

PROCESSO	- A. I. Nº 217359.0006/20-0
RECORRENTE	- ATACADÃO S. A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0129-02/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. A recorrente não conseguiu se desvincilar do ônus de comprovar o desacerto da ação fiscal. Recurso Voluntário que repete alegações já apreciadas e respondidas na primeira instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata(m)-se de Recurso(s) Voluntário interpuesto(s) em face do Acórdão nº 0129-02/23-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 29/06/2020 no valor histórico de R\$ 151.850,64, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

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.

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.

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.

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

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O Auto de Infração em análise impõe 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; Lustre móveis Bravo e Óleo de Peroba estão enquadrados na substituição tributária, posição 6.8 do Anexo I do RICMS/2012.

Em consulta ao Anexo I 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 I 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 I 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 I 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 I do RICMS/2012.

Em consulta ao Anexo I do RICMS/2012 no período do fato gerador do ICMS, verifico que a posição do item 9.11 do Anexo I 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 I 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: (...)

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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Insiste que foram mantidas muitas operações que não eram alvo de tributação do ICMS, motivo pelo qual não há omissão do seu recolhimento, notadamente porque muitas das suas operações de saída estavam sob o regime da substituição tributária, portanto, com o imposto já recolhido na

etapa anterior. Ademais, reforça que outras mercadorias, por terem isenção nas suas saídas, não poderiam ensejar a cobrança.

Reproduz a relação de itens que entende não se sujeitar ao lançamento porque já houve recolhimento do ICMS antecipadamente ou por se tratar de situações com isenção nas operações fiscalizadas.

Conclui requerendo a insubsistência do lançamento.

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

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 28/02/2024.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitar-las de ofício, passo ao exame do mérito.

O Recurso Voluntário interposto reproduz quase que integralmente as questões já apreciadas e dirimidas na primeira instância, sem trazer novos argumentos ou mesmo impugnar especificamente o acórdão recorrido, motivo pelo qual não vejo razões para reforma do acórdão da JJF.

Observe-se que, em relação à infração 01, a JJF acolheu parte dos argumentos da defesa, acatados pelo autuante na informação fiscal de fls. 46-70, para excluir os itens “bico de silicone”, “cobert. choc”, “ice 51 kiwi”, “rf. corvina posta”, “rf. mandioca palito” e “skol beats”, reduzindo o lançamento para R\$ 71.405,91 em relação a esta infração.

Entretanto, conforme verificado pelo autuante e JJF, os demais itens objeto de impugnação da recorrente não se enquadram no Anexo I do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores, com o que concordo, já que os itens sinalizados pela recorrente não podem ser enquadrados nas posições 6.8 (outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos) e 8.14 (artefatos de higiene/toucador de plástico, para uso na construção).

A mesma sorte recai sobre a infração 2. Aqui, a recorrente persegue a aplicação da alíquota prevista para operações internas. Entretanto, trata-se de vendas interestaduais que se submetem a alíquota distinta. Por fim, não há nas planilhas do autuante os itens “polpa de cacau” ou “revistas e periódicos”, de modo que não há o que acolher quanto aos mesmos.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 217359.0006/20-0, lavrado contra ATACADÃO S. A. devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 76.604,04 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS