

PROCESSO - A. I. Nº 281394.0013/20-0
RECORRENTE - PARA TODOS SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0147-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0081-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Restou demonstrado que os produtos em relação a essas mercadorias no que diz respeito à competência de janeiro de 2017, uma vez que estavam contempladas pelo Anexo I do RICMS/2012 (artigo 289 da RICMS), descabendo a exigência de tributação nas saídas, tendo em vista que se encontravam com a fase de tributação encerrada. Excluindo esses produtos da competência de janeiro de 2017, acarretando em redução da autuação. Nulidades suscitadas não acolhidas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pelo Autuado em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0147-05/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 28/03/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 196.735,36, acrescido de multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração: *“Recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 18/08/2022 (fls. 86 a 91) e decidiu pela Procedência, por unanimidade, do Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“O Auto de Infração acusa recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

Inicialmente cabe apreciar a nulidade suscitada sob alegação de insegurança da infração, falta de clareza e preterição do direito de defesa. Constatou que na infração foi descrito que o contribuinte aplicou alíquota diversa da prevista na legislação do ICMS, cujo demonstrativo (fl. 10 gravado na mídia de fl. 7) foi indicado a alíquota que foi aplicada por produto, com indicação da correta e da diferença devida. Na impugnação, o estabelecimento autuado indicou supostos equívocos cometidos pela fiscalização e na informação fiscal foi esclarecida a situação de todos os produtos.

Pelo exposto, entendo que a descrição da infração e esclarecimentos prestados na informação fiscal possibilitaram a compreensão da infração e exercer o seu direito de defesa. Portanto, não se coaduna com as diversas decisões proferidas por este CONSEF, contidos nas ementas transcritas na defesa e manifestação, inexistindo situação em que caracterize falta de elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator, e também não ficou caracterizado preterição do direito de defesa previsto no art. 18, II e IV do RPAF/BA. Dessa forma, fica indeferido o pedido de nulidade do auto de infração.

No mérito, na defesa apresentada o sujeito passivo indicou diversas situações que entendeu não caber a aplicação de alíquota de 18% o que foi rebatido ponto a ponto na informação fiscal e não foi apresentado nada de novo na manifestação acerca dela, e sim repetição dos argumentos da impugnação inicial.

Tomando por exemplo o primeiro argumento de que não foi considerada a aplicação da alíquota de 7% nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, o autuante informou que só se aplica as saídas efetuadas por estabelecimentos industriais, nos termos do Art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96, que não se aplica ao estabelecimento autuado que exerce atividade de “Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados”. Portanto, assiste razão à fiscalização de que as

operações de saída do estabelecimento comercial não são contempladas com a redução da alíquota prevista para estabelecimento industrial. Portanto, não procede a repetição do argumento na manifestação acerca da informação fiscal.

Outra alegação defensiva foi de que não foi considerada a aplicação da alíquota de 12% nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do ICMS, tendo sido esclarecido na informação fiscal que a infração não contempla qualquer operação interestadual e não foi apresentado nenhuma prova em contrário. Como se trata de infração em que os dados foram coletados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do próprio estabelecimento autuado, o mesmo dispõe dos dados e caberia a ele apresentar as provas acerca de suas alegações, o que importa em presunção de legitimidade da autuação fiscal nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/BA.

Ainda com relação às mercadorias que o autuado alegou serem enquadradas no regime de substituição tributária com fase de tributação encerrada, a fiscalização na informação fiscal demonstrou a exemplo de “Extrato elefante lata, NCM 20029090, não está incluído no Anexo 1 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo”, bem como indicou os produtos que foi tributado com redução de base de cálculo, a exemplo do produto “Charque – carne bovina salgada, NCM 02102000 não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributada, tem redução de base de cálculo e foi concedida nos cálculos”. Na manifestação não foram contestados os esclarecimentos prestados na informação fiscal.

Pelo exposto, concluo que os equívocos indicados na impugnação inicial, foram esclarecidos na informação fiscal e tendo o estabelecimento autuado sido cientificado da mesma por meio do DTE, a apresentação na manifestação dos mesmos argumentos defensivos, sem fazer prova por meio de documentos fiscais as informações prestadas pela fiscalização, incorre na aplicação do disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/BA. Ou seja, diante da não contestação, deve ser admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, mesmo porque a prova do fato controverso está contida na EFD do estabelecimento autuado e das notas fiscais escrituradas, tanto de entrada, como de saída, que dela dispõe, importando em presunção de veracidade da afirmação por parte do autuante.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

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 (fls. 103 a 111 e 118 a 126), no qual suscita que a autuação padeceria do vício de nulidade, pelo fato de não ter sido observado pelo Autuante que determinadas mercadorias, como o DESOD AER REXONA WO INVISIBLE, o COND TRESEMME SELAG CAP CR ORIG e o SHAMPOO TRESEMME RECONST, entre outras citadas no peça, são enquadradas como cosméticos e, portanto, atraem a adição, à alíquota, de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme preceitua o artigo 16-A da Lei nº 7.014/96 em consonância com a Instrução Normativa nº 05/2016, que elenca todos os NCMs que se configuram como cosméticos. Nesse particular, o Recorrente, invoca julgados do CONSEF/BA, que tratam sobre a exclusão do lançamento de mercadorias isentas, sujeitas a substituição tributária e/ou com redução de base de cálculo.

Sustenta que, em razão disso, a autuação é desprovida de fundamentação, não sendo possível se determinar, com segurança, a infração e o infrator (artigo 18, IV, “a” do RPAF), razão pela qual pugna pelo reconhecimento de sua nulidade, tendo em vista a inobservância de diversos princípios tais como os princípios da verdade real, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal (artigo 2º do RPAF/BA).

Por fim, o Recorrente concluiu o seu recurso requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso assim não se entenda, a sua improcedência e, além disso, que, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC e em observância à celeridade processual, todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas dos patronos, constituídos nos autos, no endereço constante no rodapé da peça recursal.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento deste PAF por ter participado da decisão de piso.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Neila de Almeida Lima que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF, em face do Acórdão de nº 0147-05/22-VD, proferido pela 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em exame.

Preliminarmente, suscita a Autuada, ora Recorrente, que o lançamento seria nulo, com amparo no artigo 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, na medida em que desprovido da devida fundamentação pelo fato de não ter o Autuante se debruçado sobre o fato de que determinadas mercadorias, como o DESOD AER REXONA WO INVISIBLE, o COND TRESEMME SELAG CAP CR ORIG e o SHAMPOO TRESEMME RECONST, entre outras citadas na peça, são enquadradas como cosméticos e, portanto, atraem a adição, na alíquota aplicada, dos dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme preceitua o artigo 16-A da Lei nº 7.014/96, bem como a Instrução Normativa nº 05/2016.

Ao contrário do quanto sustentado pela Recorrente, entendo que o lançamento em questão contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa da Autuada.

Isto porque, da leitura do Auto de Infração e das planilhas que o acompanham, presentes na mídia de fl. 07, está clara a acusação de que o contribuinte recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação na saída de mercadorias regularmente escrituradas, inclusive com a observância da necessidade da adição dos dois pontos percentuais, cuja arrecadação é vinculada ao Fundo de Combate à Pobreza, conforme previsto no artigo 16-A da Lei nº 7.014/96 e na Instrução Normativa nº 05/2016, consoante será melhor evidenciado quando do exame do mérito do recurso.

Dada a clareza da fundamentação, inclusive, o contribuinte se defendeu amplamente, apresentando, ao longo do processo, as razões pelas quais entende pela improcedência da autuação, em observância ao devido processo legal.

O Autuante, inclusive, ao apresentar Informação Fiscal, às fls. 64 a 68, se debruçou sobre todas as alegações, analisando argumento por argumento ventilado na defesa. A Autuada acostou aos autos, às fls. 54 a 62, uma planilha apresentando as mercadorias que entende que estão abarcadas pela substituição tributária, isenção e/ou redução de base de cálculo, sobre a qual o Autuante também se manifestou detalhadamente na informação fiscal prestada, elencando as razões pelas quais concluiu pelo não acolhimento do quanto defendido pelo contribuinte. Sobre a Informação Fiscal prestada às fls. 64 a 68, o contribuinte teve a possibilidade de se manifestar, o fazendo às fls. 73 a 77, tendo o Autuante se manifestado novamente às fls. 80 e 81, oportunidade em que reiterou os esclarecimentos já prestados.

Assim, ao contrário do quanto sustentado pela Autuada, entendo que não há motivos para se entender pela nulidade da autuação e prejuízo ao seu direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração possui a descrição da infração cometida, com o devido apontamento da conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação da multa, o prazo para a interposição de defesa, a indicação do sujeito passivo, entre outros requisitos essenciais, em total conformidade com o que determina a legislação, especialmente o quanto disposto pelo artigo 39 do RPAF.

No que diz respeito ao mérito, defende a Autuada que, no que diz respeito às mercadorias enquadradas como cosméticos, por ela exemplificadas, constantes do demonstrativo elaborado pelo Autuante, a alíquota incidente nas operações a que se referem deve ser adicionada de dois pontos percentuais (Instrução Normativa nº 05/2016), cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme preceitua o Art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Em relação as mercadorias citadas pela Recorrente, faço, contudo, as seguintes considerações:

- DESOD AER REXONA WON INVISIBLE, DESOD ROL REXONA AP ACTIVE POP, DESOD NIVEA AERO FOR MEN COOL, DESOD NIVEA AERO FEM BLACK WHITE – NCM 3307.20.10 – Não são contemplados pela Instrução Normativa nº 05/2006;
- COND TRESEMME SELAG CAP CR ORIG, COND PALM NATURALS CERAMIDAS, COND TRESEMME OIL RADIANTE 400ML, COND TDM HUGGIES CAMOMILA 200ML, COND SEDA BRILHO E MOVIMENTO 325ML – NCM 3305.90.00 – Não são contemplados pela Instrução Normativa nº 05/2006, que, apesar de prever essa NCM, exclui expressamente os condicionadores;
- GEL CAB KANECHOMN FIX INCOLOR 230, CR P PENTEAR MONANGE PROT, CR PENT SEDA SOS CERAMIDAS 300ML, CREME HID NIELY GOLD NUTRICAÇÃO, CREME PENTEAR NIELY P.QUIMICA 280G, CREME PENTEAR TODECACHO CRESPO – NCM 3305.90.00 - Produtos contemplados pela Instrução Normativa nº 05/2006, razão pela qual, nos demonstrativos elaborados pelo Autuante (mídia de fl. 07), é possível perceber que, na alíquota aplicada, foi devidamente incluído o adicional de 2%;
- SHAMPOO TRESEMME RECONST, SH SEDA KERA FORCE ORIGINAL 325ML, SH SEDA BRILHO E MOVIMENTO 325ML, SHAMPOO PALM NATURALS, SHAMPOO PALM NAT MACIEZ, SHAMPOO CLEAR A CASPA MEN QUEDA, SHAMPOO TRESEMME OIL RADIANTE, KIT NIELY GOLD NUTRICAÇÃO PODEROSA – NCM 3305.10.00 – Não são contemplados pela Instrução Normativa nº 05/2006;
- SABONETE DOVE BABY HIDRAT, SAB.PROTEX BALANCE 90G, SABONETE FRANCIS BARRA CLASSICO, SABONETE PROTEGE ANTIBACTERIANO, SABONETE PALMOLIVE SUAVE OLEO, SABONETE NIVEA HIDR.ERVA DOCE 90G, SABONETE NIVEA HIDR.CAMOMILA 90G, SABONETE DOVE BRANCO 90G – NCM 3401.11.90 - Não são contemplados pela Instrução Normativa nº 05/2006;
- ESM RISQUE NUDES MELISSA 8ML – NCM 3304.30.00 – É contemplado pela Instrução Normativa nº 05/2006, razão pela qual, no demonstrativo elaborado pelo Autuante (mídia de fl. 07), é possível perceber que, na alíquota aplicada, foi devidamente incluído o adicional de 2%;
- HIDRATANTE PAIXAO ENVOLVENTE 200 ml – NCM 3304.99.10 – É contemplado pela Instrução Normativa nº 05/2006, razão pela qual, no demonstrativo elaborado pelo Autuante (mídia de fl. 07), é possível perceber que, na alíquota aplicada foi devidamente incluído o adicional de 2%.

Assim, é possível que perceber que houve, pelo presente Auto de Infração a devida observância ao quanto disposto pelo artigo 16-A da Lei nº 7.014/96, bem como pela Instrução Normativa nº 05/2016.

Em sequência, a Recorrente, defende a exclusão da autuação das mercadorias que se enquadrem como cosméticos, invocando, para amparar o seu entendimento, alguns julgados do CONSEF-BA em relação aos quais destaca o entendimento sobre a impossibilidade de se exigir o pagamento do ICMS em relação às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Nesse particular, o Autuante, na informação fiscal apresentada, às fls. 64 a 68, ao se manifestar sobre as razões de defesa, expressamente se pronunciou no sentido de que as mercadorias em questão, à época dos fatos geradores, não estavam incluídas no anexo 01 do RICMS/12:

“Desodorante, NCM 33072010, condicionador, 33059000, shampoo, NCM 33051000, creme de pentear, NCM 3305900, sabonete, NCM 34011190, creme de barbear, NCM 3307100, esmalte, NCM 33043000, acetona, NCM 33043000, creme hidratante, NCM, loção body, NCM 33049910, leite de rosas (NCM 33072010), tintura para cabelo, NCM 33059000, gel para cabelo, NCM 33059000 não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12. São tributadas sem redução de base de cálculo.”

A Autuada, por sua vez, foi intimada para se manifestar sobre a informação fiscal, o que foi feito às fls. 73 a 77, oportunidade em que não contestou as análises detalhadas feitas pelo Autuante, especialmente no que diz respeito aos itens enquadrados como cosméticos, defendendo apenas a nulidade da autuação (artigo 18, II e IV do RPAF) o que atrai, ao presente caso, a aplicação do quanto disposto no artigo 140 do RPAF.

Apesar disso, verifico que o Anexo 01 do RICMS/2012 com a redação dada pelo Decreto nº 16.499 de 23/12/2015, com efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017, incluía desodorantes corporais (NCM 3307.20.10 – item 19.16), tinturas e outras preparações capilares (NCM 3305.90.00 – itens 19.13 e 19.14), o que, no meu entender, inclui condicionador, gel, cremes, tônicos para cabelo, reparador de pontas e finalizadores, bem como xampus (NCM 3305.10.00 – Item 19.11), sabonetes (NCM 3401.11.90 – Item 19.20), preparações para manicuros e pedicuros (NCM 3304.30.00 – Item 19.6) e cremes de beleza, nutritivos e loções tônicas (NCM 3304.99.10 – Item 19.8).

Assim, acolho os argumentos da Recorrente em relação a essas mercadorias no que diz respeito à competência de janeiro de 2017, uma vez que, nesse mês, elas estavam contempladas pelo Anexo I do RICMS/2012 (artigo 289 do RICMS), descabendo a exigência de tributação nas saídas, tendo em vista que se encontravam com a fase de tributação encerrada. Excluindo esses produtos da competência de janeiro de 2017, verifico que isso acarreta uma redução total de R\$ 958,95 do valor da infração, nos termos da tabela abaixo:

NCM	Valores que devem ser excluídos (janeiro de 2017)
3307.20.10	R\$ 310,17
3305.90.00	R\$ 269,09
3305.10.00	R\$ 220,43
3401.11.90	R\$ 120,83
3304.30.00	R\$ 19,18
3304.99.10	R\$ 19,25
TOTAL	R\$ 958,95

Em relação às demais mercadorias, objeto da autuação, a Recorrente não apresenta qualquer irresignação, o que demonstra o seu acatamento em relação ao quanto decidido em Primeira Instância.

No que diz respeito ao pedido de que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos advogados da Autuada, constituídos nos autos, no endereço indicado no recurso, não há óbice ao seu atendimento. Contudo, ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no art. 108 e seguintes do RPAF.

Por todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto apenas para a reduzir a infração 01 de R\$ 196.735,36 para R\$ 195.776,41.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e reformar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0013/20-0**, lavrado contra **PARA TODOS SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 195.776,41**, 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.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS