

PROCESSO - A. I. Nº 232877.0020/20-8
RECORRENTE - SUPERMERCADO CERQUEIRA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0170-05/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF Nº 0226-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. Acolhida a decadência, de ofício, conforme o art. 150 do CTN. Infração 01 insubsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Acolhida a decadência, de ofício, conforme o art. 150 do CTN. Infração 02 parcialmente subsistente. O recorrente comprova que constam nos autos produtos enquadrados no regime de substituição tributária e produtos isentos, conforme art. 265 do RICMS/12. Os itens apontados na fase recursal, ficam excluídos da autuação. Infração 3 insubsistente; b) DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. b.1) ATIVO FIXO; b.2) CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações 6 e 7 subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O RECOLHIDO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS FISCAIS E DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. A operação não pode ser tributada, visto que o imposto já incidiu sobre a emissão do cupom fiscal, tendo sido reconhecido pelo fiscal tal equívoco, remanescendo parte do valor. Infração 4 parcialmente subsistente; b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. Observado que a distribuidora e a fábrica ficam lado a lado, em se tratando de endereço. Possivelmente essa distinção se dê por estudos tributários, logística, etc. O que leva a crer que a fabricação destes produtos é sim efetuada dentro do estado da Bahia, porém distribuído pela Nestlé do Brasil Ltda., que utiliza o benefício que trata o art. 268, XXV do RICMS/12. Infração 05 parcialmente subsistente; c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. Acolhida a decadência, de ofício, conforme o art. 150 do CTN. Infração 08 insubsistente. 4. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA REGISTRADA NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA TRIBUTADA. Acolhida a decadência, de ofício, conforme o art. 150 do CTN. Infração 09 parcialmente subsistente. 5. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Não comprovado, ainda que em parte, o registro de Notas Fiscais para fins de redução da multa por descumprimento de obrigações acessórias. No tocante às demais infrações, relativas à alegação de pagamento parcial das cobranças, anteriores ao

lançamento, o contribuinte não apresentou provas documentais nos autos a evidenciar o fato alegado. Inexistem também operações com Código CFOP 5929, relacionadas a vendas através de ECF com emissão posterior de notas fiscais a pedido do consumidor final. As operações com charque foram tributadas pela alíquota correta, com a aplicação da redução da base de cálculo prevista no RICMS. Infração 10 subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (art. 169, I, “b” do RPAF) em relação à Decisão recorrida proferida pela 5ª JF no presente Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2020, julgado Procedente em Parte, refere-se à exigência de R\$ 72.050,59 em decorrência de dez irregularidades, sendo objeto do recurso apenas as infrações 3, 4 e 5 a seguir:

INFRAÇÃO 1 (01.02.41) - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), nos meses de janeiro, março, abril, agosto, outubro a dezembro de 2015. Valor exigido: R\$ 569,16 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 2 (02.01.03) - *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2015, janeiro, março, maio a dezembro 2016. Valor exigido: R\$ 1.058,12 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 3 (02.01.03) - *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e 2016. Valor exigido: R\$ 41.783,24 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 4 (03.01.41) - *O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e 2016. Valor exigido: R\$ 3.769,42 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 5 (03.02.05) - *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e 2016. Valor exigido: R\$ 21.405,78 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 6 (06.01.01) - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2016. Valor exigido: R\$ 471,90 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 7 (06.02.01) - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, maio, julho a setembro de 2016. Valor exigido: R\$ 424,62 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 8 (07.01.02) - *Efetuoou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de fevereiro, abril, junho e dezembro de 2015. Valor exigido: R\$ 549,03 – Multa de 60% - Aplicação do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 9 (07.15.03) - *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril, maio e dezembro de 2015, janeiro, maio, agosto e setembro de 2016. Valor exigido: R\$ 1.122,25 - Aplicação do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96;*

INFRAÇÃO 10 (16.01.01) - *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a abril, junho, julho e dezembro de 2015, março a dezembro de 2016. Valor exigido: R\$ 897,07 - Aplicação do art. 42, IX da Lei nº 7.014/96;*

O Autuado apresentou impugnação às fls. 144 a 150 do PAF. Informação Fiscal às fls. 153 e 154. Após as instruções processuais, a JF proferiu decisão pela Procedência Parcial, conforme o voto

condutor (fls. 167 a 173) abaixo:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 10 (dez) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Não foram suscitados pelo contribuinte vícios formais do procedimento fiscal. Porém, antes de ingressar nas questões de mérito, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas no RPAF (DECRETO nº 7.629/99). Base impositiva e cálculo do imposto apurados e demonstrados pelo autuante na peça acusatória, em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria.

Os valores se estão contidos nos demonstrativos de débito gerados em papel e reproduzidos na mídia digital – Relatórios em papel anexados em fls. 17 a 136, cujo inteiro conteúdo foi encartado na mídia - CD de dados – doc. fl. 139), no total de 10 (dez) anexos. O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento. Por sua vez, houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação que foram considerados infringidos.

Registre-se ainda, que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. Ademais, o contribuinte contraditou todos os termos da acusação fiscal, exercendo na plenitude o seu direito de defesa e contraditório. Inexistem, portanto, vícios que impeçam este colegiado de julgamento de proferir decisão de mérito no tocante às exigências fiscais, objeto desta lide administrativa.

De logo, indefiro o pedido de remessa do presente PAF para a realização de prova revisional do lançamento, pois vislumbro presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das exigências fiscais impugnadas pelo sujeito passivo, conforme será melhor detalhado no exame dos pedidos formulados na peça de defesa.

No mérito, é de se destacar inicialmente, que o Auto de Infração em lide está fundamentado em farta base documental, com destaque para a relação de documentos fiscais que compõem os Demonstrativos das 10 infrações, cujo conteúdo foi extraído dos arquivos da Escrita Fiscal Digital (EFD) remetidos pelo contribuinte à SEFAZ-Ba, em cumprimento ao que determina o art. 250 do RICMS/12.

O contribuinte, na peça defesa, apresentou uma relação de notas fiscais listadas entre as fls. 146 a 150, cujas cópias reprográficas foram reproduzidas na mídia digital juntada à inicial. Afirmou a defendente que esta relação revela ao menos que parte da multa lançada no Auto de Infração é indevida, vez que comprovado o registro dos documentos listados. Esta Relatoria, ao confrontar a lista de notas fiscais da defesa e os Demonstrativos da autuação, não identificou qualquer correspondência entre os documentos apontados na peça defensiva e as notas fiscais arroladas pela fiscalização. O contribuinte sequer menciona em que página dos Demonstrativos da autuação consta o correspondente documento fiscal mencionado na peça de defesa.

Da mesma forma, as alegações de pagamento com a menção na peça defesa da existência de documentos de arrecadação que comprovariam ao menos a quitação de parte do imposto lançado no Auto de Infração. A defesa não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações, primeiro apresentando os comprovantes de pagamento, e na sequência, vinculando esses pagamentos aos documentos fiscais que compõem os Demonstrativos do Auto de Infração.

Aplica-se neste caso as disposições dos arts. 141 e 142 do RPAF/99, que estabelecem, respectivamente, o ônus da parte comprovar o fato que alega no contencioso fiscal e a presunção de veracidade da autuação, caso não sejam apresentadas as provas alegadas por quem contesta o lançamento tributário.

A defesa, nas impugnações específicas, contestou as cobranças relacionadas às seguintes ocorrências:

*1 - Exigência de imposto sobre as operações acobertadas por notas fiscais emitidas com o código CFOP 5929, que dizem respeito a vendas para clientes através de ECF em que o consumidor solicita a emissão da NF-e e em substituição ao cupom ECF, caracterizando assim dupla cobrança de imposto sobre a mesma operação – **Esta relatoria ao revisar os 10 (dez) Demonstrativos que compõem a autuação não identificou em nenhuma das infrações a inserção na composição do débito de operações com notas fiscais emitidas com código CFOP 5929.***

*2 - Operações com a mercadoria “charque”, cujo ICMS incidente se dá pela carga tributária reduzida de 12%, a defesa argumentou que o auditor fiscal aplicou alíquota de cheia – 17% ou 18%, conforme o período. **As operações impugnadas pelo contribuinte estão inseridas no Demonstrativo Antecipação Parcial do ICMS Recolhida a Menor ou Não Recolhida – Lista de Notas Fiscais/Itens, sendo considerada corretamente a tributação pela alíquota cheia (17% ou 18%), visto que este produto deixou de ser beneficiado pela alíquota reduzida desde a publicação da Lei nº 7.753, de 13/12/00, DOE de 14/12/00, efeitos a partir de 01/01/01. Todavia, foi considerada a carga tributária de 12% na composição do débito, considerando a redução de base de cálculo prevista no RICMS/12 art. 268, inc. II, na redação dada pelo Decreto nº 15.661/2014.***

*3 - Operações com farinha de mandioca e arroz: **esta relatoria acata a redução da cobrança no item 02 do Auto de Infração em relação ao produto farinha de mandioca, beneficiada com a isenção do imposto. No que***

se refere ao arroz objeto da ação fiscal trata-se de produto tributado normalmente por se referir a mercadoria destinada à alimentação de cães (ração pet).

4 - Operações beneficiadas com redução da base de cálculo, em relação aos produtos descritos no Decreto nº 16.151/2015, que promoveu alteração no artigo 268, inciso XXV, do RICMS-Ba, que trata das saídas internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados no Estado da Bahia, cuja carga tributária foi reduzida para 7%. Teria a Auditoria aplicado sobre as saídas desses produtos as alíquotas cheias - 17% ou 18%, conforme o período. O benefício da carga tributária reduzida é aplicado somente, conforme previsto no Decreto citado, ao leite industrializado na Bahia, não tendo o contribuinte comprovado nos autos que os produtos por ele comercializados são originários de fabricantes localizados no território baiano, através, por exemplo, da juntada das Notas Fiscais de aquisição das mercadorias.

Em decorrência do quanto acima exposto, fica alterada a cobrança lançada no item 02 do Auto de Infração, que passa a ter a composição a seguir descrita, por período mensal:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 2

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL JULGADO
JAN/2015	16,00	16,00
FEV/2015	16,71	16,71
MAR/2015	3,20	3,20
MAI/2015	19,89	19,89
JUN/2015	4,42	4,42
JUL/2015	70,39	70,39
AGO/2015	15,04	15,04
SET/2015	69,87	69,87
OUT/2015	58,09	58,09
NOV/2015	46,73	46,73
DEZ/2015	20,99	20,99
JAN/2016	132,91	96,50
MAR/2016	0,62	0,62
MAI/2016	16,23	4,92
JUN/2016	86,95	46,62
JUL/2016	146,14	68,64
AGO/2016	118,40	47,47
SET/2016	21,74	13,53
OUT/2016	38,51	13,18
NOV/2016	39,64	15,78
DEZ/2016	115,65	69,45
TOTAL	1.058,12	718,04

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	569,16	569,16	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.058,12	718,04	60%
03	PROCEDENTE	41.783,24	41.783,24	60%
04	PROCEDENTE	3.769,42	3.769,42	60%
05	PROCEDENTE	21.405,78	21.405,78	60%
06	PROCEDENTE	471,90	471,90	60%
07	PROCEDENTE	424,62	424,62	60%
08	PROCEDENTE	549,03	549,03	60%
09	PROCEDENTE	1.122,25	1.122,25	-----
10	PROCEDENTE	897,07	897,07	-----
TOTAL		72.050,59	71.710,51	

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Não concordando com a decisão de piso, o recorrente, através do seu patrono, interpôs Recurso Voluntário às fls. 187 a 195. Inicia pela preliminar de decadência, onde afirma que a ciência do auto de infração se deu em 08/01/2021 e que existem ocorrências relativas ao exercício de 2015, logo estão extintas por decadência. Cita a Súmula de nº 11 do CONSEF, Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0. Adiciona que todo o auto de infração se refere a operações devidamente escrituradas através da EFD, logo a contagem do prazo decadencial de cinco anos seria com base no art. 150, inciso V do CTN.

Após tal colocação, o recorrente apresenta uma nova tabela de resumo dos valores por infração, o qual entende que deverá ser aplicado após a análise da preliminar:

INF	VL LANÇADO	DECADENCIA	VALOR P/ANALISE MÉRITO
01	569,16	569,16	0,00
02	718,04	341,33	376,71
03	41.783,24	20.788,07	20.995,17

04	3.769,42	2.500,74	1.268,68
05	21.405,78	7.822,27	13.583,51
06	471,90	0,00	471,90
07	424,62	0,00	424,62
08	549,03	549,03	0,00
09	1.122,25	179,15	943,10
10	897,07	481,88	415,19
TOTAL	71.710,51	33.231,63	38.478,88

Após este argumento de preliminar, adentra ao mérito quanto as infrações 03, 04 e 05.

Infração 03.

Diz que a exigência fiscal está contida no demonstrativo “16 FT REC ICMS ECF OP TRIB COMO N TRIB LIS” que totaliza para o exercício de 2016 R\$ 20.994,64.

Afirma que, após análise do demonstrativo, encontrou produtos listados enquadrados no regime de substituição tributária e, também, mercadorias beneficiadas com a isenção, conforme quadros abaixo:

MERCADORIA	ENQUADRAMENTO REGIME ST
Absorventes higiênicos	Item 9.23 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Caneta hidrocor	Item 12.28 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Classificador e pasta	Item 12.25 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Farinha de rosca	Item 11.25 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Farinha de trigo	Item 11.11.1 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Fralda descartável	Item 9.21 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Lâmina Barbear	Item 9.27 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
Skol Beats	Item 3.14 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016
MERCADORIA	DISPOSITIVO ISENÇÃO
Amendoim in natura	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS
Coco seco	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS
Farinha mandioca	Convênio ICMS 59/98 - Art. 265, II, RICMS
Gengibre	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS
Milho Verde	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS
Nectarina	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS
Polpa cacau	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, 2, “c” RICMS
Uva branca	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, “a” RICMS

O próprio recorrente apurou a liquidação, efetuando a exclusão dos itens destacados, e chegou a um valor final para a infração 03 de R\$ 2.533,27.

Infração 04.

Nesta infração o sujeito passivo fora acusado do recolhimento a menor de ICMS por divergência entre os valores lançados e os recolhidos. No entanto, o recorrente aduz que existem operações com o CFOP 5.929 que consta no demonstrativo e não foram acatados, pelo pedido de exclusão, no julgamento de piso. Acrescenta uma tabela, baseada no demonstrativo acostado pela fiscalização, onde descrimina todas as operações com o CFOP 5.929. As quais faz a exclusão das cobranças apuradas pela auditoria e chega a um resultado final para a infração 04 de R\$ 1.268,68.

Infração 05.

Acrescenta que, para esta infração, o maior volume de cobrança refere-se a tributação sobre o produto Leite em Pó – Nestlé e Ninho, que o autuado adquiriu em operações internas, diretamente do fabricante. Traz um recorte do voto da JJE, onde o relator reconhece a base legal da redução da alíquota do ICMS para 7%, no entanto diz não haver provas de que a mercadoria foi industrializada na Bahia.

Adiciona que, se ocorreu erro, não pode ser atribuído ao autuado. Pois, diz que o recorrente recebeu as mercadorias diretamente do fabricante, sem identificação de onde teria ocorrido a fabricação, citando o dispositivo legal do benefício e tributado com a carga prevista na legislação em apreciação. Aduz ainda, que o autuado sofreu com outro prejuízo, além da referida cobrança do auto de infração, que foi ter recebido o crédito fiscal a menor.

Conclui pedindo reforma da rescisão, pelo reconhecimento do Recurso Voluntário.

Esta CJF, em busca de elucidar da melhor forma possível a lide posta, converteu o auto de infração em diligência à INFAZ DE ORIGEM, no dia 28/10/2022, no seguinte propósito:

Infração 03:

- Quanto aos produtos pertencentes à ST: verificar o produto *Skol beats*;
- Quanto aos produtos apontados como isentos: Verificar se os itens apontados constam inseridos em embalagem industrial.

Infração 04.

Apreciar o demonstrativo acostado no Recurso Voluntário quanto às operações com o CFOP 5.929 e elaborar novo demonstrativo segregando os itens mencionados, de forma que os conselheiros possam analisar a procedência das alegações recursais.

O autuante presta informação fiscal quanto à diligência (fls. 217 e 218) demonstrando:

Infração 03.

Diz proceder a alegação do autuado com relação as mercadorias enquadradas no regime de ST e na isenção e apresenta novo demonstrativo. Porém, ressalta que:

1. o produto “*farinha de rosca*” é obtido na moagem do pão de trigo torrado, enquanto que no Anexo 1, item 11.25 que trata de pão torrado e produtos semelhantes torrados;
2. A *farinha de trigo* foi comercializada em embalagem inferior a 5kg;
3. A *skol beats* é uma bebida ice, refrescante, com teor alcoólico que varia de 5% a 8%;
4. Aduz que os itens listados como **isentos** não foram inseridos em embalagem industrial

Infração 04.

Acrescenta que a alegação do autuado procede quanto a emissão em decorrência de documento fiscal, relativo à operação ou prestação também registrada em equipamento ECF, CFOP 5.929.

Infração 05.

Adiciona que nesta infração o autuado comprova que as notas fiscais que contém os produtos Leite em pó foram emitidas com a redução da base de cálculo, porém não apresenta provas que a industrialização desse produto foi realizada neste Estado.

Após conclusão da informação fiscal, o autuante se manifesta às fls. 230 a 232. Diz concordar com a manifestação do autuante quanto as infrações 03 e 04, inclusive com os valores residuais de R\$ 3.409,11 e R\$ 1.268,68 respectivamente.

No entanto, quanto a infração 05, alega que as aquisições ocorreram diretamente do fabricante e não do atacadista, tanto assim, que a NF-e de aquisição está contemplada com a redução da base de cálculo.

Adiciona ainda que: “*Ora, não nos cabe identificar o local da industrialização do produto, especialmente tratando-se de uma empresa multinacional, sobre a qual não nos ocorre levantar qualquer suspeita de irregularidade*”.

Finaliza requerendo o acatamento do suscitado no Recurso Voluntário quanto à infração 05.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento sendo substituído pelo conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo.

Registrada a presença o advogado Dr. Paulo Neves na sessão de videoconferência, na oportunidade que exerceu seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 5ª JJF - Acórdão nº 0170-

05/21-VD, que julgou Procedente em parte o Auto de Infração em lide, em valor histórico de R\$ 72.050,59 e, pós julgamento pela JJF, no valor de R\$ 71.710,51.

O recorrente inicia em seu Recurso Voluntário suscitando pela preliminar de decadência, para o período de 2015. Haja vista que a ciência do referido auto se deu através da leitura do DTe em 08/01/2021, fl. 140.

Pelo acima exposto, acato a decadência do período de 2015, em conformidade ao art. 150 do CTN, por considerar que todo o auto de infração foi baseado na Escrituração Fiscal Digital, ou seja, operações declaradas e homologadas ao fisco baiano. Em consonância à Súmula nº 11 deste CONSEF e ao incidente de uniformização da PGE/PROFIS nº 2016.194710-0. Quanto a exceção apontada da infração 10, trata-se de multa percentual pelo não registro na escrituração fiscal digital de notas fiscais, ou seja, deixou de cumprir uma obrigação acessória. O que não se enquadra no art. 150 do CTN. Tomando como base, para o entendimento de decadência, o art. 173 do mesmo diploma legal.

Adentrando às razões de mérito, trataremos apenas das infrações 03, 04 e 05. Visto que as infrações 01 e 08 restaram zeradas após a exclusão do período abrangido pela decadência e as demais infrações (02, 06, 07 e 09) não foram objeto de recurso pelo autuado.

Quanto a **Infração 03**, o recorrente alega que contém produtos enquadrados no regime de substituição tributária e produtos isentos, conforme art. 265 do RICMS/12. Reproduzo as tabelas indicadas pelo sujeito passivo, com adição de novas colunas, conforme abaixo:

MERCADORIA	ENQUADRAMENTO REGIME ST	CJF	DESCRIÇÃO
Absorventes higiênicos	Item 9.23 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Caneta hidrocor	Item 12.28 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Classificador e pasta	Item 12.25 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Farinha de rosca	Item 11.25 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	TRIBUTADO	Torradas, pão torrado e produtos semelhantes torrados
Farinha de trigo	Item 11.11.1 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Fralda descartável	Item 9.21 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Lâmina Barbear	Item 9.27 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	
Skol Beats	Item 3.14 do Anexo 1, versão vigente para o exercício de 2016	PROD ST	ITEM 3.17*

Sobre as mercadorias apontadas como isentas, reproduzo abaixo o demonstrativo com adição da coluna:

MERCADORIA	DISPOSITIVO ISENÇÃO	CJF
Amendoim in natura	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO
Coco seco	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO
Farinha mandioca	Convênio ICMS 59/98 - Art. 265, II, RICMS	ISENTO
Gengibre	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO
Milho Verde	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO
Nectarina	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO
Polpa cacau	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, 2, "c" RICMS	ISENTO
Uva branca	Convênio ICMS 44/75 - Art. 265, I, "a" RICMS	ISENTO

Deste modo, perante os itens apontados, ficam excluídos da autuação todos os produtos listados. Não remanescendo valor para a infração 03.

No que se referente à **Infração 04**, o autuado reproduz e contesta sobre o CFOP 5.929 e anexa um demonstrativo onde constam diversas operações com o código fiscal 5.929. Sabe-se que este código fiscal é utilizado em lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. Portanto, tal operação não pode ser tributada, visto que o imposto já incidiu sobre a emissão do cupom fiscal. Neste ponto, o autuante reconheceu tal equívoco, na informação fiscal prestada

após diligência (fl. 218), remanescendo um valor para a infração 04 de R\$ 1.268,68, conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	VL LANÇADO	VL JULGADO-CJF
JAN/2015	23,72	0,00
FEV/2015	34,12	0,00
MAR/2015	125,36	0,00
ABR/2015	20,10	0,00
MAI/2015	371,78	0,00
JUN/2015	448,32	0,00
JUL/2015	455,66	0,00
AGO/2015	718,50	0,00
SET/2015	62,78	0,00
OUT/2015	46,49	0,00
NOV/2015	70,82	0,00
DEZ/2015	123,09	0,00
JAN/2016	48,33	48,33
FEV/2016	72,79	72,79
MAR/2016	116,87	116,87
ABR/2016	111,84	111,84
MAI/2016	143,37	143,37
JUN/2016	94,20	94,20
JUL/2016	152,21	152,21
AGO/2016	185,76	185,76
SET/2016	68,35	68,35
OUT/2016	130,81	130,81
NOV/2016	100,96	100,96
DEZ/2016	43,19	43,19
Total da Infração 4	3.769,42	1.268,68

Na **Infração 05**, o recorrente se restringe aos produtos “*Leite em pó*” que foi reduzida a base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente seja equivalente a 7% (art. 268, XXV do RICMS), para produtos industrializados neste estado. No entanto, a auditoria manteve a cobrança da diferença entre o ICMS de 7% para 17%, por entender que os produtos adquiridos não foram industrializados na Bahia.

Em sua defesa, o recorrente, anexa cópias das notas fiscais de aquisições destes itens (fls. 233 a 236), onde é possível identificar que o fornecedor é a empresa Nestlé do Brasil Ltda., situada no município de Feira de Santana – BA, destaca o CFOP 5.102 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) e no campo *Informações complementares* adiciona que “*Base de calc reduzida de acordo Artigo 268, inciso XXV RICMS/2012*”. Desta forma, é possível afirmar que o recorrente está obtendo um crédito de ICMS na aquisição do item *Leite em pó* de 7%.

Como relator, já proferi alguns votos sobre este tema, indo de encontro à comprovação que o autuado deveria trazer para demonstrar que tal produto era fabricado dentro do Estado. Porém, em uma análise mais detalhada de todo o processo de aquisição trazida neste auto de infração, creditamento e revenda desta mercadoria, é possível observar o seguinte:

1. O recorrente adquire o produto *Leite em Pó* diretamente da Nestlé Brasil Ltda., que é situada neste estado e tem como CNAE único o comércio atacadista de produto alimentícios em geral.
2. Na emissão da nota fiscal de revenda, a Nestlé, que é também quem fabrica o produto, destaca no campo do ICMS o valor equivalente a 7% do produto. Adiciona no campo *informações complementares* a base legal para tal redução, indicando o art. 268, inciso XXV do RICMS/12. Ou seja, a própria Nestlé está assumindo que tal produto foi industrializado neste Estado, tanto sim que reduz a sua base de cálculo.
3. O contribuinte recebe a mercadoria acompanhada da respectiva nota fiscal, se credita do ICMS destacado a 7% (não cumulatividade) e, no momento da sua venda terá que destacar o percentual de 17% (à época) pelo fato de que não tem a comprovação que o produto foi industrializado neste estado. Ou, o contribuinte pode optar em correr o risco de manter o benefício de que trata o referido diploma legal e ser autuado caso não consiga provar (?) que o produto fora produzido dentro do estado da Bahia.

Como dito anteriormente, já proferi votos a favor da auditoria neste sentido da falta de

comprovação da fabricação dentro do estado da Bahia, no entanto, participando de diversos julgamentos e enfrentando novos argumentos, vislumbro uma situação desfavorável ao contribuinte que realmente **nunca** conseguirá demonstrar esse processo de fabricação.

Uma das notas fiscais anexas ao processo, é a de nº 1.795.917 datada em 29/02/2016, contendo chave de acesso 2916 0260 4090 7501 3211 5500 1001 7959 1716 8237 3555 com emissor Nestle do Brasil Ltda., situada na AV Deputado Luís Eduardo Magalhães, **KM 522**, SN, SL1 arm aviário, Feira de Santana-BA. Em pesquisa sobre o CNPJ da **fábrica** da Nestlé, encontrei o cadastro de nº 08.334.818/0001-52 com razão social Nestlé Nordeste Alimentos e Bebidas Ltda., situado em Av. Deputado Luís Eduardo Magalhães, SN, **KM 529**, Feira de Santana-BA.

Podemos observar que a **distribuidora** e a **fábrica** ficam lado a lado, em se tratando de endereço. Possivelmente essa distinção se dê por estudos tributários, logística, etc. O que me leva a crer que a fabricação destes produtos é sim efetuada dentro do estado da Bahia, porém distribuído pela Nestlé do Brasil Ltda., que **utiliza** o benefício que trata o art. 268, XXV do RICMS/12.

Pelo exposto, fica a infração 05 parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.895,16.

MÊS/ANO	VL LANÇADO	VL EXCLUÍDO-LEITE	VL REMANESCENTE
jan/15	670,46	0,00	0,00
fev/15	392,63	0,00	0,00
mar/15	444,02	0,00	0,00
abr/15	491,87	0,00	0,00
mai/15	557,81	0,00	0,00
jun/15	629,85	0,00	0,00
jul/15	611,67	0,00	0,00
ago/15	724,48	0,00	0,00
set/15	759,71	0,00	0,00
out/15	923,87	0,00	0,00
nov/15	717,28	0,00	0,00
dez/15	898,62	0,00	0,00
jan/16	743,84	729,21	14,63
fev/16	767,18	749,41	17,77
mar/16	975,98	795,31	180,67
abr/16	987,16	970,77	16,39
mai/16	965,47	949,35	16,12
jun/16	2.253,50	1.013,17	1.240,33
jul/16	1.068,73	1.056,15	12,58
ago/16	1.022,03	1.009,66	12,37
set/16	994,16	976,83	17,33
out/16	1.385,51	1.043,68	341,83
nov/16	1.337,34	1.326,50	10,84
dez/16	1.082,61	1.068,31	14,30
TOTAL	21.405,78	11.688,35	1.895,16

Por tanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, ficando o valor do Auto de Infração em R\$ 6.275,24.

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO JJF	VL JUGADO CJF	MULTA
1	IMPROCEDENTE	569,16	569,16	0,00	60%
2	PROCEDENTE EM PARTE/P.PARCIAL	1.058,12	718,04	376,71	60%
3	IMPROCEDENTE/PROVIDO	41.783,24	41.783,24	0,00	-----
4	PROCEDENTE EM PARTE/P.PARCIAL	3.769,42	3.769,42	1.268,68	60%
5	PROCEDENTE EM PARTE/P.PARCIAL	21.405,78	21.405,78	1.895,16	60%
6	PROCEDENTE	471,90	471,90	471,90	60%
7	PROCEDENTE	424,62	424,62	424,62	60%
8	IMPROCEDENTE	549,03	549,03	0,00	60%
9	PROCEDENTE EM PARTE/P.PARCIAL	1.122,25	1.122,25	943,09	-----
10	PROCEDENTE EM PARTE/N.PARCIAL	897,07	897,07	897,07	-----
TOTAL		72.050,59	71.710,51	6.277,23	

VOTO DISCORDANTE (Infração 5 – Produto: Leite em Pó)

Peço vênua ao ilustre Relator para discordar da sua posição externada quanto às operações com leite em pó objeto da Infração 05, em que o Autuado foi acusado de reduzir a base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente seja equivalente a 7%, utilizando indevidamente o benefício fiscal previsto no Art. 268, XXV do RICMS/12.

Como é cediço, o STF já se posicionou no sentido de que a redução de base de cálculo é uma isenção parcial, que deve ser submetida à interpretação literal da legislação tributária, consoante o disposto no Art. 111, II do CTN.

Neste sentido, o Autuado só poderia utilizar a redução de base de cálculo com a prova de que o leite adquirido fora fabricado no Estado da Bahia, o que não restou provado.

Neste diapasão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário relativo à Infração 05, mantendo a sua PROCEDÊNCIA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232877.0020/20-8, lavrado contra **SUPERMERCADO CERQUEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.437,07**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 943,09**, e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 897,07**, previstas nos incisos II, “d” e IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 5 – Produto: Leite em Pó) – Conselheiros: Gabriel Henrique Lino Mota, João Vicente Costa Neto, Camila Magnavita da Fonseca Camargo, Henrique Silva de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE (Infração 5 – Produto: Leite em Pó) – Conselheiro: Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2024.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO DISCORDANTE
(Infração 5 – Produto: Leite em Pó)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS