

PROCESSO - A. I. Nº 269358.0004/21-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0098-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/09//2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0256-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. OPERAÇÃO DE VENDA. Excluídos os valores referentes a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e aquelas adquiridas para comercialização e posteriormente destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Item subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 4ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão Nº 0098-04/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2021, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 235.423,88, relativos a duas infrações distintas, sendo objeto dos presentes recursos apenas a Infração 01, descrita a seguir.

***Infração 01** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 222.726,22.*

Consta ainda que: “O estabelecimento realizou operações de saída com mercadorias tributadas, omitindo-se da tributação prevista na lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96). O demonstrativo Anexo I especifica as operações objeto desta tributação, integrando o lançamento em todos os seus termos”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 11/05/2022 (fls. 309 a 316) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O presente Auto de infração é composto de duas infrações, ambas decorrentes da falta de recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que o Anexo I respalda a exigência relativa à infração, 01 e o anexo II (saídas a título de doação e bonificação) à infração 02.

Na apresentação da defesa, o sujeito passivo, apesar de solicitar a improcedência do Auto de Infração, somente se reporta às operações relacionadas no “anexo I”, que como visto, diz respeito à infração 01, assim sendo, julgo inteiramente procedente à infração 02, por inexistência de lide.

Inicialmente, no que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente no “Anexo I” mercadorias isentas e tributadas no regime de substituição tributária, e apresenta relação das notas fiscais que estariam enquadradas naquelas condições.

Das várias mercadorias objeto da autuação, o auditor fiscal, na informação fiscal mantém a autuação para as seguintes:

PRESERVATIVOS: A Defendente alega que o referido produto goza da isenção prevista no Artigo 264, Inciso XXIII, do RICMAS/BA. Contudo, após uma análise da legislação o autuante observou que não houve o cumprimento de uma condição essencial para o exercício da isenção pretendida: o abatimento do valor

dispensado do seu preço respectivo, nos termos previstos no citado dispositivo legal:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98) (destacamos).

Acompanho a informação do autuante, por não restar comprovado pelo defendente a condição estabelecida na legislação posta.

Com relação aos produtos ABSORVENTES HIGIÊNICOS; ÁGUA PARA BATERIA DE AUMOMÓVEL; BICO PARA MAMADEIRA; ESCOVA DENTAL; CREME DENTAL; FIO DENTAL; FRALDA DESCARTÁVEL e PIZZA, a autuada alega que estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, portanto, as saídas não poderiam ser tributadas.

Com exceção do item “Pizza”, de acordo com informações prestadas pelo autuante, com o que concordo, os demais possuíam tributação normal, pois à época dos fatos geradores (exercícios de 2018 e 2019), não mais estavam inseridos no Anexo I do RICMS/BA.

No que tange às mercadorias de consumo/embalagens - Caixa de pizza, o impugnante argui que se trata de notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sendo que o autuante ao prestar a Informação Fiscal informou que na verdade todas as operações objeto da presente exigência foram destinadas às vendas, e têm como destinatário a empresa Souto Dias Comercio Importação e Exp. CNPJ nº13.781.692/0001-02, fato não contestado pelo defendente ao tomar conhecimento da Informação Fiscal, razão pela qual, ficam mantidas na autuação.

Com relação às MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS-CFOP 5949, o defendente, com base na Súmula nº 08 deste CONSEF, alega que não deveria incidir o ICMS por não ter havido transferência de titularidade, nem venda.

O autuante inicialmente não acatou o argumento defensivo, sob o argumento de que o CFOP utilizado pela autuada não se referia a transferência, entretanto, posteriormente concordou com a autuada, tendo em vista que no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” inseridos nos documentos fiscais questionados, restou comprovado que de fato são notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento autuado IE 013608561, comprovando que foram destinadas ao seu próprio consumo, não devendo sofrer tributação.

Concordo com as exclusões efetuadas pelo autuante, não pelo fato alegado pelo sujeito passivo ao se reportar à Súmula 08 do CONSEF, pois não se trata de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, e sim por se tratar de operações referentes a mercadorias que inicialmente foram adquiridas para comercialização, e posteriormente foram utilizadas como uso e consumo do estabelecimento.

Nesta situação, deverá ser emitida Nota Fiscal sem destaque do valor do imposto, como procedeu o autuado, devendo ser estornado eventual crédito do imposto, escriturado por ocasião da entrada, conforme previsto no art. 312, inciso III do RICMS/BA, cuja redação transcrevo:

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;”

Em conclusão, acompanho o entendimento do autuante, conforme a fundamentação de cada item acima colocada, sendo que devem ser excluídas as parcelas relativas as saídas no item “PIZZA”, por estar sujeita ao regime de substituição tributária, e as notas fiscais com CFOP 5949, por se referir a operações que inicialmente foram adquiridas para comercialização e posteriormente foram destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, restando o ICMS a recolher desta infração, conforme o demonstrativo de débito à fl. 250 elaborado pelo autuante, no valor de R\$ 96.886,77.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 109.584,43, sendo R\$ 96.886,77 relativo à infração 01, e R\$ 12.697,66 da infração 02.”

A 4ª JfF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 326 a 327, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Inicialmente, manifesta concordância com as reduções trazidas no julgamento de piso, que culminou com a remanescência de R\$ 96.886,77 relativos à infração 01, e R\$ 12.697,66 da infração

02, conforme Acórdão JF N° 0098-04/22-VD.

Em relação ao produto PRESERVATIVO, na Infração 01, que não teve aceita sua exclusão dos demonstrativos, reitera os termos trazidos em sede de defesa inicial, ao tempo que pleiteia reconsideração quanto aos efeitos legais da isenção prevista Inciso XXIII, do art. 264 do RICMS/BA.

Explica que a justificativa para não ser considerada a exclusão da cobrança do imposto para tal produto se deu ao fato de a empresa não ter realizado, nos documentos fiscais, o desconto previsto no citado dispositivo legal. Argumenta, todavia, que os montantes apresentados pela empresa nos citados documentos já foram realizados pelos valores líquidos, livres dos descontos, não havendo nenhum prejuízo ao recolhimento do tributo, haja vista, inclusive, que a empresa não se creditou do imposto em nenhuma nota fiscal de aquisição, como demonstra a planilha denominada “COMPRA PRESERVATIVO_2019_DALNORDE”, que ora anexa ao presente PAF. Da planilha, onde constam as notas fiscais de aquisição do produto PRESERVATIVO, lançadas no registro C170 da EFD, que compõe o Registro de Entradas, explica que as colunas de Base de Cálculo de ICMS e Valor do ICMS estão zeradas, comprovando que não houve aproveitamento de crédito por parte da autuada. Não poderia, por conseguinte, a empresa ter tributação lançada por um produto ISENTO, pois seria uma punição desproporcional a empresa ser compelida a se debitar integralmente em suas saídas sobre um produto em que não possui nenhum crédito, ferindo de morte o princípio da Não-Cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, da Constituição Federal do Brasil.

Destaca que o simples não destaque do desconto se configura, apenas, em descumprimento de obrigação acessória, que não pode acarretar, assim, em punição sobre a obrigação principal, que não é devida, tendo em vista a previsão legal de isenção mencionada.

Por fim, requer seja reconhecida a isenção para o produto PRESERVATIVO, tendo em vista que não houve prejuízo econômico ao Estado, que objetivou a não tributação do produto em sua legislação, e pelo fato de que a empresa não se aproveitou de nenhum crédito do imposto sobre as aquisições deste item, não obtendo nenhum tipo de vantagem, por questão de JUSTIÇA.

Por todo o exposto, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer seja reconhecida a IMPROCEDÊNCIA parcial do lançamento, ou que, no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os argumentos trazidos pela Peticionária.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta a Peticionária pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Nesses termos, pede deferimento.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 4ª JF (Acórdão N° 0098-04/22-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$ 414.151,90 para o montante de R\$ 192.311,82, em valores atualizados à data do julgamento (vide folha 319), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do montante lançado decorreu da decretação da procedência parcial da infração 01, sendo esta a extensão cognitiva do Recurso de Ofício.

A Infração 01 foi descrita como “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ...”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que, dentre as operações autuadas, há saídas: “**a**) com produto isento, tais como o preservativo (NCM 4014.1000); **b**) produtos sujeitos à substituição tributária, tais como absorventes (NCM 9619.0000), água para bateria (NCM 2853.9090), bico para mamadeira (NCM 3924.9000), escova dental (NCM

9603.2100), creme dental (NCM 3306.1000), fio dental (NCM 3306.2000), fraldas (NCM 9619.0000), pizzas (NCM 1905.9090) e salgadinhos diversos (NCM 1905.9090); mercadorias de consumo/embalagens, tais como caixa de pizza (NCM 4819.1000); e c) mercadorias transferidas para outro estabelecimento, em operações internas, CFOP 5.949”.

Em sua informação fiscal, o autuante somente concordou com a retirada de algumas mercadorias sujeitas à substituição tributária, tais como pizzas.

Após manifestação do Sujeito Passivo, contudo, acolheu o argumento de que as operações com CFOP 5.949 tratam de saídas em transferência, pois tal informação consta do campo “*informações complementares*”.

A 4ª JF acolheu o opinativo fiscal e julgou a Infração 01 Procedente em parte, no montante de R\$ 96.886,77.

Quanto às pizzas, entendo que a decisão de piso não merece reparo, pois tal mercadoria se encontrava inserida no regime de substituição tributária, no período autuado (2018/2019), conforme item 11.28.1 do Anexo 01 do RICMS/12, que assim descrevia “***Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03, NCM 1905.90.90***” (grifos acrescidos).

Quanto às saídas com CFOP 5.949, as cópias das notas fiscais acostadas ao processo revelam que, efetivamente, tratava-se de operações internas de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, não ensejando a incidência do imposto estadual.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, a petição empresarial ataca a decisão de piso apenas naquilo que se refere aos preservativos, pois defende que se trata de item isento, com base no art. 264, inciso XXIII do RICMS/12. Sustenta que a ausência de demonstração do desconto, no preço cobrado, constitui-se em mero descumprimento de obrigação acessória, ressaltando que não houve prejuízo ao Estado da Bahia, já que não se creditou do imposto quando das aquisições desta mesma mercadoria.

Leiamos, então, o dispositivo regulamentar citado.

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98) (grifo acrescido);

(...)”

Como se depreende da leitura do inciso XXIII, acima reproduzido, a demonstração expressa de que concedeu desconto no preço da mercadoria, no montante equivalente ao imposto dispensado, não se constitui em “*mero descumprimento de obrigação acessória*”, mas em condição para fruição do benefício fiscal aludido.

Essa é também a dicção do § 1º do Convênio ICMS 116/98, origem normativa da regra insculpida no RICMS/12, conforme abaixo.

“Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.

§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (grifo acrescido).

...

Assim, não tendo cumprido o quanto dispõe o RICMS/12 e o Convênio ICMS 116/98, caberia ao Sujeito Passivo, querendo desfrutar do aludido benefício, evidenciar, mediante elementos de

prova de que dispuser, que deduziu, do preço da mercadoria, o montante equivalente ao imposto dispensado, o que não ocorreu, nem mesmo nesta segunda instância processual.

Diante do exposto, entendo que sucumbiu às provas acostadas ao processo, restando caracterizada a infração.

Portanto, voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário

Ex-positis, NEGO PROVIMENTO a ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0004/21-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o recolhimento do imposto de **R\$ 109.584,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS