esta argumentação. Vejo que o CNAE do

contribuinte é “4639701 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, tendo uma certa razão para o fato.

Em consulta ao parecer, transcrevo abaixo, para uma análise:

Consulta Tributária:

ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI, sociedade comercial, com sede na Av. Santiago de Compostela, nº 425 Parque Bela Vista, Salvador/BA, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda - CNPJ/MF sob o nº 73.849.952/0003-10 e com inscrição estadual nº 77.593.840, vem através de seu representante legal, Sr. TEOBALDO LUIS DA COSTA, brasileiro, portador da Cédula de Identidade – RG nº 04.145.540-19 SSP-BA e inscrito no CPF/MF 104.083.205-91, consultar a alíquota de ICMS incidente sobre embutidos (mortadela, linguiça calabresa e etc) na comercialização destes produtos para consumidor final..

1. INFORMAÇÕES GERAIS

O art. 271 do Decreto 13.780 de 16 de março de 2012 (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia), prevê que fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos.

Dispõe ainda que na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente.

2. DA CONSULTA

a) *As industrias que atendem a legislação Sanitária estão emitindo notas fiscais sem o destaque do ICMS da sua operação para os produtos embutidos. As saídas realizadas pelos contribuintes varejistas (supermercados), também estão desoneradas do destaque e consequente recolhimento do ICMS?*

A consulente coloca-se à disposição de Vossa Senhoria para prestar maiores informações ou esclarecimentos que se façam necessários.

Parecer Final:

EMENTA: ICMS. PRODUTOS COMESTÍVEIS RESULTANTES DO ABATE DE GADO BOVINO. A dispensa de lançamento e recolhimento do imposto alcança tanto as saídas de produtos comestíveis resultantes do abate do gado bovino, efetuadas pelo estabelecimento abatedor que atenda à legislação sanitária estadual ou federal, como também as operações subsequentes de comercialização dos citados produtos. Disciplina do art. 271 do RICMS/BA.

A empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - CNAE 4691500 (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à alíquota de ICMS incidente sobre embutidos (mortadela, linguiça calabresa, entre outros), quando da comercialização destes produtos para consumidor final.

Ressalta a Consulente que o art. 271 do Dec. nº 13.780/2012 (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia), prevê que fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda à legislação sanitária estadual ou federal, e o relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o imposto diferido relativo às aquisições dos animais vivos.

Da mesma forma, o referido Regulamento determina que na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda à legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente.

Diante do exposto, a Consulente apresenta o seguinte questionamento:

- As indústrias que atendem à legislação sanitária estão emitindo notas fiscais sem o destaque do ICMS, quando da saída dos produtos embutidos. As saídas subsequentes realizadas pelos contribuintes varejistas (supermercados), também estão desoneradas do destaque e consequente recolhimento do ICMS?

RESPOSTA

O referido art. 271 do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12) assim disciplina a matéria ora consultada:

"Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos.

Parágrafo único. Na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente".

Observa-se, assim, da leitura do dispositivo legal acima transscrito, que a dispensa de lançamento e recolhimento do imposto alcança tanto as saídas de produtos comestíveis resultantes do abate do gado bovino, efetuadas pelo estabelecimento abatedor que atenda à legislação sanitária estadual ou federal, como também as operações subsequentes de comercialização dos citados produtos (aí incluídos os embutidos), efetuadas pela Consulente.

Ressalte-se, porém, que a nota fiscal a ser emitida pelo estabelecimento abatedor, sem destaque do ICMS, deverá conter a informação relativa à observância da legislação sanitária estadual ou federal, para fins de controle da Fiscalização. Da mesma forma, o documento fiscal emitido pela Consulente quando das vendas subsequentes dos referidos produtos deverá conter a observação de que a operação encontra-se beneficiada pela dispensa do lançamento e recolhimento do imposto, na forma prevista no art. 271 do RICMS/BA.

Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida.

É o parecer.

Lendo atentamente, observei na consulta que a emissão da "nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente" e que a "nota fiscal a ser emitida pelo estabelecimento abatedor, sem destaque do ICMS, deverá conter a informação relativa à observância da legislação sanitária estadual ou federal, para fins de controle da Fiscalização. Da mesma forma, o documento fiscal emitido pela Consulente quando das vendas subsequentes dos referidos produtos deverá conter a observação de que a operação encontra-se beneficiada pela dispensa do lançamento e recolhimento do imposto, na forma prevista no art. 271 do RICMS/BA".

Verificando as informações, com as notas fiscais autuadas em anexo, tomando por exemplo as Notas Fiscais nºs 84.664, 90.793, 90.053, 87.177 e 87.524 – fls. 113 a 117, todas constam as referidas informações: "OPERAÇÃO C/SUSPENSÃO DA CONTRIBUINÇÃO FEDERAL DO PIS/PASEP E COFINS E SUSPENSÃO DO IMPOSTO ESTADUAL (ICMS) DOS PRODUTOS COMESTÍVEIS CONF DEC 14707 DE 09/08/2013 DO RICMS/BA". Reproduzo o referido Decreto nº 14.707/2013:

Art. 1º O caput do art. 271 do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação, produzindo efeitos a partir de 01.08.2013:

"Art. 271 - Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos.".

(...)

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, em 09 de agosto de 2013.

*JAQUES WAGNER
Governador*

*Rui Costa
Secretário da Casa Civil*

*Luiz Alberto Bastos Petitinga
Secretário da Fazenda*

Assim, através das provas disponíveis nos autos e consulta à legislação, como também toda as transcrições e observações feitas, acolho parcialmente os argumentos recursais, pois verifica-se razão do contribuinte ao se comparar tanto no parecer citado, como nos procedimentos feitos por ela para a devida dispensa do imposto. No entanto, os produtos que tem direito só são aqueles produzidos ou de alguma forma modificados aqui neste Estado. O imposto foi feito para condicionar melhora para os abatedouros ou signatários (conforme se destaca em parecer descrito acima) que realiza de alguma forma uma industrialização e comercialização internamente. Assim, os produtos autuados: mortadela confiança, calabresa bahianinha, charque fribarreiras e toscana discarne mantendo na autuação, pois não são industrializados ou mesmo modificados neste Estado e, sim fora dele. Portanto excluo da autuação o “charque fribarreiras”, pois tal produto é fabricado na cidade de Barreiras Estado da Bahia, enquadrando na hipótese do art. 271 do RICMS/BA.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para tornar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$10.307,90, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	LAÇAMENTO	VL. EXCLUÍDO	VL. REMANESCIDO
31/01/2014	09/02/2014	187,21	0,00	187,21
28/02/2014	09/03/2014	2.550,25	2.242,98	307,27
31/03/2014	09/04/2014	1.288,51	1.237,60	50,91
30/04/2014	09/05/2014	2.593,01	2.238,39	354,62
31/05/2014	09/06/2014	389,05	135,32	253,73
30/06/2014	09/07/2014	976,71	681,19	295,52
31/07/2014	09/08/2014	2.655,27	2.486,88	168,39
31/08/2014	09/09/2014	1.476,05	1.170,24	305,81
30/09/2014	09/10/2014	2.106,81	1.805,64	301,17
31/10/2014	09/11/2014	5.743,11	0,00	5.743,11
30/11/2014	09/12/2014	2.386,24	46,08	2.340,16
Total		22.352,22	12.044,32	10.307,90

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293872.0001/18-3, lavrado contra **VAREJÃO 25 COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.307,90**, 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, 22 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS