

PROCESSO	- A. I. N° 274068.0023/18-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDOS	- SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0105-03/20-VD
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 30/05/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0096-12/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Ficou caracterizado recolhimento a menos do imposto, em razão de o Autuado ter realizado operações com equívocos na apuração do imposto devido, em desacordo com o previsto na legislação, conforme apurado no levantamento fiscal. Os cálculos foram refeitos mediante revisão efetuada pela Autuante e pelo Relator da 2ª CJF, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2018, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015, no valor de R\$1.127.859,56, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que a base de cálculo das mercadorias constantes do Protocolo ICMS nº 50/05 está de acordo com a sua Cláusula segunda.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão n° 0105-03/20 (fls. 1.035 a 1.066), com base no voto a seguir transscrito:

“O deficiente alegou que o presente Auto de Infração merece ser anulado, por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento; cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capituloção legal.

Após as informações fiscais prestadas pela autuante, o deficiente também requereu a nulidade do Auto de Infração, afirmando que, em razão do reconhecimento da falha da autuação pelo próprio Preposto Fiscal (inclusão indevida de valores aos quais o contribuinte não realizou operação tributável), o auto de infração deve ser anulado.

Disse que o presente lançamento deve ser anulado, ante a ocorrência do vínculo material, uma vez que não é possível certificar-se acerca do correto montante do tributo devido, sendo impossível determinar com certeza a infração cometida pela empresa, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF c/c artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Observo que uma vez lavrado o Auto de Infração, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, e o autuado poderá intervir no processo administrativo fiscal pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente. Também pode ser representado por advogado, preposto, ou por quem estiver na administração de seus bens.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o

sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Quanto aos levantamentos realizados pela fiscalização, são aplicados roteiros de auditoria que estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção desses arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

Por outro lado, durante a fiscalização, o procedimento fiscal é unilateral, não se exigindo a observância do contencioso e da ampla defesa, haja vista que durante a fiscalização o contribuinte ainda não está sendo acusado de nada, não se sabendo se será apurada alguma irregularidade. Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, lavra-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa.

A autuante informou que os anexos 1 a 8 do auto de infração demonstram os valores reclamados. Constam no PAF os documentos necessários, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo eletrônico. Estes documentos comprovam os dados dos anexos 1 a 8, e os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, gerada pelo próprio autuado, e em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Um ponto tratado pelo defensor se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham; a apuração do débito, após as informações fiscais, bem como, a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pela autuante, tendo sido realizada revisão acatando parcialmente as alegações defensivas e elaborados novos demonstrativos, tendo sido intimado o contribuinte com a concessão do prazo regulamentar para a devida manifestação.

O Processo Administrativo Fiscal é regido pelo princípio da verdade material, por isso, não se pode recusar uma prova pelo fato de ter sido apresentada após a lavratura do Auto de Infração ou após a apresentação da defesa. Ou seja, conforme art. 2º do RPAF/BA, “na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”. Por isso, a autuante acatou as comprovações apresentadas pelo defensor e refez os cálculos.

Neste caso, RPAF-BA admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. Assim, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

No caso em exame, a autuante constatou a existência de comprovações apresentadas pelo defensor que implicaram correções na apuração do imposto devido, o que foi realizado, com a posterior intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Sobre o enquadramento legal, ressalto que não implica nulidade da autuação em caso de equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada

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.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado afirmou: caso este Órgão Julgador considere que não é possível anular o auto de infração em sua integralidade, entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração.

Quanto ao mencionado pedido, indefiro com base no art. 147, inciso I, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, que refez os cálculos, mediante revisão quando prestou informações fiscais, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; fevereiro a dezembro de 2015.

O defensor alegou que a autuação fiscal não procede, uma vez que o Fisco deixou de considerar diversas hipóteses às quais não ensejariam o lançamento da obrigação tributária. Dentre elas destacou: (I) o regular recolhimento do tributo; (II) a utilização de alíquota incorreta pelo Fisco e de MVA diversa ao determinado no diploma legal; (III) o acréscimo de MVA em valores cuja base de cálculo é pautada pela SEFAZ-BA; (IV) utilização de valor de pauta diverso ao constante na tabela da SEFAZ-BA.

Também alegou que constatou mercadorias listadas no levantamento fiscal que já tiveram o ICMS-ST devidamente recolhido; mercadorias que sequer estão sujeitas ao regime da substituição tributária; aplicação incorreta do preço determinado na Pauta Fiscal; aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela Pauta Fiscal

Nas informações fiscais a autuante analisou as alegações defensivas e as notas fiscais mencionadas pelo autuado, fazendo as observações em relação a cada documento analisado, indicando o que foi acatado e os novos cálculos realizados.

Na primeira informação fiscal, a autuante concluiu que o valor remanescente a cobrar em 2014 fica conforme o ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL e o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na segunda informação fiscal concluiu que o valor remanescente a cobrar em 2015 fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na terceira informação fiscal, o valor remanescente a cobrar em 2015 ficou alterado, conforme o ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na quarta e última informação fiscal (fls. 1018/1025), considerando que o refazimento dos cálculos não foi acatado pelo defensor, conforme questionamentos na última manifestação apresentada às fls. 986/1000, a autuante apresentou esclarecimentos, conforme resumo a seguir.

Esclareceu que através do DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA foi informado se o critério usado foi PAUTA ou MVA. No DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS DO PROTOCOLO ICMS 50/05 está informado se a mercadoria referente ao citado protocolo teve o critério usado de PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA. Ou seja, os papéis de trabalho indicam as situações de só MVA ou PAUTA, o que for maior; e PREÇO e MVA ou PAUTA e MVA, o que for maior.

Para Estados não signatários do Protocolo nº 50/05, operações com massa e alíquota de 4% a MVA é de 23,87% e para operações com alíquota de 7% a MVA é de 20%, conforme item 33.1, do Anexo 1, do RICMS/12. No anexo 15 do AI, quando a alíquota é de 4% foi aplicada a MVA de 23,87% e quando a alíquota é de 7% foi aplicada a MVA de 20%. No Anexo 1 do RICMS/12, redação vigente para 2015, consta a MVA de 27,23% (Alíquota 4%), 23,25% (Alíquota 7%) e 16,63% (Alíquota 12%).

Em relação ao questionamento do autuado referente ao Decreto nº 15.661/2014, consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, redação vigente no ano de 2014, “Nota”, informando: “A redação da coluna “Mercadoria – NCM” do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a

partir de 01/12/14”, e no ano de 2015, as alíquotas permaneceram as mesmas. A informação da autuante de que o Decreto nº 15.661/2014, foi retificado em publicação no D.O.E. de 21/11/2012, foi equivocada quanto à mencionada data (21/12/2012), mas não causou qualquer repercussão no cálculo do imposto, considerando que as alíquotas foram utilizadas corretamente.

Quanto ao produto BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG, a autuante informou que foi corrigido conforme informação fiscal folhas 556, que aplicou a pauta do item 4.4 da IN nº 04/09, atualizada pela IN nº 28/13, usando a descrição COPA LOMBO. “BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG – segundo a defendente a pauta correta é R\$ 7,78 em vez de R\$ 10,60 destacado pela fiscalização e que o produto é CARRE. Informou que não tem na pauta o item bisteca, mas tem item copa/lombo, com pauta de R\$ 8,50 e lombo com pauta de R\$ 10,60. A pauta foi corrigida para R\$ 8,50 no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS SUJEITAS A MVA OU PAUTA - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL” A descrição do produto, conforme o fornecedor encontra-se na NF-e 895.528.

Em relação ao inciso XXXVII, do art. 268 do RICMS-BA/2012, determina redução de base de cálculo para as operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento). A autuante esclareceu que o texto só se refere a vinho e não a espumante. Já o item 5.4 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, não se refere a redução da base de cálculo e sim a antecipação tributária. (ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA).

Observo que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM para se concluir se os produtos encontram-se, ou não, enquadrados no dispositivo legal.

Analizando os elementos constantes nos autos, constato que a autuante efetuou revisão do levantamento fiscal acatando parte das alegações defensivas, de acordo com a legislação pertinente à matéria e os dados encontrados na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, não foi constatado reparo a fazer nos novos valores apurados, e acato as informações prestadas nas informações fiscais.

Os valores exigidos mediante lançamento por meio de Auto de Infração estão sujeitos à realização de revisão, haja vista que no próprio auto consta a ressalva quanto ao direito de a Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Neste caso, se foi exigido na autuação fiscal valor divergente daquele efetivamente devido, é correto providenciar o refazimento dos cálculos, apurando-se o débito retificado, após a revisão efetuada.

Acompanho o posicionamento da autuante, haja vista que ficou caracterizado recolhimento a menos do imposto em razão de o autuado ter realizado operações com erros na apuração do imposto devido, em desacordo com o previsto na legislação, conforme apurado no levantamento fiscal.

Dessa forma, acato os demonstrativos elaborados pela autuante, e o valor remanescente do exercício de 2014 fica reduzido para R\$603.179,94, conforme o ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2014 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 563). Em relação ao exercício de 2015, o valor remanescente fica reduzido para R\$183.371,06, conforme o ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO RESUMO DE ANTECIPAÇÃO RECOLHIDA A MENOR - 2015 - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 966 do PAF).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$786.551,00.”

A 3^a JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.078 a 1.098), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação, nos termos do Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, e do Art. 142 do CTN, por entender que ocorreu o incorreto cálculo do montante do tributo devido, tendo ocorrido a sua redução em quase 50%, e, portanto, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Disse que, em sendo ultrapassada a preliminar, o Acórdão recorrido resta maculado por víncio de fundamentação, uma vez que deixou de apreciar prova encartada nos autos, a cópia do Decreto nº 15.661/04 extraído do sítio da SEFAZ, onde comprova que tomou o item 34 do Anexo 1 do RICMS/12 como base para a tributação das mercadorias que listou.

Aduziu não restar dúvida que a retificação do Decreto nº 15.661/14, com publicação no DOE de 21/11/2012, se ocorreu, deveria constar no sítio da SEFAZ para orientação de todos os contribuintes, o que não ocorreu, tendo tomado como base as modificações efetuadas pelo Decreto nº 15.661/14, publicado no DOE de 18/11/2018, onde consta as MVAs nos percentuais de 23%

(alíquota de 7%) e 16% (alíquota de 12%) para os “produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef – NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210”.

Consignou que o ponto foi destacado em sessão de julgamento, mas, mesmo assim, a 3ª JJF não se manifestou sobre a informação extraída do sítio da SEFAZ, além de que o lançamento de ofício inerente as operações com os produtos acima listados devem ser afastadas do Auto de Infração já que se orientou pela informação extraída do sítio da SEFAZ.

Alegou que foram arrolados no levantamento produtos que não se enquadram na substituição tributária: “CER BAR MORANGO LIGHT C/CHOC 24X25G”, por ser barra de cereal, mesmo que contenha traços de chocolate, e “AMENDOIM RANNER 50KG”, por não se enquadrar no item 38 do Anexo 1 do RICMS/12, já que não se trata de produto industrializado, mas um produto natural vendido em saca e utilizado na cozinha.

Frisou que também consta a aplicação indevida de MVA em produtos com o preço determinado pela pauta fiscal nos Anexos 12, 14 e 15, a saber:

Anexo 12 - “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”, “PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00” e “SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00”: não foi aplicado o disposto na Cláusula segunda, I, “a”, do Protocolo ICMS nº 50/05, que determina que o MVA para este tipo de produto será de 20%.

Anexo 15 - “MACARRAO ITA DE CECCO FETTUCCINE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO PENNE RIGATE 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO RIGATONI 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO TAGLIATELLE NIDI DI SEMOLA 500 G”, e “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”: foi equivocadamente aplicada MVA superior a 20% sobre o preço tabelado pela Pauta Fiscal, em desacordo com o Art. 490-B do RICMS/12, determinação derivada de regulação presente no Protocolo ICMS 50/05, mais especificamente na sua Cláusula segunda, que determina as MVAs dos produtos presentes na pauta fiscal do Ato COTEPE nº 28/15.

Anexo 14 – “produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef – NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210”: não foi respeitado o disposto no Art. 1º, XVII, do Decreto nº 15.661/14, que alterou o MVA constante no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12 para 23%, a partir de 1º de dezembro de 2014, sendo incorretas as MVAs 23,25% ou 27,23% prelecionadas pela Autuante.

Também relacionou os seguintes produtos da planilha constante no Anexo 2 que entende que não estão sujeitas à substituição tributária:

- NCM 2101100 – “JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES”: possui a tributação normal;
- NCM 2101900 – “JAMON SERRANO FATIADO”: possui a tributação normal;
- NCM 2102000 – “COXAO DURO 6X5 KG JB QSS, DIANTEIRO COMPLETO JB 500GRS *REAL SABOR* LAMINADO”, “DIANTEIRO COMPLETO JB 6 X 5 KG * REAL SABOR*”, “JERKED BEEF DIANTEIRO - 06 X 5”, “JERKED BEEF DIANTEIRO - 60 X 500”, “JERKED BEEF P.A. - 06 X05” e “JERKED BEEF P.A. - 60 X 500”: o produto “CHARQUE” não se enquadra na ST, conforme item 34 do Anexo 1 do RICMS/12;
- NCM 18063220 – “CER BAR FR VERM C/CHOC L 24X25G”: o produto não se enquadra na ST, pois é barra de cereal e não chocolate, apenas contém o chocolate;
- NCM 20081100 – “AMENDOIM RANNER 50 KG”: esse amendoim é cru, destinado para fins culinários, não é salgado, nem aperitivo, ou seja, não se enquadra na ST.

Afirmou que foi aplicado o preço de pauta fiscal incorreto ao item “BISTECA”, tendo sido enquadrado como “LOMBO”, com pauta de R\$8,50, quando o correto é o “CARRÉ”, com pauta de

R\$7,78.

Asseverou ter sido indevida a exclusão da aplicação do Art. 268, XXXVII do RICMS/12, relativo à redução da base de cálculo de 55,55% para os seguintes vinhos produzidos no Brasil, NCM 2204, por entender que espumante não é vinho, o que contraria o item 5.4 do Anexo 1 do RICMS/12: “BABY CHANDON BRUT ROSE 187 ML”, “BABY CHANDON RESERVE BRUT 187 ML”, “BABY CHANDON RESERVE BRUT WHISH LIST”, “BABY CHANDON RICHE DEMI-SEC 187 ML”, “CHANDON BRUT ROSE 750 ML”, “CHANDON BRUT ROSE 750 ML C/ 3 CARTUCHOS”, “CHANDON PASSION ROSE 750 ML C/3 CARTUCHOS”, “CHANDON PASSION ROSE 750 ML EDICAO LIMITADA”, “CHANDON RESERVE BRUT 375 ML”, “CHANDON RESERVE BRUT 750 ML”, “CHANDON RICHE DEMI-SEC 750 ML C/ 3 CARTUCHOS”, “EXCELLENCE ROSE CUVEE PRESTIGE 750 ML COM ESTOJO”, “MAGNUM CHANDON BRUT ROSE 1500 ML” e “MAGNUM CHANDON RESERVE BRUT 1500 ML”.

Explicou que o espumante é tecnicamente o vinho que passa por duas fermentações naturais, ao invés de apenas uma (a alcoólica), sendo que a segunda fermentação pode acontecer em tanques de aço pressurizados, método chamado de “Charmat”, conforme ensina a especialista Lis Cereja, em seu livro *“Superdicas para Entender de Vinho”*.

Questionou a manutenção da tributação sobre os itens comprovadamente devolvidos, argumentando que fere o princípio da razoabilidade e caracteriza enriquecimento sem causa e que o STF, ao analisar recurso extraordinário sobre o tema, entendeu que os Estados não podem exigir o recolhimento antecipado do ICMS por meio de decreto.

Frisou que não foram observados, quando da lavratura do Auto de Infração, os procedimentos com relação às devoluções de mercadorias sujeitas a antecipação em que ainda não houve o recolhimento, quando pode abater da apuração do valor a recolher, e para mercadorias com antecipação já paga, tratando-se de contribuinte que apure o imposto pelo regime normal de apuração, pode se creditar do valor pago a título de antecipação parcial.

Pleiteou a total anulação do Auto de Infração, afastando a sua cobrança, tendo em vista:

- a) que seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a incorreção na determinação da base de cálculo da infração imposta, nos termos do disposto no Art. 142 do CTN;
- b) na remota hipótese de ser ultrapassada a preliminar, no mérito, que sejam acolhidas as indicações e comprovações das inconsistências do Auto de Infração, devendo o Acordão ser reformado para que seja julgado IMPROCEDENTE;
- c) caso entenda que os elementos comprobatórios anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em Diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas e para o refazimento de eventual crédito remanescente.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Carolina Pereira Rezende - OAB/SP nº 349.844 e a autuante Sra. Crystiane Menezes Bezerra.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1^a instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 728.179,24, conforme extrato (fl. 1.068), montante superior ao valor de R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração perpetrada decorreu do reconhecimento pela Decisão de piso de que:

- a) foi excluído o produto “J. BEEF LAGARTO PLANO – 06 X 5” lançado a partir de 01/12/2014;
- b) foi aplicada a redução de base de cálculo de 55,56% para os produtos “VHO QUINTA SEIVAL CASTAS PORTUGUESAS 6X750ML 11”, “VINHO RESERVA FAMILIA PICCOLI BRANCO SECO 2X4,6L” e “VINHO RESERVA FAMILIA PICCOLI TINTO SECO 2X4,6L”;
- c) foram corrigidos no exercício de 2014 os valores de referência dos produtos “BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG” para R\$8,50, “PE SALGADO 10 KG” para R\$5,74, e “RABO SALGADO 10 KG” para R\$6,92;
- d) foi excluído no exercício de 2014 o valor de referência do produto “MASCARA SALGADA 10 KG”;
- e) foram corrigidas as MVAs dos produtos “NESTLE PUREZA VITAL WATER PT PET S/GAS 6X1500ML BR” para 119,61%, “diversos vinhos” para 36,37% e “ALKLIN ESPONJA DE LA DE ACO 40G C/6 UN. FD/180” para 51,27%;
- f) foram corrigidos os períodos a que se referem os DAEs de recolhimento da antecipação tributária, tendo em vista terem sido informados equivocadamente nos referidos documentos.

Verifico que foram corretas todas as alterações efetuadas que culminaram em redução do valor exigido para R\$786.551,00, senão vejamos:

- a) o produto “*jerked beef*” foi excluído do regime de substituição tributária a partir da alteração do item 34 do Anexo 1 do RICMS/12 pelo Art. 1º, XVII do Decreto nº 15.661/14, publicado em 18/11/2014, com retificação publicada em 21/11/2014;
- b) no período da autuação era prevista no Art. 268, XXXVII do RICMS/12, a redução de base de cálculo nas operações internas com vinhos da posição NCM 2204, produzidos no Brasil, de forma que a carga de ICMS correspondesse a 12%, o que equivale a uma redução no percentual de 55,56%;
- c) Foram tempestivamente corrigidos os valores de referência dos produtos “BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG” para R\$8,50, estabelecido pela Instrução Normativa nº 04/09, alterada pela Instrução Normativa nº 28/13, e “PE SALGADO 10 KG” para R\$5,74, e “RABO SALGADO 10 KG” para R\$6,92, ambos estabelecidos pela Instrução Normativa nº 04/09, alterada pela Instrução Normativa nº 51/12;
- d) foi excluído do levantamento no exercício de 2014 o valor de referência do produto “MASCARA SALGADA 10 KG”, também conhecido como “ORELHA SALGADA”, passando a ser cobrado pela MVA, já que não consta este produto na Instrução Normativa nº 04/09;
- e) foram também corrigidas as MVAs dos produtos “NESTLE PUREZA VITAL WATER PT PET S/GAS 6X1500ML BR” para 119,61%, “diversos vinhos” para 36,37% e “ALKLIN ESPONJA DE LA DE ACO 40G C/6 UN. FD/180” para 51,27%, conforme consta, respectivamente, nos itens 2.3, 5.4 e 25.38, todos do Anexo 1 do RICMS/12, relativos às entradas com alíquota interestadual de 7%;
- f) foram corrigidos os períodos a que se referem os DAEs de recolhimento da antecipação tributária, tendo em vista terem sido informados equivocadamente nos referidos documentos, conforme foi verificado, mediante o cotejamento com as notas fiscais a que os mesmos se referem.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade da autuação por entender que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, em razão da Decisão recorrida ter efetuado a redução do valor exigido em quase 50%.

A função do julgamento administrativo é aperfeiçoar o lançamento de ofício, resultando em reduções ou exclusões necessárias

A redução perpetrada pela Decisão recorrida não é um refazimento do lançamento, nem gera a nulidade da autuação, sendo apenas o ajuste necessário para aperfeiçoar o lançamento de ofício, que é o objetivo do processo administrativo fiscal, não gerando nenhum prejuízo à defesa do Autuado. Ademais, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no §2º, do Art. 18 do RPAF/99, e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, rejeito a nulidade suscitada.

Também afasto a nulidade quanto à alegação de que a 3ª JJF não se manifestou sobre a informação extraída do sítio da SEFAZ, além de que as operações com os produtos listados devem ser afastadas do Auto de Infração, já que se orientou pela informação extraída do sítio da SEFAZ.

Verifico que a Decisão recorrida se manifestou sobre a referida retificação, conforme excerto do voto transscrito a seguir:

"Em relação ao questionamento do autuado referente ao Decreto nº 15.661/2014, consta no item 34 do Anexo I do RICMS-BA/2012, redação vigente no ano de 2014, "Nota", informando: "A redação da coluna "Mercadoria – NCM" do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14", e no ano de 2015, as alíquotas permaneceram as mesmas. A informação da autuante de que o Decreto nº 15.661/2014, foi retificado em publicação no D.O.E. de 21/11/2012, foi equivocada quanto à mencionada data (21/12/2012), mas não causou qualquer repercussão no cálculo do imposto, considerando que as alíquotas foram utilizadas corretamente."

Além disso, conforme dispõe o Art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ninguém pode se escusar de cumprir a lei sob a alegação de que não a conhece, e a referida retificação foi publicada no Diário Oficial do Estado do dia 21/11/2012, (página 14), cópia a seguir:

14 SALVADOR, BAHIA, SEXTA-FEIRA,
21 DE NOVEMBRO DE 2014
■ ANO XCIX - Nº 21.577

RETIFICAÇÃO DECRETO NUMERADO

Retificação

No Decreto nº 15.661, de 17 de novembro de 2014, publicado no Diário Oficial do Estado do dia 18 de novembro de 2014:

ONDE SE LÊ:

I - em seu art. 1º, inciso XVII, onde se lê

"31	Produtos cerâmicos em cuja fabricação seja utilizada argila ou barro cozido (tijolos; tijoleras e tapa-vígas; blocos, inclusive blocos para lajes pré-moldadas; telhas; elementos de chaminés e condutores de fumos; tubos, calhas, alerózes e manilhas) - 6904.1; 6904.9; 6905.1; 6905.9 e 6906	Não tem	Não tem	55,75% (aliquota 7%) 47,37% (aliquota 12%)	39%;
"34	Produtos confeiteiros resultantes de gado bovino, bife, salpicos, salada, defumados, refrigerados, congelados, confeitos, secos, salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210	Não tem	Não tem	23% (Aliq. 7%) 16% (Aliq. 12%)	10%
35	Produtos confeiteiros resultantes do abate de aves - 0207	Não tem	Não tem	17% (Aliq. 7%) 11% (Aliq. 12%)	5%;

LEIA-SE:

"31	Produtos cerâmicos em cuja fabricação seja utilizada argila ou barro cozido (tijolos; tijoleras e tapa-vígas; blocos, inclusive blocos para lajes pré-moldadas; telhas; elementos de chaminés e condutores de fumos; tubos, calhas, alerózes e manilhas) - 6904.1; 6904.9; 6905.1; 6905.9 e 6906	Não há	Não há	60,77% (Aliq. 4%) 55,75% (Aliq. 7%) 47,37% (Aliq. 12%)	39%;
"34	Produtos confeiteiros resultantes de gado bovino, bife, salpicos, salada, defumados, refrigerados, congelados, confeitos, secos, salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210	Não há	Não há	27,23% (Aliq. 4%) 23,25% (Aliq. 7%) 16,63% (Aliq. 12%)	10%
35	Produtos confeiteiros resultantes do abate de aves - 0207	Não há	Não há	21,45% (Aliq. 4%) 17,65% (Aliq. 7%) 11,33% (Aliq. 12%)	5%;

II - em seu art. 3º, inciso II, onde se lê "§ 3º Nas remessas internas para industrialização dos produtos de que trata este Regulamento aplicar-se-ão as normas do § 1º e do inciso I do *caput* do art. 280 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.", leia-se: "§ 3º Nas remessas internas para industrialização dos produtos de que trata este Regulamento aplicar-se-ão as normas do § 1º e do inciso I do *caput* do art. 280 do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.";

III - em seu art. 3º, inciso III, onde se lê: "III - o § 4º do art. 5º-D, mantida a redação de suas alíneas";, leia-se: "III - o § 4º do art. 5º-D, mantida a redação de seus incisos";,

Portanto, afasto todas as nulidades suscitadas.

Denego o pedido de diligência, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção sobre a lide, nos termos do Art. 147, I, "a" do RPAF/99.

Dianete do exposto no Art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, não faz sentido o requerimento referente ao afastamento do lançamento de ofício em relação às operações com os produtos relacionados no item 34, do Anexo 1 do RICMS/12.

Quanto aos demais argumentos, passamos a analisar o mérito:

- a) assiste razão ao Autuado quanto ao produto “CER BAR FR VERM C/CHOC L 24X25G”, NCM 1806.32.20, que não está na substituição tributária, tendo em vista que está equivocada a NCM utilizada, já que a nota 1 do capítulo 18 exclui as preparações da posição 19.04 da NCM, que se refere aos produtos à base de cereais. Diante disso, deve ser excluído este item das Notas Fiscais nºs 43.329, 43.500 e 43.808, do mês de julho de 2014, no valor de R\$ 665,44; Notas Fiscais nºs 46.489, 46.747, 47.586 e 48.582, do mês de setembro de 2014, no valor de R\$ 813,30, e Nota Fiscal nº 96.991, do mês de novembro de 2015, no valor de R\$ 638,32;
- b) também assiste razão ao Autuado em relação à redução de base de cálculo dos “vinhos espumantes”, por se tratarem de espécie do gênero vinho (Art. 268, XXXVII, do RICMS/12, vigente à época dos fatos), conforme também consta no item 5.4 do Anexo 1 do RICMS/12, incluindo, além dos relacionados pelo Autuado, os produtos “ESP TERRANOVA BRUT 6X750ML”, “ESP TERRANOVA MOSCATEL 6X750ML”, “ESP MIOLO BRUT MILLESIME 6X750ML 11”, “VHO FRISANTE SUAVE SUNNY DAYS RED 12X750ML” e “VINHO FRISANTE SUAVE SUNNY DAYS WHITE 12X750ML”, todos produzidos no Brasil, resultando em uma redução de R\$ 268.031,22 em 2014, e de R\$ 77.465,20 em 2015;
- c) não assiste razão ao Autuado em relação às MVAs de “produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef – NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210”, constantes no item 34, do Anexo 1 do RICMS/12, sendo corretas as MVAs de 23,25% ou 27,23%, conforme a alíquota interestadual de 7% ou 4%, respectivamente, selecionadas pela Autuante, aplicáveis a partir de 1º de dezembro de 2014, devido à retificação do Decreto nº 15.661/14, publicada no DOE de 21/11/2012, já tratado na preliminar de nulidade;
- d) entretanto, foi excluído da substituição tributária o “Jerked Beef” (que não deve ser confundido com o charque), a partir de 1º de dezembro de 2014, devendo ser excluído do levantamento o produto “DIANTEIRO COMPLETO JB 6 X 5 KG *REAL SABOR*” e “DIANTEIRO COMPLETO JB 500GRS *REAL SABOR* LAMINADO”, nos respectivos itens das Notas Fiscais nºs 96.902, 97.178 e 97.179, do mês de dezembro de 2014, no valor de R\$ 1.875,22;
- e) não assiste razão ao Autuado em relação às massas relacionadas nos Anexos 12 e 15, “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”, “PENNE RIGATE INTEG 18X500G %DESC: 25,00”, “SPAGHETTI INTEG 20X500G %DESC: 25,00”, “MACARRAO ITA DE CECCO FETTUCCINE NIDI DI SEMOLA 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO PENNE RIGATE 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO RIGATONI 500 G”, “MACARRAO ITA DE CECCO TAGLIATELLE NIDI DI SEMOLA 500 G”, e “M. LAMEN RENATA EXPRESS YAKISOBA 20X300G”, tendo em vista que todas são oriundas dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, não signatários do Protocolo ICMS 50/05, tendo sido corretamente aplicadas as MVAs constantes no item 33.1, do Anexo 1 do RICMS/12;
- f) também não assiste razão ao Autuado em relação aos itens “AMENDOIN RANNER 50KG”, NCM 2008.11.00, “JAMON SERRANO C/OSSO +18 MESES”, NCM 0210.11.00, e “JAMON SERRANO FATIADO”, NCM 0210.19.00, sendo o primeiro classificado como salgado industrializado, item 38, do Anexo 1 do RICMS/12, ao contrário do que alegou o Autuado, e os demais como “produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef”, item 34, do Anexo 1 do RICMS/12;
- g) e também não assiste razão ao Autuado em relação ao preço de referência do produto “BISTECA A (COPA LOMBO) CONG. 8 KG”, pois consta na Instrução Normativa nº 04/09, alterada pela Instrução Normativa nº 28/13, o valor de R\$ 8,50 para Acém / Copa Lombo, conforme consta na Decisão recorrida;

Quanto ao resarcimento relativo às devoluções de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, não assiste razão ao Autuado, pois existe regramento específico para sua efetivação, previsto nos Arts 299 a 303 do RICMS/12, o qual não foi observado pelo Autuante.

Não se trata de antecipação parcial nem de enriquecimento sem causa do Estado, muito menos de violação a qualquer princípio constitucional, mas de regras que devem ser seguidas para obtenção do resarcimento que não foram observadas, já que tal procedimento demanda uma verificação específica da fiscalização quanto à sua autorização.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 437.062,30, conforme demonstrativos a seguir:

ANO	MÊS	PAUTA OU MVA	PROTOCOLO 50/05	SOMA	PAGO	SUBS A MENOR
		A	B	C=A+B	D	E=C-D
2014	01	66.598,82	6.888,98	73.487,79	58.433,68	15.054,11
2014	03	62.628,70	6.620,09	69.248,79	59.074,89	10.173,90
2014	04	54.796,03	10.196,91	64.992,94	53.065,30	11.927,64
2014	06	129.888,09	2.011,79	131.899,88	108.519,68	23.380,20
2014	07	74.551,73	6.841,59	81.393,32	49.311,92	32.081,40
2014	08	46.957,18	9.352,96	56.310,15	42.775,89	13.534,26
2014	09	278.216,38	4.477,54	282.693,93	138.654,65	144.039,28
2014	10	122.678,18	596,48	123.274,66	96.768,86	26.505,80
2014	11	202.979,68	9.684,35	212.664,03	199.909,88	12.754,15
2014	12	210.996,42	12.654,96	223.651,37	181.307,35	42.344,02
Total-2014		1.250.291,21	69.325,65	1.319.616,86	987.822,10	331.794,76
2015	02	29.092,62	4.101,99	33.194,61	48.298,74	0,00
2015	03	104.356,44	7.048,46	111.404,90	85.789,39	25.615,51
2015	04	16.248,10	4.222,30	20.470,41	23.817,90	0,00
2015	05	56.174,55	4.977,31	61.151,87	51.226,40	9.925,47
2015	06	39.897,59	511,44	40.409,03	37.691,96	2.717,07
2015	07	96.706,47	5.339,95	102.046,42	61.706,01	40.340,41
2015	08	59.341,45	12.713,54	72.054,99	63.312,04	8.742,95
2015	09	103.430,46	14.025,10	117.455,56	305.907,14	0,00
2015	10	45.763,07	1.360,28	47.123,34	32.415,14	14.708,20
2015	11	49.186,83	18.726,68	67.913,51	64.695,58	3.217,93
Total-2015		600.197,58	73.027,05	673.224,64	774.860,30	105.267,54
TOTAL DO AI (2014 + 2015)						437.062,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0023/18-0, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 437.062,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de abril de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS