

A. I. Nº - 269352.0031/12-0
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23. 08. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que algumas mercadorias foram tributadas normalmente na saída. Os próprios autuantes reconheceram assistir razão ao autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Na Informação Fiscal os próprios autuantes opinaram pela exclusão deste item da autuação, em razão de o levantamento se referir a outro contribuinte. Infração insubstancial. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ICMS EXIGIDO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das mercadorias arroladas na autuação estava sob o regime de Substituição Tributária. Os próprios autuantes reconheceram assistir razão ao autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO. A redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXX, do RICMS/BA/97, alcança as saídas de farinha de milho e não de flocos de milho. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2012, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$974.347,17, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$101.559,06, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$98.110,58, acrescido da multa de 60%;

3. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$643.074,13, acrescido da multa de 60%;

4. Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$131.603,40, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 92 a 118) sustentando que o Auto de Infração necessita de revisão. Discorre sobre as infrações apontadas na autuação.

Consigna, relativamente à infração 01, que a Fiscalização incorre em equívoco no que tange à mercadoria açafrão, pois não observou que se trata de um tempero pronto, ou seja, um produto industrializado tributado pelo ICMS, portanto, não se trata de produto isento e a utilização do crédito de ICMS foi correta. Observa que tanto é assim que o referido produto não consta no rol de produtos do art. 14, do RICMS/BA, cuja redação reproduz. Afirma que desse modo, é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$ 238,14.

Quanto à mercadoria pescados (empanado de peixe) diz que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que o produto em questão não é um produto natural, pois se trata de produto industrializado, portanto, não se trata de produto isento e a utilização do crédito foi correta, considerando que nas operações internas com pescado a base de cálculo do ICMS é reduzida em 100%. Diz que dessa forma, é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$ 237,69.

No que concerne à infração 02, afirma que o produto água oxigenada não faz parte do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. Diz que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 2847.00.00 através da ilustração do produto “AGUA OXIGENADA BICOLOR – DESCOLORANTES”, conforme documento anexo (DOC. 03). Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$177,75.

Com relação ao amendoim, aduz que a Fiscalização não observou que se trata de amendoim colorido que é doce, não é amendoim salgado, portanto não está previsto no art. 353, item 29.3, já o item 8.3 (confeitos, que são doces) foi revogado em 31/12/2008.

Consigna que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1202.41.00 através da ilustração do produto “AMENDOIM SINHÁ 500 G”, conforme anexo (DOC. 04).

Frisa que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1704.90.20 através da ilustração do produto “AMENDOIM CONFEITADO COLORIDO DORI”, conforme documento anexo (DOC. 05). Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$682,99.

Quanto à mercadoria colchão, assevera que a Fiscalização não observou que só passou para o regime da Substituição Tributária a partir de março de 2011, haja vista que incluiu no levantamento do débito os meses de janeiro e fevereiro de 2011, conforme art. 353, item 41, efeitos a partir de 01/03/2011. Afirma que é necessária a exclusão de parte do produto em questão no valor total de R\$ 2.245,87.

Com relação à mercadoria colchonete, diz que a Fiscalização não observou que o produto em questão só passou para o regime da Substituição Tributária a partir de março de 2011, sendo que a Fiscalização incluiu no levantamento do débito os meses de janeiro e fevereiro de 2011, conforme art. 353, item 41, efeitos a partir de 01/03/2011, cujo texto transcreve. Diz que é necessária a exclusão de parte do produto em questão no valor total de R\$1.895,92.

Quanto ao espeto de linguiça, diz que a Fiscalização não observou que não faz parte da Substituição Tributária, razão pela qual é necessária a exclusão deste produto no valor total de R\$398,28.

Relativamente à mercadoria “iso urea crm”, afirma que se trata de creme hidratante para o corpo e não faz parte do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Diz que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 3307.20.90 através da ilustração do produto ISSO UREA CREME HIDRATANTE, conforme anexo (DOC. 06), sendo necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$189,93.

No que diz respeito à mercadoria suplemento alimentar, afirma que não faz parte do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Assevera que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 2106.90.30 através da ilustração do produto AMINO POWER PLUS – SUPLEMENTO ALIMENTAR PARA ATLETAS, conforme anexo (DOC. 07), sendo necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$33,23.

Reporta-se sobre a infração 03, afirmando que a mercadoria bacon está enquadrada no regime de Substituição Tributária, conforme art. 353, item 9, por se tratar de produto resultante de abate suíno, conforme redação que reproduz. Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$102,95.

Quanto à canjica de milho, diz que tem redução de base de cálculo, conforme art. 51, item I, alínea “a”, produto de milho, alíquota 7%, cujo texto reproduz. Diz que é necessária a exclusão de parte do produto em questão no valor total de R\$10.963,64.

Com relação à mercadoria canjinha, afirma que está enquadrada no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 9, por se tratar de produto resultante do abate de aves. Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$1.523,58.

No que concerne à mercadoria creme milho, diz que tem redução de base de cálculo, conforme art. 51, item I, alínea “a”, produto de milho, alíquota 7%, conforme transcrição que apresenta. Afirma ser necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$0,78.

No respeitante à mercadoria flocos de milho, consigna que tem 100% de redução de base de cálculo, produto resultante de farinha de milho e fubá de milho, conforme art. 87, item XXX, cuja redação transcreve. Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$8.224,16.

No tocante à mercadoria lã aço, diz que está enquadrada no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 36, por se tratar de produto de limpeza, Protocolo 106/09, item 79, palha de lã de aço ou de ferro para limpeza doméstica, conforme transcrição que apresenta. Afirma que cabe a exclusão do produto em questão no valor total de R\$ 43.058,08.

Quanto à mercadoria leite liq., consigna que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que o produto em questão tem fabricação interna no Estado da Bahia, com alíquota de 7%.

Frisa que anexou notas fiscais de compra interna do leite, no caso, Nota Fiscal nº 000016529 do fornecedor VALEDOURADO e Nota Fiscal nº 000.685.599 do Fornecedor BATAVO, (DOC. 08). Diz que é necessária a exclusão de parte do produto em questão no valor total de R\$ 22.342,08.

No que diz respeito à mercadoria massa pastel, diz que está enquadrada no regime de Substituição Tributária por causa da sua composição de farinha de trigo. Afirma que faz parte da Substituição Tributária e se enquadra no art. 353, item 11.4.1 do RICMS/BA, não cabendo a cobrança do ICMS normal. Reproduz a redação do item 11.4.1.

Assevera que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1902.19.00 através da ilustração do produto MASSA PASTEL MASSA LEVE, conforme anexo (DOC. 09).

Diz que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1902.19.00 através da ilustração do produto MASSA PASTEL MEZZANI, conforme anexo (DOC. 10).

Aduz que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1902.19.00 através da ilustração do produto MASSA PASTEL PAULISTA, conforme anexo (DOC. 11).

Frisa que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1902.19.00 através da ilustração do produto MASSA PASTEL SABORINA, conforme anexo (DOC. 12).

Salienta que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1902.19.00 através da ilustração do produto MASSA PASTEL LUITTI, conforme anexo (DOC. 13).

Sustenta que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$32.595,95.

Quanto à mercadoria pão mel, afirma que está enquadrada no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 11.4.2, pães, biscoitos, bolachas, etc. Transcreve o referido item 11.4.2.

Afirma que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1905.10.00 através da ilustração do produto PÃO DE MEL DIMINAS, conforme anexo (DOC. 14), assim como, através da ilustração do produto PÃO DE MEL MONTEVERGINE, conforme anexo (DOC. 15).

Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$858,74.

Relativamente à mercadoria polpa de fruta, consigna que se trata de produto isento, conforme art. 14, inciso III, polpas de cacau são isentas. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Diz que é necessária a exclusão de parte do produto em questão no valor total de R\$2.984,65.

No que tange às mercadorias produtos de limpeza, afirma que está enquadrado no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 36, produtos de limpeza, desinfetantes apresentados em quaisquer formas ou embalagem (Protocolo ICMS 106/09, item 52). Transcreve o mencionado item 36. Diz ser necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$ 772,79.

No respeitante a mercadoria repelente, diz que está enquadrado no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 36, produtos de limpeza (Protocolo ICMS 106/09, item 51). Afirma que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$12.957,44.

Quanto à mercadoria salgadinhos, consigna que está enquadrada no regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, item 29.1, salgadinhos produzidos à base de cereais. Reproduz o referido item 29.1.

Afirma que comprova o enquadramento da mercadoria na NCM 1904.10.00 através da ilustração do produto SALGADINHO BACONZITOS ELMA CHIPS, conforme anexo (DOC. 16). Diz ser necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$0,28.

Prosseguindo, alega a existência de crédito em seu favor, decorrente de produtos tributados com alíquota superior à prevista em lei.

Menciona que ao passo que a Fiscalização verificou os produtos que foram tributados com a alíquota inferior à prevista em lei, não observou os produtos que foram tributados com alíquotas superiores às previstas na legislação.

Salienta que a planilha anexada compara as alíquotas informadas nos arquivos do SINTEGRA e as alíquotas corretas, o que resultou num crédito a seu favor no valor total de R\$943.203,68, conforme CD que anexa. Requer que o referido crédito seja abatido do Auto de Infração.

Rechaça a infração 04, afirmando que a Fiscalização não observou que o produto flocos de milho sofre 100% de redução de base de cálculo, produto resultante de farinha de milho e fubá de milho, conforme art. 87, item XXX, cuja redação transcreve. Diz que é necessária a exclusão do produto em questão no valor total de R\$4.712,08.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 165 a 178) consignando, quanto aos argumentos defensivos atinentes à infração 01, que o produto açafrão, de fato, é tributado normalmente por se

tratar de produto industrializado e não constar no rol de isenções previstas no art. 14, do RICMS/BA. Registram que concordam com a redução do valor de R\$238,14, conforme tabela que apresentam.

Quanto à mercadoria peixe empanado, admitem que incorreram em equívoco por ser o peixe empanado diferente do peixe em estado natural, condição esta indispensável para se definir a isenção dessa mercadoria. Acrescentam que se trata de mercadoria tributada normalmente, sendo seu crédito permitido.

Salientam que nesse sentido, assiste razão ao autuado, entretanto, não no valor de R\$237,69, mas sim no valor de R\$44,03, pois não foram encontrados outros produtos do tipo “PEIXE EMPANADO”, conforme tabela que apresentam.

Relativamente à infração 02, dizem que a Informação Fiscal está prejudicada, pois neste momento identificaram a existência de um erro no relatório do exercício de 2011, pois o mesmo pertence (tanto dados cadastrais, quanto valores e produtos) a outra empresa, no caso BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., conforme pode se verificar do cabeçalho à fl. 61, e também do relatório denominado “Infração 02_Crédito Indevido Mercadorias ST_MERCANTIL_75643658_2011”, constante do CD anexo à fl. 86.

Pedem a exclusão ou nulidade desta infração, a fim de que seja refeito o procedimento fiscal para lançamento dos valores corretos.

No que concerne à infração 03, admitem que assiste razão ao autuado quanto à mercadoria bacon, por fazer parte do regime de Substituição Tributária, devendo ser abatido o valor de R\$102,95, conforme tabela que apresentam.

Quanto à mercadoria canjica de milho, afirmam que não assiste razão ao autuado, pois se trata de produto diferente dos listados no art. 51, I, “a”, do RICMS/BA/97, quais sejam: milho, farinha de milho e fubá de milho.

Relativamente à canjinha, contestam a alegação defensiva afirmando que não faz parte da Substituição Tributária, pois não se trata de produto comestível em estado natural, estando assim fora da ST.

No tocante à mercadoria creme de milho, dizem que de forma similar à canjica de milho, o creme de milho também não se submete à alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, a, do RICMS/97, pois embora seja derivado do milho, a alíquota reduzida apenas se enquadra para o milho em estado natural, fubá de milho ou farinha de milho.

No respeitante à mercadoria flocos de milho, afirmam que também não é o mesmo que farinha de milho, que possui redução de base de cálculo de 100%, conforme o art. 87, XXX, do RICMS/97, pois “Foco de milho” é o milho moído, industrializado e açucarado. Já “Farinha de milho” é o milho *in natura*, moído e depois seco. Destacam que fubá de milho também não se confunde com foco de milho, pois fubá é um ingrediente para preparação de bolos, pães, biscoitos e polenta, por exemplo.

Com relação à mercadoria lã de aço, dizem que é correta a alegação defensiva de que o produto “LÃ DE AÇO” foi inserido no Protocolo ICMS 106/09 a partir de sua alteração, com vigência iniciada em 01/01/2010, devendo ser retirado o valor de R\$43.058,08, conforme tabela que apresentam.

No que diz respeito à mercadoria leite líquido (longa vida) consignam que após intensas pesquisas nos relatórios denominados “Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2010” e “Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2011”, constantes do CD de fl. 86, não localizaram qualquer lançamento de imposto referente ao produto “LEITE LONGA VIDA VALEDOURADO”. Já em relação ao fornecedor BATAVO observam que o autuado apenas apresenta cópia de um DANFE à fl. 139, de empresa distribuidora dos produtos BATAVO, e não de uma indústria, o que não comprova a fabricação em território baiano. Salientam que se pode verificar neste mesmo DANFE que a natureza da operação constante no mesmo é “Venda de Mercadoria Adquirida e Recebida de Terceiros”, provando que a mercadoria remetida está sendo apenas

distribuída no Estado, mas não comprova sua produção. Frisam que discordam das alegações defensivas referentes a este produto.

No que tange à mercadoria massa para pastel, dizem que por ser produto pré-cozido, sendo uma massa fresca, e não seca, está fora do regime de Substituição Tributária. Afirma que a previsão contida no art. 353, II, 11.4.1, se refere apenas às preparações não cozidas e tanto é assim que este produto necessita de refrigeração desde sua fabricação até a guarda antes do uso nas residências dos consumidores. Acrescentam, ainda, que o produto "massa para pastel" não está classificado nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas 1902.11.00 e 1902.19.00, mas sim na posição 1902.30.00, não alcançada pela substituição tributária.

Consignam que esse entendimento já foi manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, conforme Parecer acostado aos autos às fls. 162 a 164, portanto, não assistindo razão ao autuado em relação a esse produto.

Quanto à mercadoria pão de mel, reconhecem que assiste razão ao autuado, pois, por ter a farinha de trigo em sua composição, faz parte da Substituição Tributária, através da NCM de iniciação 1905, devendo ser abatido o valor de R\$858,74, conforme tabela que apresentam.

No respeitante à mercadoria polpa de cacau, acatam a argumentação defensiva, pois é contemplada como isenção, conforme o art. 14, III, do RICMS/97, devendo ser abatido o valor de R\$2.984,65, conforme tabela que apresentam.

No tocante à mercadoria “produtos de limpeza”, dizem que em relação a estes itens o impugnante não menciona qual o produto de limpeza está se referindo especificamente, tendo em vista que revisaram os demonstrativos desta infração e não detectaram a inserção de algum produto de limpeza, com exceção da “LÃ DE AÇO” já anteriormente analisada. Dizem que por essa razão não deve ser acatado a argumentação defensiva.

Relativamente à mercadoria “repelentes”, inicialmente, esclarecem que o Protocolo ICMS 106/09, em seu Anexo Único, item 10, abrange inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto.

Ou seja, os repelentes que estão inseridos na Substituição Tributária através do citado Protocolo são aqueles exclusivamente para uso sanitário domiciliar e não aqueles destinados para uso humano, de uso tópico, aplicado diretamente sobre a pele, sob a forma de loção ou spray.

Frisam que nesse sentido, devem ser separados os dois tipos de repelentes, conforme tabela que apresentam.

Asseveram que, diante do detalhamento apresentado na tabela, o valor a ser abatido é de R\$ 5.315,84 e não de R\$ 12.957,44, aduzido pelo impugnante.

No que tange à mercadoria salgadinhos, dizem que não localizaram qualquer produto do tipo “SALGADINHO”, razão pela qual não procede a alegação defensiva.

No que se refere a argumentação defensiva de existência de crédito, por ter aplicado alíquotas maiores do que as devidas, consignam que da análise das planilhas constantes do CD trazido pelo impugnante não foi possível identificar com clareza a origem destas alegadas tributações a maior, diante das informações constantes das planilhas.

Salientam que não obstante a dificuldade de identificar alguma tributação a maior, o instituto da compensação não pode ser realizado dentro do PAF, por falta de previsão legal. Acrescentam que o contribuinte, nessa situação, deve respeitar os pré-requisitos necessários para solicitação de uma eventual restituição, conforme determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Ressaltam que em relação aos demais itens desta infração, o impugnante não traz qualquer alegação.

No que concerne à infração 04, contestam a argumentação defensiva atinente à mercadoria flocos de milho, sustentando que não é o mesmo que farinha de milho, que possui redução de base de cálculo de 100%, conforme o art. 87, XXX, do RICMS/97, haja vista que o “Floco de milho” é o milho moído, industrializado e açucarado. Já a “Farinha de milho” é preparada a partir do milho *in natura*, moído e depois seco. Destacam também que a “fubá de milho” também não se confunde com floco de milho, pois o fubá é um ingrediente para preparação de bolos, pães, biscoitos e polenta, por exemplo, sendo o “Floco de Milho” usado principalmente para preparação de cuscuz.

Frisam que em relação aos demais itens desta infração, o autuado não traz qualquer argumentação.

Finalizam opinando pela redução das infrações 01 e 03, conforme tabela resumo que apresentam; pela exclusão ou nulidade da infração 02; e pela manutenção da infração 04.

Cientificado sobre a informação fiscal (fls. 181 a 186) o autuado não se manifestou.

VOTO

Do exame das peças que constituem o presente processo, verifico que o autuado rechaça a infração 01 afirmando que descabe a exigência referente às mercadorias *açafrão* e *empanado de peixe*, por se tratar de produtos industrializados e, desse modo, tributadas normalmente pelo *ICMS*, situação que permite o creditamento realizado.

De fato, assiste razão ao impugnante. Tratando-se de mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente, o crédito fiscal é perfeitamente admissível, conforme previsto no art. 93 do RICMS/97, obviamente, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do *ICMS*.

Relevante registrar que na Informação Fiscal os próprios autuantes acataram as razões defensivas acima aduzidas, concordando com a redução da exigência fiscal referente ao açafrão no valor de R\$238,14, conforme tabela que apresentaram. Já em relação ao empanado de peixe, discordaram apenas do valor apontado pelo autuado de R\$237,69, haja vista que o valor correto é de R\$44,03, conforme tabela que também apresentaram. Constatou que os autuantes estão corretos.

Diante disso, considerando que somente é permitida a utilização do crédito fiscal na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$101.276,89, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/01/2010	2.613,44
28/02/2010	4.445,00
31/03/2010	3.417,77
30/04/2010	201,37
31/05/2010	3.740,46
30/06/2010	3.185,35
31/07/2010	4.110,01
31/08/2010	2.173,81
30/09/2010	3.301,26
31/10/2010	3.669,75
30/11/2010	3.199,52
31/12/2010	3.240,68
31/01/2011	3.737,73
28/02/2011	3.725,32
31/03/2011	4.380,79

30/04/2011	13.111,67
31/05/2011	13.048,29
30/06/2011	4.123,75
31/07/2011	859,37
31/08/2011	4.310,91
30/09/2011	11.010,46
31/10/2011	59,36
30/11/2011	2.421,56
31/12/2011	3.189,26
TOTAL	101.276,89

No respeitante à infração 02, não resta dúvida que é improcedente, haja vista que os dados e informações que basearam o levantamento levado a efeito pelos autuantes se referem a outro contribuinte, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 61, assim como no relatório “Infração 02_Crédito Indevido Mercadorias ST_MERCANTIL_75643658_2011”, constante do CD anexado à fl. 86 dos autos. Vale registrar que os próprios autuantes, de forma escorreita, reconheceram o equívoco. Infração insubsistente.

No que concerne à infração 03, constato que os autuantes acataram acertadamente os argumentos defensivos atinentes às mercadorias bacon, lã de aço, pão de mel, polpa de cacau, excluindo da exigência fiscal os valores respectivos, conforme tabelas que apresentaram na informação fiscal. Vejo que também laboraram em acerto quando acataram parcialmente a alegação defensiva referente à mercadoria repelente, haja vista que, efetivamente, os repelentes que estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme previsto no Protocolo ICMS 106/09, em seu Anexo Único, item 10, são aqueles exclusivamente para uso sanitário domiciliar. É certo que o repelente destinados para uso humano, sob a forma de loção ou spray, não está enquadrado no regime de Substituição Tributária, sendo correta a exigência fiscal referente a esta mercadoria, conforme tabela que apresentaram na informação fiscal.

A não aceitação pelos autuantes dos argumentos defensivos atinentes às mercadorias canjica de milho, canjinha, creme de milho, flocos de milho, massa para pastel, também se apresenta correta, pelas seguintes razões:

- canjica de milho e creme de milho não estão contempladas pela alíquota reduzida, prevista no art. 51, I, “a”, do RICMS/BA/97, pois diferem das mercadorias relacionadas no referido dispositivo regulamentar, no caso, milho, farinha de milho e fubá de milho;
- canjinha não está enquadrada no regime de Substituição Tributária, pois não se trata de produto comestível em estado natural, estando assim fora do referido regime tributário;
- flocos de milho não é a mesma coisa que farinha de milho - que possui redução de base de cálculo de 100%, conforme previsto no art. 87, XXX, do RICMS/97. Conforme muito bem detalhado pelos autuantes, o flocos de milho é o milho moído, industrializado e açucarado. Já a farinha de milho é o milho *in natura*, moído e depois seco. Destacam que fubá de milho também não se confunde com flocos de milho, pois fubá é um ingrediente para preparação de bolos, pães, biscoitos e polenta, etc.;
- massa para pastel não está classificada nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.30.00, portanto, não enquadrada no regime de substituição tributária. Relevante o registro feito pelos autuantes de existência de Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, nesse sentido.

No que diz respeito à mercadoria leite líquido (longa vida), observo que o autuado alega que a Fiscalização incorreu em equívoco, por não ter observado que se trata de produto com fabricação interna no Estado da Bahia, portanto, com alíquota de 7%. Diz que anexou aos autos notas fiscais de compras internas do leite, no caso, Nota Fiscal nº 000016529 do fornecedor VALEDOURADO e Nota Fiscal nº 000.685.599 do fornecedor BATAVO.

Relativamente à alegação defensiva atinente ao leite longa vida, fornecido pela empresa VALEDOURADO, a análise das planilhas elaboradas pelos autuantes que constam no CD de fl. 86, no caso, planilhas “Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2010” e “Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2011”, permite constatar que, de fato, não apontam qualquer exigência de imposto atinente a esse fornecedor.

Quanto ao argumento defensivo atinente ao fornecedor BATAVO observo que a cópia do DANFE acostada à fl. 139, correspondente à Nota Fiscal nº 000.685.599, efetivamente, foi emitida por uma empresa distribuidora dos produtos BATAVO, constando como natureza da operação “Venda de Mercadoria Adquirida e Recebida de Terceiros”, portanto, não comprovando a alegação defensiva de ter sido fabricada no Estado da Bahia.

No que tange à alegação defensiva atinente a mercadoria salgadinhos, esta se apresenta inaplicável ao caso em exame, haja vista que referida mercadoria não foi arrolada no levantamento realizado pelos autuantes.

Observo que o autuado alega a existência de crédito, por ter aplicado alíquotas maiores do que as devidas, conforme planilhas que apresenta em CD acostado aos autos. Vejo que os autuantes, na informação fiscal, dizem que a análise das planilhas não permitiu identificar com clareza a origem das alegadas tributações a maior, diante das informações constantes das planilhas.

É certo que, independentemente da não ter sido possível aos autuantes confirmar a alegação defensiva de existência de créditos, em razão de ter aplicado alíquotas maiores do que as devidas, não poderia haver compensação dos aludidos créditos com o débito apontado no presente PAF.

Isso porque, tendo sido aplicada pelo contribuinte uma alíquota maior do que a prevista legalmente para a operação, obviamente, o imposto destacado no documento fiscal também foi maior que o devido, o que caracteriza um indébito.

Ora, sendo um indébito, tem o contribuinte o direito de postular a restituição do valor indevidamente lançado.

Ocorre que o ICMS é um imposto indireto, significando dizer que o ônus do imposto é arcado pelo contribuinte de fato (adquirente) e não pelo contribuinte de direito (vendedor).

Dessa forma, quando há aplicação de alíquota maior do que a devida, o encargo financeiro é assumido pelo adquirente, que irá efetuar o pagamento ao fornecedor do valor total apontado na nota fiscal.

Certamente que o legislador ao estabelecer que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, visou afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do emitente da nota fiscal, pois, além de receber o valor constante na nota fiscal pago pelo adquirente, também receberia o valor do imposto referente à restituição do indébito, cujo ônus foi arcado pelo adquirente.

Desse modo, no caso em exame, descabe a compensação pretendida pelo impugnante.

Vale registrar, a título ilustrativo, que poderá o autuado, querendo, apresentar pedido de restituição, na forma do art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN, cuja apreciação será feita pela autoridade fazendária competente.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de 590.753,88, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico (R\$)	Val. da Redução (R\$)	Icms Devido (R\$)
31/01/2010	09/02/2010	4.440,48	0,00	4.440,48
28/02/2010	09/03/2010	5.066,12	0,00	5.066,12
31/03/2010	09/04/2010	5.545,50	0,00	5.545,50
30/04/2010	09/05/2010	4.471,98	0,00	4.471,98
31/05/2010	09/06/2010	4.572,65	0,00	4.572,65
30/06/2010	09/07/2010	5.629,36	0,00	5.629,36
31/07/2010	09/08/2010	4.785,78	0,00	4.785,78
31/08/2010	09/09/2010	4.400,78	0,00	4.400,78
30/09/2010	09/10/2010	4.970,21	0,00	4.970,21
31/10/2010	09/11/2010	4.970,95	0,00	4.970,95
30/11/2010	09/12/2010	4.125,24	0,00	4.125,24
31/12/2010	09/01/2011	4.505,56	4.028,63	476,93
31/01/2011	09/02/2011	7.418,19	3.369,29	4.048,90
28/02/2011	09/03/2011	7.683,33	3.688,94	3.994,39
31/03/2011	09/04/2011	97.801,36	4.423,69	93.377,67
30/04/2011	09/05/2011	60.769,79	3.867,49	56.902,30
31/05/2011	09/06/2011	61.634,81	3.661,86	57.972,95
30/06/2011	09/07/2011	67.208,51	4.318,27	62.890,24
31/07/2011	09/08/2011	105.979,67	4.643,10	101.336,57
31/08/2011	09/09/2011	87.420,95	5.049,62	82.371,33
30/09/2011	09/10/2011	29.685,11	5.167,68	24.517,43
31/10/2011	09/11/2011	24.856,90	4.452,44	20.404,46
30/11/2011	09/12/2011	14.957,45	5.649,24	9.308,21
31/12/2011	09/01/2012	20.173,45		20.173,45
TOTAL		643.074,13	52.320,25	590.753,88

Quanto à infração 04, observo que o autuado alega que a mercadoria flocos de milho sofre 100% de redução de base de cálculo, sendo um produto resultante de farinha de milho e fubá de milho, conforme art. 87, item XXX, do RICMS.

Noto também que os autuantes contestam a alegação defensiva, sustentando que não é o mesmo que farinha de milho, que possui redução de base de cálculo de 100%, conforme o art. 87, XXX, do RICMS/97. Reiteram o que disseram sobre esta mercadoria infração 03.

Efetivamente, flocos de milho não é a mesma coisa que farinha de milho. A saída de farinha de milho é contemplada com redução de base de cálculo de 100%, conforme previsto no art. 87, XXX, do RICMS/97. Entretanto, flocos de milho não. Conforme muito bem detalhado pelos autuantes, o flocos de milho é o milho moído, industrializado e açucarado. Já a farinha de milho é o milho *in natura*, moído e depois seco. Já o fubá de milho também não se confunde com flocos de milho, haja vista que o fubá é um ingrediente para preparação de bolos, pães, biscoitos, etc.

Assim sendo, esta infração é subsistente.

Diante do exposto, as infrações 01 e 03 são parcialmente subsistentes, a infração 02 nula e a infração 04 subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269352.0031/12-0, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 823.634,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, VII, “a, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR