

A. I. N° - 298628.0015/20-3
AUTUADA - REDE NOVA SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/05/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N°. 0046-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Ajustes realizados em atenção a arguição defensiva reduzem o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. b) BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Acolhido o resultado dos ajustes realizados pelo autuante em sede de informação fiscal. Autuação parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de junho de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 42.350,81 além da multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, entre janeiro a dezembro de 2016, sendo o débito apontado de R\$ 23.379,20.

Infração 02. **03.02.04.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo apurado ICMS de R\$ 18.971,61.

A autuada, por intermédio de seu advogado, constituído nos termos do instrumento de fl. 43, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 37 a 40, onde após sintetizar a ação fiscal, aduz caber considerar para a infração 01, que a alteração na alíquota do ICMS nas operações internas de 17% para 18% passou a vigorar a partir de 10/03/2016.

Argumenta que as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do artigo 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do artigo 16, foram adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza a partir de 10/03/2016, valendo também para cosméticos. Sendo assim, firma não caber a exigência de diferença de ICMS em razão da alíquota de 18% e do adicional de 2% para os fatos indicados até a data de 09/03/2016 no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Os produtos relacionados na planilha apresentada devem ser excluídos pelos motivos indicados em “observação”, conclui. Segundo a Instrução Normativa 05/2016, que relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, a NCM 3307.20.90 não está contemplada com a incidência do adicional de 2% sobre a alíquota de 18%, requerendo a revisão dos demonstrativos.

Para a infração 02, relaciona os produtos que devem ser excluídos pelos motivos indicados em “observação”, na forma da planilha apresentada. Além disso, observa constar no demonstrativo do lançamento para a data de 29/02/2016 no valor de R\$ 840,26 e 28/02/2017 no valor de R\$ 1.312,90.

Indica que Auto de Infração foi lançado o valor de R\$ 2.153,16 para a data de ocorrência 29/06/2016, de forma equivocada, uma vez não haver lançamento para a data de ocorrência 28/02/2017 no Auto de Infração, o que demonstra a necessidade de os demonstrativos ser revistos. Finaliza, apontando que os demonstrativos apresentados para as infrações possuem inconsistências, que podem ser resolvidas e para isso é necessária a revisão dos demonstrativos. Consta à fl. 50,

despacho da Procuradora Assistente da Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal, NCA, encaminhando o feito para a Inspetoria de origem, a fim de que o autuante prestasse Informação Fiscal.

Às fls. 54 e 55 o titular da INFRAZ/ATACADO informa que conforme documento de fls. 34, o advogado da empresa protocolou por e-mail defesa referente ao presente processo, todavia não recebeu o comprovante de protocolo, tendo sido informado pela SEFAZ de que a defesa não teria sido protocolada. Invoca o Decreto 19.886/20, que prorrogou o termo final da suspensão de prazo para o Processo Administrativo Fiscal, prorrogado por diversas vezes, para concluir ser a defesa apresentada tempestiva, devendo ser recebida e acolhida.

Se posiciona pelo cancelamento do ajuizamento, da inscrição em Dívida Ativa, e do Protesto do processo, devendo ser encaminhado à DARC para as devidas alterações, e posteriormente, ao CONSEF, para julgamento. Despacho de fls. 57 e 58 do ilustre Procurador do NCA/PROFIS, acolhe os argumentos do Inspetor Fazendário, no que foi acompanhado pela Procuradora Assistente (fl. 59). Adotadas as providências requeridas, Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 66 a 70, após anotar os pontos defensivos, esclarece que em relação à mudança de alíquota de 17% para 18% a partir de 10/03/2016, concordar com a defesa, retirando do cálculo os itens considerados com 18% antes de 10/03/2016.

No tocante às operações e prestações indicadas no inciso I do artigo 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do artigo 16, acata apenas aqueles indicados no inciso VII do artigo 16, do RICMS/12. Para os itens “Sementes”, com códigos 1000814 até o 1000860, constantes da tabela apresentada anteriormente, igualmente acolhe os argumentos, retirando-os do levantamento.

Da mesma maneira, se posiciona em relação aos produtos:

- Leite em pó Big Leite Integral Saco 800g;
- Composto Lácteo Itambé Precioso 200g;
- Leite em pó Big Leite Integral 400g;
- Leite em pó Big Leite Integral Saco 400g;
- Leite em pó Ninho Instantâneo Saco 800g;
- Leite em pó Ninho Pague 800g e Leve 900g;
- Composto Lácteo Nestlé Ideal Saco 200g;
- Leite em pó Nestlé Ideal Saco 200g;
- Leite em pó Ninho Integral Lata 400g;
- Leite em pó Itambé Integral Saco 200g;
- Óleo Amêndoas Baunilha 100ml;
- Óleo Muriel Amêndoas com Argan 100ml;
- Loção Hidratante Johnsons Mel Linha 200ml
- Loção Hidratante Johnsons Romã Uva 200ml.

Diante do exposto, conclui que após os ajustes realizados, em função do acatamento parcial da defesa, restou saldo de R\$ 1.016,03, conforme demonstração apensada. Para a infração 02, indica que após análise dos argumentos defensivos, para os itens “Balas Butter Toffees Choko 750gr”, “Balas Butter Toffees Choko Trufa 750gr” e “Balas Butter Toffees Chocolate 750gr” os acata, retirando do Auto de Infração.

Os produtos “Bebida Mista Skol Beats 269ml”, “Bebida Mista Skol Beats 330ml” e “Bebida Mista Skol Beats Sense 313ml” ficam mantidos no levantamento, diante do fato de que não se especificou o subitem do Anexo ao qual estariam ligados estes itens, sendo apenas citado o nome

do grupo, além do que no grupo 2.0 inexiste subgrupo que tenha a NCM 2203. “Filé de Merluza e de Polaca”. Confirma ter retirado da autuação em relação às operações datadas até 31/05/2016.

“Nectarina” – Aceita o argumento para retirar este item da autuação.

Em relação à mercadoria “Pitu Cola 350ml”, assevera que apesar de ter sido citado apenas o grupo 2, retira do levantamento, por existirem dentro deste grupo produtos com a NCM 2208 e classificados como “Outras bebidas alcoólicas e outras bebidas alcoólicas não especificadas nos itens anteriores”. No caso das sementes, dá guarida ao argumento defensivo posto. Em relação aos argumentos quanto aos lançamentos, acolhe a tese do contribuinte, para retirar o montante de R\$ 1.312,90. Conclui no sentido de que, diante dos ajustes realizados, restou um saldo total de R\$ 16.441,84, conforme planilha anexada.

Distribuído para instrução e julgamento, em 31/01/2022, a Junta de Julgamento Fiscal determinou a realização de diligência (fl. 73), a fim de que fossem juntados ao processo os demonstrativos ajustados de débito, com totalização mensal, relativos às infrações 01 e 02, fazendo a entrega dos mesmos à empresa autuada, e concedendo prazo de dez dias para manifestação. Encaminhada ao autuante, este (fl. 77) atesta o cumprimento do requerido na diligência, apresentando os demonstrativos sintéticos de fl. 78.

O feito retornou ao CONSEF com a indicação do órgão preparador, de ter sido atendida a diligência requerida (fl. 78-v), sendo novamente convertido em diligência em 29/08/2022, para que o autuante juntasse ao processo o demonstrativo analítico refeito, com base no original gravado em mídia de fl. 15, relacionando as operações que foram mantidas, em consonância com as exclusões acolhidas na informação fiscal, indicando a totalização mensal, que correspondesse aos valores inseridos no demonstrativo de débito apresentado à fl. 78, relativo às infrações 01 e 02, cabendo à Inspetoria Fazendária fazer a entrega da informação fiscal e demonstrativos ao autuado, com concessão de prazo de dez dias para manifestação (fls. 80 e 81).

O autuante considera cumprida a diligência requerida às fls. 84 a 86, diante da apresentação de demonstrativos sintéticos, observando literalmente que “*como o CD não está mais no processo não temos como verificar a origem das diferenças*”. Registra para a infração 02, que apenas em janeiro e fevereiro ocorreram divergências em relação ao resumo anterior (fl. 78), e como o CD se encontra ausente dos autos, também não tem como identificar a origem das diferenças.

Intimado pelo Domicílio Tributário Eletrônico em 15/05/2023, acerca da informação fiscal e dos demonstrativos apresentados (fls. 88 e 89), o sujeito passivo se manifesta (fl. 91), no sentido de que pelos documentos juntados, o autuante não teria acatado os argumentos defensivos quanto aos itens de NCM 3307.20.90 e 3307.20.10, vez não estarem inseridos na Instrução Normativa 05/2016, que relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeito de incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Argui que a diferença indicada nos valores apurados demonstra a insegurança nos demonstrativos que sustentam o lançamento, que traz insegurança quanto ao valor devido. Para a infração 02, argumenta de igual modo, quanto a insegurança alegada.

Em sua derradeira intervenção (fl. 97), o autuante aduz ter a manifestação defensiva apresentada conteúdo genérico, não apontando os itens com os quais não concorda, não permitindo uma análise dos argumentos. Em 19/12/2023, em função da designação do relator originário para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, foi o processo redistribuído para este relator (fl. 99).

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA 26.397, para sua sustentação oral, o qual inquirido acerca da possibilidade de encaminhar os arquivos contidos na mídia ausente dos autos, prontamente asseverou encaminhá-los por e-mail, para apensação e análise quanto aos produtos remanescentes e a arguição defensiva externada. Recebidos os arquivos e anexados ao processo deu-se por concluída a instrução, estando em condições de ser julgado.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a determinação para a execução do procedimento de fiscalização se deu por meio da emissão da Ordem de Serviço 501.969/20 (fl. 05-A). Através de Cientificação do Início de Ação Fiscal transmitido pelo Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência tácita em 13/04/2020 e leitura em 16/04/2020 (fl. 06), o contribuinte foi informado estar sob ação fiscal.

Já a ciência do Auto de Infração se deu, por transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico em 23/07/2020, de maneira expressa, por leitura (fl. 17). Os elementos e documentos que suportam a acusação se encontrariam na mídia de fl. 15. Consta à fl. 20, Termo de Revelia, dando conta de que não teria sido apresentada defesa tempestiva pela empresa, tendo sido o feito encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, para exercício do controle de legalidade e inscrição do débito lançado em dívida ativa (fl. 33). Requerimento de fls. 34 e 34-v, a empresa registra ter apresentado defesa tempestiva, não considerada, diante da ausência do recibo de protocolo gerado pelo sistema.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações impugnadas que entendia lhe amparar, trazendo fatos, elementos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação, e intervenção posterior.

No mérito, a defesa, de forma extremamente objetiva, repete, apontou os pontos de discordância entre a acusação e o seu entendimento, tendo o autuante realizado quando da informação fiscal redução dos valores devidos em ambas as infrações, ainda que o sujeito passivo em momento posterior tenha, ainda, se insurgido quanto a manutenção de itens, notadamente na infração 02, ao argumento de que as NCM não estariam listadas na Instrução Normativa 05/16, tendo o autuante mantido o levantamento ajustado no primeiro momento.

Feitas estas considerações, adentro de forma específica em cada uma das infrações, tendo na de número 01, sido contestadas SEMENTES DIVERSAS, as quais se apresentam como isentas, nos termos do artigo 264, inciso XVIII do RICMS/12; os produtos de NCM 3307.2 igualmente devem ser retirados do levantamento, pelo fato de tal NCM não se encontrar discriminada no Anexo Único da Instrução Normativa 05/2016, uma vez que as NCM ali previstas são as 3307.3, para “saís perfumados e outras preparações para banhos” e 3307.9 para “depilatórios, inclusive ceras; papéis perfumados e papéis impregnados ou revestidos de cosméticos; pastas (ouates), feltros e falsos tecidos impregnados, revestidos ou recobertos de perfume ou de cosméticos”, cuja descrição não se coaduna com aqueles autuados.

Em relação aos diversos tipos de leite e composto lácteo, até 01/02/2017 de fato existia a determinação no artigo 268, inciso XXV, do RICMS/12, para as “operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)”. Ao argumento defensivo de que teria sido aplicada incorretamente a alíquota de 18% nas operações ocorridas ao tempo em que a alíquota era de 17%, esclareço que até 09/03/2016, a alíquota interna do ICMS no estado da Bahia era de 17%, sendo que por meio da Lei 13.461/2015 a mesma foi alterada para 18% a partir de 10/03/2016, tendo o autuante

acertadamente feito o necessário ajuste. Tais exclusões, realizadas pelo autuante, se mostram, pois, corretas, sendo a infração parcialmente subsistente em R\$ 1.016,03, na forma do demonstrativo abaixo:

2016	
Janeiro	R\$ 204,12
Fevereiro	R\$ 196,44
Março	R\$ 249,88
Abril	R\$ 78,10
Maio	R\$ 15,18
Junho	R\$ 11,25
Julho	R\$ 13,83
Agosto	R\$ 27,61
Setembro	R\$ 43,35
Outubro	R\$ 104,57
Novembro	R\$ 29,46
Dezembro	R\$ 42,24

Para a infração 02, igualmente de forma objetiva, o autuado apresentou rol de produtos que entendia serem retirados do levantamento, quer por isenção, a exemplo de peixes e sementes, quer por estarem submetidos a substituição tributária, como balas e caramelos, devidamente retirados do levantamento quando da Informação Fiscal.

Vejamos, pois: o autuante não acatou o argumento defensivo para BEBIDA MISTA SKOL BEATS, diante de seu entendimento de não estar a NCM 2203 listada no Anexo 1 ao RICMS/12. Em 2016, período auditado, para a NCM 2203, a previsão para substituição tributária se encontrava no item 3.14 do Anexo 1 ao RICMS/12, para “cerveja com álcool” e no item 3.16 para “Chope”.

No site www.choppbrahmaexpress.com.br/skol-beats-senses, fabricante do produto, ela é descrita como “uma Speciality Beer, ou seja, uma bebida alcoólica mista a base de cerveja e ingredientes especiais. Seu sabor cítrico e refrescante é único e faz da Senses a melhor opção da balada”.

Ou seja, ela não é cerveja, mas uma bebida mista, como o nome já diz, que tem na cerveja um de seus ingredientes, não se confundindo com aquela. Como o critério para a inclusão ou não de produto como da substituição tributária reside na correlação entre a NCM e a descrição, e no caso presente, inexistindo esta, considero dever ser mantido na autuação. Quanto aos demais itens retirados do levantamento, concordo com o autuante, sendo a infração parcialmente subsistente em R\$ 16.441,84, de acordo com a seguinte demonstração:

2016	
Janeiro	R\$ 1.102,23
Fevereiro	R\$ 625,04
Março	R\$ 607,17
Abril	R\$ 705,14
Maio	R\$ 821,19
Junho	R\$ 2.681,37
Julho	R\$ 2.357,02
Agosto	R\$ 2.372,25
Setembro	R\$ 2.194,66
Outubro	R\$ 842,01
Novembro	R\$ 1.075,06
Dezembro	R\$ 1.058,70

Pelas expostas razões, tenho o presente Auto de Infração como PROCEDENTE EM PARTE ou parcialmente subsistente em R\$ 17.457,87, conforme demonstrado.

RESOLUÇÃO

ACÓRDÃO JJF Nº. 0046-06/24-VD

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 298628.0015/20-3, lavrado contra **REDE NOVA SUPERMERCADO LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o valor de **R\$ 17.457,87**, agregado da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

MAURICIO SOUZA PASSOS – JULGADOR