

A. I. Nº - 281424.0007/22-2
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S.A.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02/05/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-03/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ajustes realizados pelo Autuante na informação fiscal com base nas alegações comprovadas carreadas aos autos pelo sujeito passivo reduz o valor lançado originalmente. Infração parcialmente subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Contribuinte não impugna acusação fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 72.141,06, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.03. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no mês de junho de 2018 a dezembro de 2021, no valor de R\$ 16.970,97, acrescido da multa de 60%, Demonstrativos às fls. 15 a 38 e CD a fl. 10;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de aplicação de alíquotas diversas da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, nos meses de junho de 2018 a outubro de 2021, no valor de R\$ 55.170,09, acrescido da multa de 60% Demonstrativos às fls. 60 a 83 e CD a fl. 10.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 116 a 123, nos termos a seguir resumidos.

Assinala que na Infração 01 o Autuante elenca uma série de mercadorias que foram comercializadas como não tributáveis, mas que seriam tributáveis, durante o período entre 2018 e 2021.

Frisa que em relação ao exercício de 2021, o Autuante cometeu um equívoco que gerou o lançamento indevido de débito tributário de ICMS.

Cita que como a fiscalização efetuou o lançamento como se os códigos 115970 e 115866 fossem, respectivamente, achocolatado em pó e aparador de pelo, mercadorias que realmente estariam sujeitas à tributação, fls. 24 e 25.

Diz que analisando o demonstrativo de débito relativo à Infração 01 - fls. 36 e 37, todavia, observa-se que os códigos 115866 e 115970 estão atrelados, na verdade, a Celular Smartphone Motorola e Planta Lírio Rosa, respectivamente. Continua destacando que, para que não sobejem dúvidas acerca de quais mercadorias estão realmente vinculadas aos códigos 115866 e 115970, apresenta algumas NFC-e atreladas as operações fiscalizadas, com o propósito de evidenciar que os códigos 115866 e 115970 estão atrelados à Planta Lírio Rosa e ao Smartphone Motorola.

Prossegue esclarecendo que, além disso, é possível observar que até mesmo pelos preços indicados no Auto de Infração para os códigos 115866 e 115970 não estariam condizentes com o preço médio praticado nos mercados se estivessem vinculados às mercadorias apontadas pelo Autuante (achocolatado e aparador de pelo). Isto, pois as operações envolvendo o código 115866 estão variando entre R\$ 35,90 e R\$ 41,26 por unidade, fls. 24 e 25. Estes valores estariam muito acima do valor de mercado caso estivessem referenciando operação de venda de achocolatados, conforme *print* que colaciona à fl. 119.

Afirma que a situação se torna ainda mais evidente quando são analisadas as operações com o código 115970. Isto porque todas as operações apontadas no Auto de Infração possuem valores que são múltiplos de R\$ 899,90, o valor da unidade do Smartphone Motorola E7PW 32G VM. Observa que os valores apontados pelo Autuante são R\$ 899,90, R\$ 1.799,80 (duas unidades), R\$ 3.599,60 (quatro unidades), R\$ 4.499,50 (cinco unidades) e assim por diante.

Revela que um simples aparador de pelo possui valor médio de mercado muito inferior ao que está constando no Auto de Infração, como se pode observar no *print* que colaciona à fl. 120.

Diz se tornar evidente que houve um equívoco no momento da lavratura do Auto de Infração, pois conforme será exposto, as operações de saída da *Planta Lírio* e do *Smartphone Motorola* não estão sujeitas à incidência do ICMS.

Acrescenta ainda que em relação a *Planta Lírio*, a sua comercialização é isenta, nos termos da alínea “i”, do inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Assevera que se faz necessário excluir do Auto de Infração, especificamente da Infração 01, o ICMS constituído em relação às operações envolvendo o código 115866, pois se trata da venda de *Planta Lírio*, a qual está isenta da incidência do imposto e, por isso, a operação é efetivamente não tributável, como já declarou.

No que tange às operações envolvendo celulares, rol no qual está incluído o Smartphone Motorola, estas estão sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a operação de venda ao consumidor final já foi antecipada pelo substituto tributário, de modo que na qualidade de Substituído, não precisa recolher o imposto novamente, sob pena de se configurar *bis in idem* tributário.

Registra que tal substituição tributária encontra-se prevista no Convênio CONFAZ ICMS nº 213/2017. Considerando que os eventos ocorreram durante o exercício de 2021, reproduz o teor das duas redações que vigoraram naquele período. Destaca que, como o dispositivo cita expressamente o Convênio CONFAZ ICMS nº 142/2018, necessário indicar os dispositivos que aludem ao regime de substituição tributária nas operações envolvendo celulares, transcrevendo seu teor.

Observa que à luz dos dispositivos do Convênio CONFAZ ICMS nº 142/2018, as operações envolvendo celulares estão sujeitas ao regime de substituição tributária (Cláusula Sétima), sendo de responsabilidade do contribuinte remetente o recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes (Cláusula Oitava).

Por isso, afirma ter agido acertadamente ao declarar como não tributáveis as operações de saída de mercadoria com código 115970, pois se trata de operações de comercialização de celulares, especificamente Smartphones Motorola, os quais estão sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos dos Convênios CONFAZ ICMS nºs 213/2017 e 142/2018, motivo pelo qual o ICMS já havia sido recolhido pelo contribuinte remetente das mercadorias.

Requer a improcedência do Auto de Infração para o fim de excluir os lançamentos das operações que foram retratadas acima, quais sejam, as operações elencadas na Infração 01 sob os códigos 115866 e 115970, pois as saídas destas mercadorias eram, efetivamente, não tributáveis.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 151 a 153, destacando inicialmente que o Autuado aponta em relação ao exercício 2021 da Infração 01 erros relacionados à exação fiscal de dois produtos: 115866 - Aparador Pelo Mondial BG-04 BIV e 115970 - Achoc Pó Chocolate Lt 400gr.

Observa que ao se analisar os dados indicados pelo Impugnante, verifica-se que há uma divergência de dados - cadastro do produto - entre a sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e algumas notas fiscais de venda a consumidor eletrônica - NFC-e, evidenciando que houve uma possível alteração de código do produto a partir do mês de junho/21, não levada a efeito na EFD, conforme se depreende dos dois relatórios de saídas que colaciona à fl. 152, (com base na EFD - exercício de 2021), haja vista que se observa grande alteração do valor unitário desses dois produtos.

Prossegue frisando que ao se analisar individualmente cada nota fiscal de consumidor eletrônica - NFC-e emitida, constata-se que, a partir de junho/21 os códigos de produto 115866 e 115970 correspondem, efetivamente, aos produtos Smarth Motorola E7PW32G VM 1UN PROM e Planta Lírio Rosa BR Holambelo PT15 Prom, respectivamente, conforme provas trazidas aos autos pelo Impugnante.

Afirma que, após criteriosa análise dos documentos fiscais emitidos pelo Defendente, excluiu da cobrança fiscal da Infração 01- exercício 2021 os dois itens em comento.

Observa que em decorrência das mencionadas constatações foi elaborado um novo demonstrativo analítico para o exercício de 2021 e anexado às fls. 154 e 155, reduzindo o valor da Infração 01 de R\$ 16.970,97, para R\$ 11.170,45. Informa que o novo relatório elaborado em sua integralidade consta do CD-R anexado à fl. 158.

Destaca também, por fim, que o novo demonstrativo para a Infração 01 se encontra anexado às fls. 156 e 157.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração com a exclusão na Infração 01 dos valores indevidos supra mencionados.

O Autuado se manifesta, à fls. 164, declarando ter tomado ciência do acolhimento, pelo Autuante, dos argumentos ventilados na impugnação outrora apresentada, excluindo da Infração 01 as operações elencadas sob os códigos 115866 e 115970.

O Autuante presta nova informação à fl. 167, assinalando que o Impugnante apresentou, tempestivamente, manifestação declarando a sua ciência ao acolhimento pela fiscalização de seus argumentos alinhados em sua Defesa.

Concluiu frisando que, como não foram apresentados novos fatos ou documentos na Manifestação em comento, fossem os autos encaminhados ao CONSEF para julgamento.

Consta, às fls. 170 a 178, extrato do SIGAT/SICRED com pagamento parcial do Auto de Infração, referente às parcelas reconhecidas pelo autuado.

O Patrono do Autuado Dr. Sinésio Cyrino da Costa Neto, OAB/BA - 36212 assistiu a sessão de julgamento.

VOTO

Embora o defendente não tenha arguido questões específicas de nulidade, analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que todas as infrações estão descritas nos respectivos demonstrativos, com o comprovante do recebimento do CD/mídia eletrônica contendo os arquivos, registrando detalhadamente as informações necessárias e suficientes ao exercício da ampla defesa e do contraditório em conformidade com as exigências legais.

Observe que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, e a apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração. Assim, 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 exigido, conforme estabelece o art. 142, do CTN. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição minudente no preâmbulo do relatório.

No que concerne à Infração 02 o Autuado, em sua impugnação, não contestou o seu cometimento, por isso, ante a inexistência de lide, nos presentes autos, fica mantido esse item da autuação.

A Infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS em razão de a autuada ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2018 a dezembro de 2021, consoante demonstrativo às fls. 09 a 193.

Nas razões de Defesa, o Autuado pugnou pela procedência parcial desse item da autuação afirmando que houve um equívoco no momento da lavratura do Auto de Infração, pois, conforme exposto, as operações de saída da *Planta Lírio* e do *Smartphone Motorola* não estão sujeitas à incidência do ICMS. Destacou que em relação a *Planta Lírio*, a sua comercialização é isenta, nos termos da alínea “i”, do inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Quanto às operações envolvendo celulares, rol no qual está incluído o *Smartphone Motorola*, estas estão sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a operação de venda ao consumidor final já foi antecipada pelo substituto tributário, de modo que na qualidade de Substituído, não precisa recolher o imposto novamente, sob pena de se configurar *bis in idem* tributário.

Em suma, esses foram os argumentos defensivos alinhados pelo Autuado em suas razões de Defesa.

Em sede de informação fiscal, o Autuante observou que ao se analisar os dados indicados pelo Impugnante, verifica-se que há uma divergência de dados - cadastro do produto - entre a sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e algumas notas fiscais de venda a consumidor eletrônica - NFC-e, evidenciando que houve uma possível alteração de código do produto a partir do mês de junho/21, não levada a efeito na EFD, conforme se depreende dos dois relatórios de saídas que colaciona à fl. 152, (com base na EFD - exercício de 2021), haja vista que se observa grande alteração do valor unitário desses dois produtos.

Asseverou que depois de analisar criteriosa e individualmente cada nota fiscal de consumidor eletrônica - NFC-e emitida, constatou que, a partir de junho/21 os códigos de produto 115866 e 115970 correspondem, efetivamente, aos produtos *Smarth Motorola E7PW32G VM 1UN PROM* e *Planta Lírio Rosa BR Holambelo PT15 Prom*, respectivamente, conforme provas trazidas aos autos pelo Impugnante.

Explicou que, em decorrência das mencionadas constatações foi elaborado um novo demonstrativo analítico para o exercício de 2021 e anexado às fls. 154 e 155, reduzindo o valor da Infração 01 de R\$ 16.970,97, para R\$ 11.170,45.

Assim, após a revisão do lançamento, levada a efeito pelo Autuante, com base nas comprovadas alegações da Defesa, cujo resultado foi acolhido pelo próprio Impugnante, ao tomar ciência, fl. 164, resta evidenciado nos autos que não mais existe lide acerca do cometimento parcial da Infração 01.

Logo, nos termos expendidos, acato as correções e ajustes constantes no novo demonstrativo realizados pelo Autuante e a Infrações 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 11.170,45.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0007/22-2**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S.A.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.340,54**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA