

PROCESSO - A. I. Nº 232903.0004/19-3
RECORRENTE - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0111-03/20-VD
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0133-11/21-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, o qual 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 linguiça, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$2.014,71, acrescido da multa de 60%;

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal:

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.

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.

Analizando 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.

Irresignada com o valor remanescente, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, alegando o que segue:

Inicialmente aponta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato.

No mérito, quanto a infração 01, afirma que os cupons fiscais, emitidas via ECF estavam “regularmente escriturados”. E que examinando a planilha anexa à infração, pode-se observar que diversos produtos aos quais teriam sido aplicados o valor ZERO sobre a base de cálculo, são na verdade operações tributadas por substituição tributária.

Afirma que é o caso das mercadorias Ripinha De Frango Pif Paf 450g (NCM 750239 - item 11.35.0 do Anexo 1 da ST), Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g (NCM 175315 - item 11.8 do Anexo Único da ST), Spaghetti Massa Leve Fresca 500g (NCM 379786 - item 11.17.0 do Anexo Único da ST), por exemplo. Todas as mercadorias estão listadas na subplanilha “Planilha Infração 01” da planilha de Excel “Planilha Comercial Bahiano AI 2329030004.19.3.xml” anexado.

Cita decisões da SEFAZ/PB e do CONSEF/BA, alegando que o mesmo entendimento deve ser aplicado aos itens listados pelo autuante e confirmados sem o menor rigor técnico pelos julgadores de 1º grau.

Pontua que o anexo 1 do Regulamento do ICMS então vigente, com redação dada pelo Decreto nº 17.303, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, vemos que o algodão era sujeito à substituição tributária.

Cita que em sua justificativa, o ilustre auditor, seguido pelos julgadores, apontou que o produto não seria sujeito à substituição tributária, pois “*não se trata de produto impregnado com medicamento, nem é gases para penso (algodão hidrofílico), para usos medicinais, cirúrgicos e dentários*”.

Entende a recorrente tratar-se de uma interpretação restritiva e inovadora em relação à disposição legal. Salienta que o produto listado na ST pode ser “*não impregnado ou recoberto de substância farmacêutica*”. Tanto faz, portanto, estar ou não impregnado de medicamento. Não é necessário estar impregnado de medicamento como sugeriu o ilustre auditor, no que foi seguido pela turma de 1º grau.

Apresenta a seção a que se reporta o item (9.0 MEDICAMENTOS, PRODUTOS FARMACÊUTICOS PARA USO HUMANO E HIGIENE PESSOAL), o que, na prática, contradiz o último argumento restritivo do autuante.

Afirma, ainda, que o segundo item encontra justificativa na própria e contraditória fundamentação pela manutenção do auto da informação fiscal. Trata-se dos amendoins listados pelo ilustre auditor. Lá ele diz que os amendoins “*sem pele com sal Kg, amendoim s/ pele s/ sal kg, amendoim torrado Juparanã 500g (...)*” não seriam petiscos, salgados aperitivos. Apresenta tabela ST do período.

Assim, conclui que os amendoins e castanhas, tipo aperitivo (com ou sem sal ou açúcar – sim há quem prefira com sal ou com açúcar seu aperitivo), em embalagens de menos ou mais de 1 kg são da substituição tributária. Não se faz diferenciação se são torrados ou não. Essa inferência de que são destinados a ingredientes (ainda que assim possam ser utilizados).

Informa que em relação a tal infração, foram refeitos, na anexa planilha do Excel, sub planilha “Planilha Infração 01” todas as operações apontadas no Auto de Infração e planilhas. Há divergência em todas as competências. Ao revés dos R\$270.024,98, apurados, reconhece-se como devido apenas o valor de R\$65.816,06. Destarte, requer seja revisado o lançamento para este valor.

Quanto a infração 02, aponta que há uma série de imprecisões no levantamento fiscal da infração sob análise.

Aduz que a primeira delas é a de que foram tratadas, no relatório, como mercadorias tributadas, algumas saídas de mercadorias não tributadas porque beneficiadas por isenção tributária. São o caso de brócolis (NCM 7099990), Maracujá em Polpa Kg (NCM 4061090), Pimenta Malagueta Kg (NCM 9109900), entre outros relacionados na planilha.

Afirma que todos são produtos isentos, conforme Convênio ICMS 44/75.

Salienta que há também devoluções de mercadorias adquiridas de terceiros. A devolução de Compra tem que ser tal qual veio destacado na nota de origem, razão pela qual também não é devido o tributo sobre tais exações.

Pontua que operações apontadas diziam respeito a produtos tributados sobre o regime de substituição tributária com antecipação do imposto.

Cita o caso de produtos como Carga Gillette Mach 3 - 01 Und (NCM 82122010), Bolo da Casa Limão Kg (NCM 19052090), Ripinha de Frango Pif Paf 450g (NCM 750239 - item 11.35.0 do Anexo 1 Da ST), Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g, (NCM 175315 - item 11.8 do Anexo Único da ST), Spaghetti Massa Leve Fresca 500g (NCM 379786 - item 11.17.0 do Anexo Único da ST), por exemplo. Todas as mercadorias estão listadas na subplanilha “Infração 02 de Ex” da planilha cel “Defesa Auto Cambuí Dendê 0890080004.19-5.xml”, anexada.

Informa que as mercadorias não se sujeitam à tributação, posto que sujeitas à Substituição tributária e não há que se falar em autuação por aplicação a menor das alíquotas na saída de mercadorias.

Traz decisões do CONSEF/BA.

Salienta, também, a ocorrência de BIS IN IDEM pelo lançamento de ofício de operações já tributadas, com ICMS apurado e pago quando da emissão do Cupom fiscal. A emissão de nota fiscal de substituição do 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.

Informa que tais ocorrências se encontram discriminadas na subplanilha “Infração 02” da planilha de Excel “Defesa Auto Cambuí Dendê 0890080004.19-5.xml” anexada, com a observação “Substituição de CUPOM FISCAL. O ICMS Foi Destacado Na Venda”.

Quanto às operações de estorno de crédito, lastreadas no comando do art. 312 do RICMS diz que não há, pois, infração nestes casos relacionados na subplanilha Infração 02, sendo evidente a não ocorrência de fato gerador nas operações CFOP 5949.

No pertinente à infração 03, informa tratar-se de mercadorias baixadas em estoque com o CFOP 5.927, código fiscal referente a lançamentos efetuados a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Trata-se de praxe até habitual em supermercados que contam com produtos com data de vencimento, sujeitos a deterioração e que devem ser retirados das prateleiras para preservação da saúde do consumidor.

Cita decisões sobre o tema e informa que a baixa de estoque por deterioração, furto ou perda não implicam em incidência de ICMS. A conclusão é óbvia, eis que não há circulação de mercadoria. Qualquer das três ocorrências não representa acréscimo patrimonial do contribuinte. Ao revés disso, é prejuízo. Exigir tributo de tais ocorrências é ilógico, ilegal. Cita decisão da SEFAZ do Tocantins.

Requer a improcedência da infração.

No pertinente à infração 04, assevera 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”.

Informa que nas operações lançadas com este código, enquadram-se dois tipos de situação: A primeira, relativa a mercadorias convertidas em insumos de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento.

No caso em apreço, informa que se enquadram itens como: Farinha de trigo, 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. Esses são os casos, por exemplo, de produtos como o kit “Shampoo Tresemme Hidr Prof 400 + cd 200 ml” onde houve desagregação do kit para a venda individual da mercadoria.

Salienta que a diferença é unicamente a utilização de CFOP diverso, o que não muda o fato da escrituração ser realizada desta forma.

Explica 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. Evidente que, nestes casos, não há circulação de mercadoria para efeitos de ICMS.

Assim, assevera que as mercadorias não mudaram, neste momento, de titularidade, logo não há que se falar em incidência de ICMS. Por tal razão, a infração deve ser integralmente julgada improcedente, não havendo qualquer tributo a pagar.

Em relação à infração 05, pontua que esta infração é exatamente igual à anterior, porém limita-se a uma única mercadoria: linguiça. Informa que 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*”.

Aduz que temos o caso relativo a mercadorias convertidas em insumos de novas mercadorias vendidas pelo estabelecimento. Cita como exemplo os itens Farinha de trigo e sal para fabricação de pães; farinha de trigo, ovos, açúcar, entre outros, para fabricação de bolos; pão, queijo, hambúrguer, a linguiça é utilizada para fabricação de sanduíches vendidos na lanchonete do estabelecimento.

Assevera que essa produção implicará na reclassificação do produto, e gerará o registro da saída sob o CFOP 5926 e a respectiva entrada do novo produto com o CFOP 1926. Evidente que, nestes casos, não há circulação de mercadoria para efeitos de ICMS.

Assim, as mercadorias não mudaram, neste momento, de titularidade, logo não há que se falar em incidência de ICMS. Por tal razão, a infração deve ser integralmente julgada improcedente, não havendo qualquer tributo a pagar.

A recorrente discorre sobre a ilegalidade da multa aplicada e, por fim, requer:

- 1. Que declare nulo o Auto de Infração em questão, em face das preliminares retromencionados;*
- 2. Que revise o lançamento da Infração nº 01 para ajustá-la ao valor devido de R\$ 65.816,06 (sessenta e cinco mil oitocentos e dezesseis reais e seis centavos);*
- 3. Que reconheça a improcedência total da infração n. 02*
- 4. Que reconheça a improcedência total da infração n. 03;*
- 5. Que reconheça a improcedência total da infração n. 04;*
- 6. Que reconheça a improcedência total da infração n. 05;*
- 7. Que declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas, e mesmo da descrição*

fática que permita à contribuinte exercer seu direito de defesa, constitucionalmente garantido.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 05 infrações, devidamente informadas no relatório acima.

Inicialmente, informo que o Recurso Voluntário tão somente repisa as mesmas razões de defesa e que não existe razão para a alteração da decisão de piso.

Em que pese não tenha arguido nulidade dos autos em seu recurso, solicita a nulidade deste nos pedidos, o que não deve prosperar.

Observa-se que o Auto de Infração fora lavrado observando todos os requisitos procedimentais e legais, oportunizando a ampla defesa e o contraditório por parte da recorrente.

No mérito da infração 01, a qual versa sobre recolhimento a menor das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Após discorrer sobre os produtos que entende fazer parte da substituição tributária, em sede de primeiro grau, o próprio autuante, de forma minudente, apreciou todos os itens autuados, excluindo do levantamento o item “banha”, em razão do NCM 1501 e da descrição serem coincidentes com o Anexo 1 do RICMS/2012.

Assim, da análise realizada em sede de informação fiscal (fls. 57/63), observa-se que os itens apontados não estão elencados na substituição tributária, como é o caso da Ripinha de Frango Pif Paf.

Analisando o anexo 1, item 11.35.0, observa-se que o NCM da mercadoria não possui relação com as discriminadas no **anexo**. Essa foi, inclusive, a fundamentação da manutenção dos itens questionadas pela recorrente.

O mesmo ocorre com as mercadorias apontadas, como Cereal Mat Kelloggs Corn Flakes 200g (NCM 175315, o qual a recorrente entende como sendo correspondente ao item 11.8 do Anexo Único da ST, sendo que tal NCM não consta no precitado Anexo), Spaghetti Massa Leve Fresca 500g (NCM 379786, o qual a recorrente entende como sendo correspondente ao item 11.17.0 do Anexo Único da ST, sendo que tal NCM não consta no precitado Anexo).

Assim, mantendo a infração 01 nos moldes da decisão de piso, pela Procedência Parcial, remanescendo o valor em R\$268.902,94 (fls. 65/66).

No pertinente à infração 02, relativa à aplicação de alíquota indevida em operações destinadas ao consumo do estabelecimento, observa-se que os itens apontados pela recorrente e as razões postas não possuem relação com a infração.

Sobre tais questionamentos, enfaticamente rebateu o autuante, que foi acertadamente acompanhado pela Junta, explicando que:

(...) 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 de 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.

Saliento que, em sede recursal, o contribuinte tão somente repisou as alegações da defesa inicial e sobre tais fundamentos não prestou qualquer contraponto que pudesse alterar a infração, razão pela qual voto pela Procedência da infração 02.

Em relação à infração 03, relativa a mercadorias baixadas em estoque com o CFOP 5927, decorrente de perda, roubo ou deterioração, não há nas mercadorias autuadas nenhum item da ST. Ademais, descabe o requerimento de conversão da infração em multa formal pela falta de

registro, tendo em vista que a autuação se baseou nas operações destacadas nas notas fiscais sem destaque do imposto.

Infração 03 Procedente.

No pertinente à infração 04, atinente a aplicação de alíquota não prevista na legislação, relativa as operações lançadas no CFOP 5926, a recorrente alega que tais itens seriam destinados a produção de novas mercadorias no estabelecimento, tratando-se de insumos.

Todavia, a recorrente não traz nenhuma prova do quanto alegado. Ademais, no demonstrativo da infração constam itens como caneca, chá, cola, conjunto coqueteleira, ou seja, itens que em nada possui relação com a alegação posta.

O mesmo ocorre com a afirmação de produção de Kits. Conforme pontuado pelo autuante, os Kits que foram objeto de saída já entraram como tal, não tendo sido encontrado na EFD da empresa nenhuma operação relativa à produção de Kit.

Informo, ainda, que descabe a fundamentação de não incidência de ICMS, tendo em vista que não restaram comprovadas as afirmações trazidas.

Quanto à infração 05, atinente também a aplicação de alíquota não prevista na legislação, mas em relação tão somente ao item “linguiça”, a autuação já reconheceu a redução de 7% da base de cálculo do total de cada operação, bem como a utilização de tal item na produção interna da recorrente na produção de pizzas e bauru, etc. Assim, o quando solicitado pelo contribuinte já foi considerado pela fiscalização.

Infração 05 Procedente.

A recorrente ainda se manifesta alegando o caráter excessivo da multa aplicada. Todavia, informo que a multa aplicada se encontra tipificada na alínea ‘a’, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este conselho apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **232903.0004/19-3**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$320.228,55**, 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, 12 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS