

A.I. Nº - 217359.0006/20-0
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/07/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0129-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas. O Autuado consegue elidir parcialmente a acusação fiscal, consoante novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, em sede de informação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia técnica. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2020, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 151.850,64, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Mercadorias tributadas que saíram como se isentas fossem e mercadorias com tributação normal que saíram como se substituídas fossem. Período fiscalizado de janeiro a dezembro de 2016. ICMS exigido R\$ 146.652,51, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Período fiscalizado de janeiro a dezembro 2016, ICMS exigido R\$ 5.198,13, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa informando que: *“Refere-se a mercadorias tributadas cujas operações de saídas ocorreram sem tributação do ICMS, dentre as quais destacamos: Mercadorias isentas especificamente em operações internas, cujas saídas para outras unidades da federação se deram sem tributação; Mercadorias que perderam a condição de isentas e que continuaram sendo vendidas sem tributação”*

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 18 a 43, fazendo inicialmente uma descrição das infrações impostas pelo Auto de Infração e diz que, contudo, como será demonstrado a seguir, que não merece, com o devido respeito, prevalecer o lançamento de ofício hostilizado.

Preliminarmente afirma que, sem prejuízo do que será adiante exposto, registra a Autuada, *ab initio*, que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos pela Autuada, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício formalizado, para constatação basta a leitura dos artigos apontados no AI. Destarte, diante do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, nulo se apresenta o AI.

No mérito, fala que sem prejuízo da prejudicial arguida, não merece prosperar o lançamento de ofício, seja porque não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS proveniente de operações tributáveis considerada como não tributáveis, tal como lançado, tendo em vista que:

Infração 01

- a) Mercadoria sujeita à ST, conforme itens 9.20, 11.6, 1.106, 3.17, 6.8, 8.14, 9.11 do Anexo 1 do RICMS;
- b) Isenção sobre pescados vigorou até 31/05/2016 – conforme art. 265, II, alínea “e” do RICMS/BA;
- c) Alteração do entendimento da DITRI em 12/12/2019, com o parecer nº 39.137/2019 – efeitos retroativos em benefício do contribuinte.

Infração 02

- a) Macarrão: sujeito a alíquota de 7%, conforme artigo 16, inc. I, “a”, da Lei nº 7.014/96;
- b) Mercadorias sujeitas à isenção: (b.1) ovo, conforme art. 264, III, “a”, RICMS/BA; (b.2) arroz, art. 265, inc. II, “c”, RICMS/BA; (b.3) polpa de cacau, art. 265, inc. I, “c”, do RICMS/BA; (b.4) farinha de mandioca, art. 265, inc. II, “b”, do RICMS/BA; (b.5) feijão, art. 265, inc. II, “c”, do RICMS/BA; (b.6) farinha de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; (b.7) fubá de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; e (b.8) sal de cozinha, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA;
- c) Não incidência do ICMS: art. 3º, inc. I, da Lei nº 7.014/96.

Conclui que por todos os ângulos que se analise o caso em apreço, mister o reconhecimento da improcedência total do lançamento de ofício objurgado, com medida de aplicação do melhor Direito ao caso concreto.

Por fim requer, seja realizada a perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido pela autuada e quando deferida, protesta pela formulação de quesitos e indica profissionais como assistentes técnicos.

Na conclusão, requer seja conhecida e julgada procedente a defesa, declarando-se a insubsistência total do lançamento objurgado, seja pela preliminar, seja quanto ao mérito, dado que a autuada procedeu em consonância com a legislação de regência da Bahia.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 46 a 71, onde após fazer um resumo da defesa, apresentou as contestações às argumentações defensivas.

3.1 DO DIREITO – PRELIMINARMENTE – Falta de subjunção fato/norma ausência de tipificação. Diz que a Impugnante questiona o enquadramento das infrações tipificadas no Auto de Infração, alegando que os mesmos não guardam relação de causa e efeito com as evidências identificadas. Juridicamente a subsunção configura-se quando o caso concreto se enquadra a norma legal em abstrato. Nada mais é do que a adequação de uma conduta no mundo real a norma jurídica. No presente Auto de Infração há uma perfeita adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente, vejamos, caso a caso, em relação a todas as infrações onde a Impugnante alega não haver subsunção:

INFRAÇÃO 01 – Deu saídas em mercadorias tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas. Norma Legal – Hipótese de Incidência: art. 2º, inc. I da Lei nº 7.014/96, c/com o art. 332, inc. I, do RICMS/BA.

O art. 2º, inc. I da Lei nº 7.014, c/com o inc. I do art. 332, do RICMS/BA, definem que o ICMS incide na circulação de mercadorias, fato este, não observado pela autuada quando efetuou a circulação de mercadorias tributáveis sem o destaque do imposto devido. A situação fática é que a autuada deu saída a mercadorias tributáveis, sem destacar o imposto devido, infringindo assim o art. 2º da Lei nº 7.014, portanto, o enquadramento está perfeitamente correto e não há que se alegar ausência de subsunção do fato à norma, conforme reivindica a impugnante em sua peça de defesa.

INFRAÇÃO 02 – Promoveu saídas interestaduais de mercadorias sem tributação de ICMS, na condição de isentas. Com o mesmo enquadramento da infração 01, estando perfeitamente correto

e não há o que se alegar ausência de subsunção do fato à norma, conforme reivindica a Impugnante em sua peça de defesa.

O Autuante passa então, a analisar as alegações da Impugnante em relação as infrações 01 e 02.

Infração 01 - A impugnante alegou que os produtos: Aditivo p/óleo Lub; brilha móveis Destac; Lustra Móveis Bravo e Óleo de Peroba estão enquadrados na substituição tributária, posição 6.8 do Anexo 1 do RICMS/2012.

A posição 6.8 trata de óleos lubrificantes, outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, sendo que os produtos em questão não se enquadram nos critérios estabelecidos na posição 6.8 do Anexo 1 do RICMS-BA, pois trata-se de óleo lubrificante, óleo de peroba e outros óleos vegetais para polir móveis.

A impugnante alegou que os produtos a seguir estão enquadrados no item 8.14 do Anexo 1 do RICMS-BA: Banheira Plasutil Dec. Filhotes; Lixeira Pia Acrylic; Lixeira Pia Plasutil; Lixeira Pia basculante Plasnew; Lixeira Plastigel; Porta escova dental Arthi; Saboneteira Plasutil e Silicone Proauto Gel.

Como se pode constatar, a posição 8.14 do Anexo 1 do RICMS-BA trata de: Artefatos de higiene/toucador de plástico, para uso na construção, ocorre que banheira para bebês, porta escova dental, silicone para limpeza e lixeiras para uso doméstico não guardam nenhuma pertinência com a previsão legal para serem enquadrados como produtos de substituição tributária.

A impugnante alegou que as Luvas Examglo Fina multiuso estão enquadradas no item 9.11 do Anexo 1 do RICMS-BA, cujo texto é o seguinte: “*Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento*”, como se pode comprovar trata-se de luvas cirúrgicas, enquanto o produto em questão é luva multiuso destinada a limpeza doméstica.

Quanto aos produtos: BICO DE SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282 1x1 2 UND; COBERT.CHOC. BEL M. AMARGO 1x1 1010G; ICE 51 KIWI 1x1 275ML; RF. CORVINA POSTA COSTA SUL CONG. 1x1 800G; RF. MANDIOCA PALITO LAR CONG. 1x5 2KG; e SKOL BEATE LONG NECK 1x1 313ML.

Efetivamente assiste razão as alegações da defesa, fez a exclusão dos mesmos restando um montante de R\$ 71.405,91 assim distribuído conforme planilha:

MÊS	DIFERENÇA
Jan/16	14.095,29
Fev/16	10.821,76
Mar/16	9.544,56
Abr/16	4.644,42
Mai/16	4.141,68
Jun/16	4.159,98
Jul/16	4.176,87
Ago/16	4.344,04
Set/16	3.136,33
Out/16	4.049,22
Nov/16	4.242,60
Dez/16	4.049,16
Total	71.405,91

Informa que o valor remanescente se refere aos produtos que não foram contestados na defesa apresentada pelo impugnante, assim como aqueles que não acatou as razões apresentadas pelos motivos expostos acima.

Infração 02

Relata que a impugnante realizou vendas interestaduais com os produtos relacionados na defesa, e para demonstrar cada operação juntou a planilha anexada ao processo. Na mesma sequência, passa a contestar cada uma das justificativas apresentadas:

- 1- Macarrão: sujeito a alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorre que as operações realizadas pela autuada foram para clientes localizados em outra unidade da Federação – Piauí, portanto, a de se observar o disposto no Convênio ICMS 93/2015, quanto a alíquota a ser aplicada, que estabelece que mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outras unidades federadas deve utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino, portanto, não assiste razão ao impugnante;
- 2- Mercadorias sujeitas a isenção: *(b.1)* ovo, conforme art. 264, III, “a”, RICMS/BA; *(b.2)* arroz, art. 265, inc. II, “c”, RICMS/BA; *(b.3)* polpa de cacau, art. 265, inc. I, “c”, do RICMS/BA; *(b.4)* farinha de mandioca, art. 265, inc. II, “b”, do RICMS/BA; *(b.5)* feijão, art. 265, inc. II, “c”, do RICMS/BA; *(b.6)* farinha de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; *(b.7)* fubá de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; e *(b.8)* sal de cozinha, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA.

Ocorre que os produtos acima elencados estão sujeitos à isenção nas saídas internas, conforme o inc. II do art. 265 do RICMS/2012, no entanto, as operações praticadas foram interestaduais. Quanto ao item Polpa de Cacau, verifica-se no demonstrativo da infração, planilha em mídia CD, fl. 43, que não consta esse item, não faz parte do escopo da infração.

Quanto ao item “c” a defesa em sua planilha indica o produto “REVISTAS”, verifique-se no demonstrativo da infração, que não consta esse item, não faz parte do escopo da infração, reivindica a manutenção integral da infração 02.

Quanto ao requerimento de perícia e diligência o Autuante assim se pronuncia: Ao solicitar pedido de diligência ou perícia o interessado deverá fundamentar a necessidade efetiva de sua realização. Não basta tão somente pedir diligência e perícia, necessário se faz fundamentar sua necessidade, conforme determina o art. 145 do RPAF. Como pode ser verificado, a impugnante não fundamenta seu pedido de diligência e perícia, onde apresenta como justificativa apenas o seguinte “*para a comprovação de que nada é devido pela Autuada*”. O art. 147 do RPAF/99 prevê que o pedido de diligência deve ser indeferido quando os elementos de convicção estiverem contidos nos autos. Os demonstrativos referentes às infrações estão acostados ao Auto de Infração, fls. 07 a 12, e em meio digital, fl.13, verifica-se, portanto, que os elementos probantes das infrações cometidas estão acostados aos autos.

Quanto ao pedido de perícia fiscal o art. 147, inc. II, alínea “a” do RPAF prevê-se o indeferimento para os casos em que a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnicos, no presente caso as provas reunidas são os documentos e livros fiscais do próprio contribuinte, notas fiscais eletrônicas e EFD, contra os quais a impugnante não faz nenhuma contestação em sua defesa, portanto, tais provas não dependem de conhecimento técnico específico para elucidá-las.

Entende que, as evidências identificadas na fiscalização presente estão fundamentadas em provas documentais acostadas ao processo, o mérito das autuações é de fácil entendimento e previsto de forma cristalina na legislação do ICMS, a impugnante em momento algum questionou a veracidade ou validade das provas, por tudo isso, desnecessário será a realização de perícia técnica.

No pedido, o Autuante solicita que seja julgado parcialmente procedente no valor total de R\$ 76.604,04, conforme as infrações a seguir:

Quanto a infração 01 – acatar parcialmente a argumentação defensiva, considerando que a afirmação da Impugnante é pertinente em relação aos seguintes produtos:

1. BICO DE SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282 1x1 2 UND.

2. COBERT.CHOC. BEL M. AMARGO 1x1 1010G.
3. ICE 51 KIWI 1x1 275ML.
4. RF. CORVINA POSTA COSTA SUL CONG. 1x1 800G.
5. RF. MANDIOCA PALITO LAR CONG. 1x5 2KG.
6. SKOL BEATE LONG NECK 1x1 313ML. Após proceder a exclusão dos mesmos, restou o montante de R\$ 71.405,91.

Quanto a infração 02 - que seja mantida integralmente no valor de R\$ 5.198,13, por não assistir razão as alegações apresentadas pela Impugnante.

Na sessão de julgamento da 6ª Junta de Julgamento Fiscal de 23/02/2022, seus julgadores, por unanimidade, deliberam encaminhar para diligência o presente PAF para a Inspetoria de origem (IFEP/SUL) para as seguintes deliberações:

1. *Deve a Inspetoria de origem intimar o Autuado para tomar ciência do valor corrigido pelo Autuante no Auto de Infração, em sua Informação Fiscal, dando prazo de 10 (dez) para o contribuinte se pronunciar;*
2. *Após o sujeito passivo se pronunciar, o PAF deve retornar para o Autuante elaborar nova Informação Fiscal, se assim quiser;*
3. *Após o efetivo cumprimento da diligência, o processo deverá retornar a este CONSEF.*

A impugnante se pronunciou às fls. 106 a 120, onde informa que consideradas as razões de defesa apresentada, o Auditor Fiscal que lavrou o auto de infração, excluiu parte da cobrança, e, por consequência, apontando novo valor, menor, a ser cobrado. Ocorre, contudo, que foram mantidas no AI, diversas operações que se sujeitavam à ST, à época fiscalizada, que tiveram entendimento posterior diferente do DITRI, produtos isentos, dentre outros, não havendo, portanto, o que se falar em recolhimento a menor de ICMS, como fartamente demonstrado nos autos.

Diz que, com a devida vênia, a diligência zelosamente efetuada, por meio de sua informação fiscal, não cumpriu com a busca da verdade material nos autos, já que manteve as distorções fáticas de dadas operações tal como trazidas originalmente no AI.

Relaciona os mesmos produtos apresentados originalmente na primeira defesa que considera que está sendo cobrado indevidamente o ICMS.

Nesse sentido, portanto, diante das operações mantidas, concordando com o quanto corretamente excluído, ratifica a Autuada todos os termos de sua defesa inicial, como se aqui estivessem transcritas, bem como, toda a documentação apresentada, aguardando seja o presente lançamento, na parte conservada, por sua insubsistência, cancelado, nos termos acima.

O Auditor Fiscal autuante apresenta nova informação fiscal às fls. 127 a 152, sem apresentar nenhum fato novo ao processo que mereça ser relatado, mantendo o pedido de procedência parcial do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de ter cometido duas infrações ao deixar de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O contribuinte é inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e exerce a atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi cientificado em 08/06/2020, através da mensagem postada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 06 e cientificado da lavratura do Auto de Infração em 29/07/2020, conforme mensagem postada também via DT-e, cópia anexada à fl. 15.

Os demonstrativos que sustentam as infrações foram elaborados de forma clara e precisa, contendo todos os dados e elementos necessários ao entendimento das infrações, entregues a autuada quando da notificação da lavratura do Auto de Infração, cópias impressas anexadas às fls. 07 a 12, e gravadas em arquivo eletrônico no CD, fl. 13.

Assim, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos, carecendo de fundamentação legal a alegação defensiva de falta de subsunção fato/norma e ausência de tipificação.

Observo que o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Rejeitado a preliminar de nulidade.

No que diz respeito à solicitação de Perícia Técnica para esclarecer fatos ocorridos no Processo Administrativo Fiscal – PAF, com lastro no art.147, inciso II do RPAF-BA/99, fica indeferida, haja vista que os esclarecimentos pretendidos não dependem de conhecimentos especial de técnicos, e como demonstrado pelo Autuante, todas as informações necessárias para a elucidação da matéria estão contidas no processo.

No mérito a impugnante alega que não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS proveniente de operações tributáveis considerada como não tributáveis, tal como lançado, tendo em vista que os produtos ou já tiveram pago o imposto através da Substituição Tributária ou são isentos ou tem uma alíquota interna de 7%, apresentando uma relação de produtos enquadrados nesta situação.

Passaremos então a analisar as alegações defensivas por infração.

Infração 01: a impugnante alega que os produtos: Aditivo p/óleo Lub; brilha móveis Destac; Lustra móveis Bravo e Óleo de Peroba estão enquadrados na substituição tributária, posição 6.8 do Anexo 1 do RICMS/2012.

Em consulta ao Anexo 1 do RICMS/2012 no período do fato gerador do ICMS, verifico que a posição 6.8 trata-se de óleos lubrificantes, outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, sendo que os produtos em questão não se enquadram nos critérios estabelecidos na posição 6.8 do Anexo 1 do RICMS/2012, pois trata-se de óleo lubrificante, óleo de peroba e outros óleos vegetais para polir móveis. Fica mantida a cobrança do ICMS.

A impugnante alega que os produtos a seguir estão enquadrados no item 8.14 do Anexo 1 do RICMS-BA: Banheira Plasutil Dec. Filhotes; Lixeira Pia Acrylic; Lixeira Pia Plasutil; Lixeira Pia basculante Plasnew; Lixeira Plastigel; Porta escova dental Arthi; Saboneteira Plasutil e Silicone Proauto Gel.

Em consulta ao Anexo 1 do RICMS/2012 no período do fato gerador do ICMS, verifico que a posição 8.14 trata de Artefatos de higiene/toucador de plástico, para uso na construção, ocorre que banheira para bebês, porta escova dental, silicone para limpeza e lixeiras para uso doméstico não guardam nenhuma relação com a previsão legal para serem enquadrados como produtos de Substituição Tributária. Fica mantida a cobrança do ICMS para esses produtos.

A impugnante alega que as Luvas Examglo Fina multiuso estão enquadradas no item 9.11 do Anexo 1 do RICMS/2012.

Em consulta ao Anexo 1 do RICMS/2012 no período do fato gerador do ICMS, verifico que a posição do item 9.11 do Anexo 1 do RICMS/2012, são referentes aos produtos: “*Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento*”, enquanto o produto em questão é luva multiuso destinada a limpeza doméstica. Fica mantida a cobrança do ICMS para esse produto.

A impugnante alegou que os produtos a seguir estão enquadrados na substituição tributária ou na situação de isentas:

1. BICO DE SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282 1x1 2 UND.
2. COBERT.CHOC. BEL M. AMARGO 1x1 1010G.
3. ICE 51 KIWI 1x1 275ML.
4. RF. CORVINA POSTA COSTA SUL CONG. 1x1 800G.
5. RF. MANDIOCA PALITO LAR CONG. 1x5 2KG.
6. SKOL BEATE LONG NECK 1x1 313ML.

Após consulta ao Anexo 1 do RICMS/2012 no período do fato gerador do ICMS e em pesquisa a legislação do ICMS, verifico que a impugnante está correta no seu entendimento, fato este também reconhecido pelo Autuante, que refez a sua planilha excluindo os referidos produtos para chegar a um novo valor da infração 01, que considero como correto e acato totalmente, cujos novos valores conforme planilha abaixo:

MÊS	DIFERENÇA
Jan/16	14.095,29
Fev/16	10.821,76
Mar/16	9.544,56
Abr/16	4.644,42
Mai/16	4.141,68
Jun/16	4.159,98
Jul/16	4.176,87
Ago/16	4.344,04
Set/16	3.136,33
Out/16	4.049,22
Nov/16	4.242,60
Dez/16	4.049,16
Total	71.405,91

Infração 02

A impugnante alega que os produtos a seguir relacionados estão enquadrados ou no campo de isenção ou tem alíquota interna de 7%.

- a) Macarrão: sujeito a alíquota de 7%, conforme artigo 16, inc. I, “a”, da Lei nº 7.014/96;
- b) Mercadorias sujeitas à isenção: (b.1) ovo, conforme art. 264, III, “a”, RICMS/BA; (b.2) arroz, art. 265, inc. II, “c”, RICMS/BA; (b.3) polpa de cacau, art. 265, inc. I, “c”, do RICMS/BA; (b.4) farinha de mandioca, art. 265, inc. II, “b”, do RICMS/BA; (b.5) feijão, art. 265, inc. II, “c”, do RICMS/BA; (b.6) farinha de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; (b.7) fubá de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; e (b.8) sal de cozinha, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA.
- c) Não incidência do ICMS: art. 3º, inc. I, da Lei nº 7.014/96.

Passamos então, a análise das alegações defensivas:

- a) Macarrão: sujeito a alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorre que as operações realizadas pela Autuada conforme as planilhas apresentadas pelo Autuante, foram para clientes localizados em outra unidade da Federação – Piauí, todas as notas fiscais

emitidas com o CFOP 6403. Nesse contexto deve se observar o disposto no convênio ICMS 93/2015, quanto a alíquota a ser aplicada, que estabelece que mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outras unidades federadas deve utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino, portanto, mantida a cobrança do ICMS para esse produto.

- b) Mercadorias sujeitas à isenção: (b.1) ovo, conforme art. 264, III, “a”, RICMS/BA; (b.2) arroz, art. 265, inc. II, “c”, RICMS/BA; (b.3) polpa de cacau, art. 265, inc. I, “c”, do RICMS/BA; (b.4) farinha de mandioca, art. 265, inc. II, “b”, do RICMS/BA; (b.5) feijão, art. 265, inc. II, “c”, do RICMS/BA; (b.6) farinha de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; (b.7) fubá de milho, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA; e (b.8) sal de cozinha, art. 265, inc. II, “d”, do RICMS/BA.

Esses produtos estão na mesma situação do macarrão, foram vendas realizadas para clientes localizados em outras unidades da Federação, conforme planilha do Autuante, com o CFOP 6102. O art. 265 do RICMS/BA estabelece que a isenção se aplica nas saídas internas, o que não é a situação encontrada, mantida a cobrança do ICMS:

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

II – as saídas internas de: (...)

b) farinha de mandioca (Conv. ICMS 59/98);

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17).

A mesma situação se aplica a comercialização de ovos, pois a isenção estabelecida no art. 264 do RICMS/BA, condiciona a sua aplicabilidade a saídas internas:

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: (...)

III - as saídas de (Conv. ICM 44/75)

a) ovos, nas operações internas.

Quanto aos itens “polpa de cacau” e produtos enquadrados no campo da não incidência do ICMS (revistas e periódicos), não foram encontrados nas planilhas do Autuante, portanto não estão sendo cobrados nesse Auto de Infração.

Mantenho, portanto, a procedência da infração 02.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217359.0006/20-0**, lavrado contra **ATACADAO ATACADÃO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 76.604,04** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR