

**PROCESSO - A. I. N° 279462.0012/19-0**

**RECORRENTE- ATACADÃO S/A**

**RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTDUAL**

**RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF n° 0071-05/21-VD**

**ORIGEM - IFEP COMÉRCIO**

**PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2022**

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0082-11/22**

**EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS E NA DETERMINAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA.** O contribuinte não se desincumbiu do ônus de comprovar o enquadramento nas mercadorias na sistemática da sujeição tributária, na forma como alegada. Rejeitada a arguição de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Recurso voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata(m)-se de Recurso(s) Voluntário interposto(s) em face do Acórdão n° 0071-05/21-VD proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 09/09/2019 no valor histórico de R\$135.021,85, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

**Infração 01 – 03.02.02** – Recolheu a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – Erro na aplicação da alíquota NF (CFOP x UF) - Exercícios de 2015 e 2016. Anexo I (fls. 20/29). Valor exigido: R\$ 2.189,66. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; e meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei n° 7.014/96.

**Infração 02 – 03.02.02** – Recolheu a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – ECF - Erro na determinação da Carga Tributária - Exercícios de 2015 e 2016. Anexo II (fls. 31/37). Valor exigido: R\$ 132.832,19. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; e meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei n° 7.014/96.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

**VOTO**

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de que houve falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações, e a normas citadas na peça de lançamento. Destacou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

A alegação de nulidade articulada na peça de defesa não se sustenta. Inicialmente, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99. Base de imponível e cálculo do imposto apurados e demonstrados pela autuante em atendimento dos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 20 a 37; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 38). O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo procurador da empresa nos respectivos Demonstrativos, ocorrida 12/09/2019.

Quanto ao enquadramento legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), as mesmas estão inseridas nos campos “Enquadramento” e “Multa Aplicada” do Auto de Infração e no campo intimação Demonstrativo de Débito da mesma peça, (fls. 01 a 06).

Sob o aspecto formal, observo ainda que na peça acusatória, consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos.

Registre-se ainda que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal, exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Ademais, pela descrição de fatos o contribuinte entendeu do que foi acusado e ofertou a sua defesa de mérito.

*Pedidos de nulidade rejeitados.*

*Indefiro o requerimento empresarial de remessa dos autos para a realização de nova diligência e/ou perícia técnica, considerando que estão presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das exigências fiscais, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais, as questões suscitadas na peça de defesa não demandam análise técnica especializada a exigir a intervenção de perito para a solução da lide.*

*Passo doravante ao exame das questões articuladas na peça defensiva.*

*As duas infrações, objeto do lançamento em lide, contêm a acusação de que o contribuinte procedeu ao recolhimento a menor do imposto, nos exercícios de 2015 e 2016, em razão de erro na aplicação da alíquota prevista na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, nas saídas promovidas através de notas fiscais (Infração 01); ou em decorrência de erro na determinação da carga tributária, ou seja, na base imponível, nas saídas de mercadorias processadas através de Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF - Infração 02).*

*Foram excluídas da autuação as seguintes operações a seguir descritas:*

**Exercício de 2015:**

- a) saídas do produto **Filé Peixe Polaca, da posição NCM 0304.7400**, beneficiada com isenção do ICMS, por força no disposto no art. 265, inc. II, letra "e" do RICMS, até 31/05/2016;
- b) saídas da mercadoria **Cobertura de Chocolate, da posição NCM 1806.9**, por se tratar de produto inserido no regime da Substituição Tributária, na condição de "outros produtos para confeitaria", da posição 11.6, do Anexo I do RICMS, com obrigação de recolhimento do imposto de forma antecipada;
- c) saídas do item **Amendoim Dori e Amendoim Sta. Helena, da posição NCM 2008.1100**, considerando que este produto está enquadrado no regime da Substituição Tributária, no item 38, Anexo I do RICMS, de forma que o imposto é recolhido de forma antecipada, não sendo exigível o tributo por ocasião das saídas;

**Exercício de 2016:**

- a) saídas da mercadoria **Cobertura de Chocolate, da posição NCM 1806.9**, por se tratar de produto inserido no regime da Substituição Tributária, na condição de "outros produtos para confeitaria", da posição 11.6, do Anexo I, do RICMS, com obrigação de recolhimento do imposto de forma antecipada;
- b) saídas da mercadoria **BRÓCOLIS, COUVE FLOR E ERVILHA - NCM 07123900; 07108000; e, 071022100**, em razão desses itens constituíram um mix de legumes frescos, lavados e cortados, considerando a norma isencional contida no art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS, que alcança os diversos produtos hortifrutícolas, em estado natural, resfriados ou congelados;
- c) saídas dos produtos **Lixeira c/ Pedal Plasvale**, considerando que esta mercadoria está abrangida no regime de substituição tributária, no item 8.14, do Anexo I, do RICMS (artefatos de higiene / toucador de plástico), de forma que o imposto é também exigível de forma antecipada;
- c) Saídas do produto **Banha, da posição NCM 1501.1000**, inserido no regime da Substituição Tributária, conforme item 11.31.1, do Anexo I do RICMS, com obrigação de recolhimento do ICMS exigível também de forma antecipada;
- d) saídas do produto **Licor Cachoeirano Jenipapo, da posição NCM 2208.7000**, por se tratar de bebida alcoólica (bebida quente), que estava enquadrada no regime de substituição tributária até 30/09/16, no item 2.24, do Anexo I do RICMS.

*As exclusões processadas pelas autuantes procedem considerando que as operações ou se encontravam beneficiadas com a isenção do imposto ou estavam submetidas ao regime antecipado de pagamento do ICMS, sendo identificado pela Auditoria que a empresa assim procedeu.*

*Por sua vez, foram mantidas de forma acertada, as exigências lançadas no Auto de Infração para as operações com os seguintes produtos:*

- a) saídas da mercadoria **SIDRA CERESES/ALCOOL, da posição NCM 2202.1000**, por se tratar de mercadoria que não está enquadrada no regime de substituição tributária, pois apesar de apresentar a mesma NCM dos itens refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo de máquinas (**pré-mix e post-mix**), não apresentam a mesma descrição. Ademais, este produto é feito basicamente de dois ingredientes, sendo uma bebida espumante, com ou sem adição de álcool e que não possui água em sua composição.
- b) saídas do produto **Massa de polir Pérola, Óleo Desingripante Proauto e Óleo para Móveis Jacarandá, das posições NCM 3405.3, 3824.9 e 2710.1**, destinado ao polimento e conservação de superfícies, que foram excluídos

do regime da Substituição Tributária, a partir de 01/01/2016, através da sua retirada do Anexo I do RICMS, por não possuir um código CEST (Código Especificador da Substituição Tributária);

c) saídas do produto **Insetos DTC MO Barato, da posição NCM 9503**, que foi excluído do regime de substituição tributária em 31/12/2015, quando o Estado da Bahia se retirou dos acordos firmados através dos Protocolos ICMS nº 108/2009 e 29/2010;

d) saídas dos produtos **Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**, que pelas dimensões dos mesmos são mercadorias de uso doméstico, da posição **NCM 5702**, que não pertence ao grupo de mercadorias submetidas ao regime de pagamento antecipado do imposto. Mercadorias, portanto, sujeitas à tributação normal;

Os Demonstrativos de Débito das infrações 01 e 02 foram reduzidas após ajustes na peça de lançamento: a Infração 01, no valor original de R\$2.189,66, passou para a cifra de R\$719,19. A Infração 02, foi diminuída de R\$132.832,19 para o montante de R\$85.339,02. Apresentadas novas Planilhas de apuração do imposto, juntadas às fls. 78 a 92 e mídia digital (CD, fl. 93).

Todavia há um fato relevante que não pode ser desconsiderado por esta Relatoria. Na assentada de julgamento ocorrida em 06 de outubro de 2020, que contou com a presença da Auditora Fiscal autuante, Nilda Barreto de Santana, foi informado aos integrantes desta 5ª JJF, que houve alterações nas infrações, com a migração de cobranças indevidas em uma ocorrência para outra, refletindo essas migrações nos novos Demonstrativos de apuração do imposto, produzidos na informação fiscal.

Essas alterações configuraram mudança de critério jurídico, a ensejar a necessidade de exclusão dos valores lançados neste PAF, para se proceder a cobrança, em novo lançamento, dos valores indevidamente, mantendo-se apenas os valores que não implicaram em reenquadramento do fato, ainda que as ocorrências estejam contempladas no Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência, para que as autuantes efetassem a revisão de todos os valores exigidos no presente Auto de Infração, com a exclusão das importâncias que representaram reenquadramento do fato autuado em outra infração, ainda que os valores totais não tenham sido alterados para mais.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram as duas infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias em que houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação Fiscal, ajustando o lançamento da seguinte forma:

- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido de ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Foram alterados todos os relatórios e demonstrativos de débito das duas infrações, com a exclusão das possíveis repercuções tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados de uma em outra, ou mesmo a ocorrência de novas infrações, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal.

Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, conforme planilhas reproduzidas às fls. 109 a 114 dos autos e mídia digital (fl. 115), de forma que os valores cobrados no Auto de Infração foram ajustados para menos, nos seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 621,81;

Infração 02 – R\$ 78.745,99;

**Total ..... R\$ 79.367,80.**

Restou, portanto, como matéria controvérida, as cobranças relacionadas com os produtos: **Sidra Cereser sem álcool, Massa de Polir Pérola, Óleo Desingripante Proauto, Óleo para Móveis Jacarandá, Insetos DTC MO Barato, e, Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**, todos já acima referenciados quanto ao acerto do lançamento, por envolver operações com mercadorias tributadas normalmente, sujeitas às alíquotas de 17% ou 18%, a depender do período em que se processaram as respectivas saídas, através de ECF ou Notas Fiscais, se antes ou depois de 09/03/2016, considerando a alteração promovida pela Lei nº 13.361/15, na Lei nº 7.014/1996.

*Acolho, portanto, os valores apurados na última revisão efetuada pela Auditoria, conforme demonstrativos juntados na Informação Fiscal às fls. 109 a 114.*

*Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de R\$135.021,85, para R\$79.367,80.*

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Após descrever brevemente os fatos, sustenta em sede de preliminar o cerceamento de defesa em virtude da capituloção genérica da infração, o que justificaria a nulidade formal do auto. Discorre sobre a falta de indicação precisa dos incisos, alíneas e parágrafos dos dispositivos legais informados na autuação, o que entende necessário diante da complexidade da legislação baiana.

Aponta o art. 142 do CTN e o art. 39 do RPAF para ratificar que não se pode considerar precisa a autuação, como fora efetivada, o que violaria o princípio da ampla defesa e demandaria o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, observa que o Decreto nº 7.799/2000 estabelece benefício fiscal nas operações de saída de mercadorias, limitando o creditamento do imposto relativo às suas entradas no estabelecimento ao percentual de 10% do valor da operação contido em cada um dos documentos fiscais de aquisição, de maneira que, não sendo este o caso, as mercadorias não submetidas a esta limitação autorizariam o crédito integral do imposto relativo às suas entradas.

Partindo desta premissa, afirma ter demonstrado que a cobrança é indevida, operação por operação, porque não se está diante de mercadorias alcançadas por benefício fiscal capaz de restringir ou limitar os respectivos créditos, ao menos na época dos fatos. Cita, como exemplo, a mercadoria “PAPEL HIG. NEVE COMPACTO” (NCM 48181000) que teria sido excluído do benefício mencionado e a mercadoria “VINHO CHIL. AYLLUS MERLOT” (NCM 22042100), cujo creditamento teria sido limitado ao montante do débito pelo art. 3º, F, do Decreto nº 7.799/2000.

Indica que foram excluídas diversas operações pela primeira instância, após conversão do julgamento em diligência, com a manutenção apenas das exigências referentes aos seguintes produtos:

- (a) Sidra Cereser SEM álcool – NCM 2201.1000;
- (b) Massa de Polir Pérola – NCM 3405.3;
- (c) Óleo Desingripante Proauto – NCM 3824.9;
- (d) Óleo para móveis Jacarandá – NCM 2710.1;
- (e) Insetos DTC MO barato – NCM 9503 e
- (f) Tapetes 150x200, 40x60 e 45x70 – NCM 5702.

Revela que tais produtos, da mesma forma que aqueles já excluídos na primeira instância, também possuem razões para ser afastados de qualquer tributação complementar, esclarecendo que:

Quanto à sidra sem álcool (a), o recolhimento do imposto seria por antecipação, conforme item 37 do Anexo I do RICMS/BA, já que seria equivalente a refrigerante. Os tapetes (f) seriam automotivos com incidência de ICMS-ST/Antecipação, conforme item 1.105 do Anexo I do RICMS/BA. E a massa de polir (b) e os óleos desingripante e para móveis (c) (d), apesar de não corresponderem a combustíveis, são compostos em mais de 70% de materiais derivados do petróleo, sendo um produto semelhante a combustível e lubrificante, enquadrando-se no item 6.8 do RICMS/BA.

Por este motivo e com base na farta documentação juntada, com os produtos devidamente planilhados, um a um, espera que seja julgado integralmente procedente seu pedido para considerar insubsistente a autuação fiscal.

Questiona ainda o percentual (60%) das multas estabelecidas sobre o valor do ICMS devido, alegando inexistir razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ter interpretação restritiva em razão da necessária finalidade a que se destinam. Indica ensinamentos doutrinários e jurisprudência do STF para apontar que as multas seriam confiscatórias, extrapolando sua função de inibir condutas indevidas em devido grau.

Encerra pedindo a insubsistência do lançamento.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

#### VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar suscitada, pois o lançamento atendeu os requisitos legais, possibilitando o exercício da ampla defesa pela recorrente que obteve êxito em parte das matérias deduzidas em sua impugnação, como se verifica no acórdão recorrido. Destarte, a arguição de nulidade formulada é nitidamente genérica, sem apontar sequer uma situação concreta que tenha lhe gerado prejuízo.

Quanto ao mérito, o recorrente se insurge em relação à manutenção da autuação apenas quanto aos itens sidra Cereser sem álcool, massa de polir Pérola, óleo desengripante Proauto, óleo para móveis Jacarandá e os diversos tapetes. Nada menciona a respeito do item “Insetos DTC MO Barato”. Assim, cabe desde logo considerar que a recorrente reconhece a procedência da autuação no que diz respeito a este item, na forma do art. 140 do RPAF/BA, diante da falta de contestação e da ausência de provas nos autos que indiquem o contrário.

Em relação aos demais produtos mantidos na autuação, entendo que não assiste razão ao recorrente. A autuante, ao prestar informação fiscal (fls. 66-77), esclareceu que a sidra sem álcool, embora possua o mesmo NCM do refrigerante, não se enquadra ao item 37 do Anexo I do RICMS/BA porque se trata de espumante, produto ali não descrito. Em relação à massa de polir e óleos, informou que são produtos cuja finalidade é o polimento e a conservação, sujeitando-se à substituição até 31/12/2015, apenas, sendo que a autuação os considera somente no exercício 2016. Por sua vez, os tapetes contidos no lançamento são de uso doméstico, ao contrário do que aponta o recorrente, sendo que sua NCM nunca esteve na substituição tributária.

Entretanto, o Recurso Voluntário nada trouxe para desconstituir essas características dos itens mantidos na autuação, optando por reiterar os argumentos já apresentados na impugnação, sem impugnar diretamente as informações prestadas pela autuante. Não há, portanto, justificativa para modificar a decisão de primeiro grau.

Outrossim, as multas aplicadas possuem previsão na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-las por eventual constitucionalidade, conforme art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, 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 para **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0012/19-0, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.367,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala das Sessões Virtuais do CONSEF, 16 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

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