

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0606/13-0
RECORRENTE - PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0083-03/14
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ISENTAS. Comprovado o ilícito fiscal; **b)** MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS-ST. Acolhida alegação recursal do direito ao crédito em razão da devolução da mercadoria com débito do ICMS. Alterada a Decisão. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0083-03/14), que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o débito de R\$106.573,40, por meio do qual foram atribuídas ao sujeito passivo seis irregularidades, sendo objeto deste recurso as seguintes:

INFRAÇÃO 1: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$9.964,86, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a abril, junho a novembro de 2011, janeiro, março a dezembro de 2012;

INFRAÇÃO 2: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.841,91, referente a aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012;

INFRAÇÃO 3: recolheu a menos ICMS, no valor de R\$37.183,33, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012;

INFRAÇÃO 5: deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$5.205,86, 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 fevereiro de 2011, março, setembro e novembro de 2012;

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$99.158,55, após salientar que inexistente lide em relação às infrações 4 e 6, como também que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, assim como indeferir o pedido de diligência e perícia técnica.

No mérito, quanto à primeira infração, a JJF não acatou o argumento defensivo de que nas operações de transferências entre matriz e filial, como a emitente dos documentos fiscais tributou o filé de bacalhau *saith in natura* congelado, o autuado teria direito a apropriar-se do crédito fiscal, em respeito ao princípio da não cumulatividade.

Entendeu o órgão julgador que o direito à apropriação de crédito fiscal possui limites previstos em lei, pois, o valor do crédito fiscal utilizado indevidamente deve ser glosado, ao teor do disposto no § 5º do art. 93 do RICMS-BA, que só admite a apropriação do crédito fiscal em valor

corretamente calculado.

Destaca que, no caso em tela, o imposto glosado foi aquele referente a mercadorias que gozavam da isenção fiscal nas saídas, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, o citado produto estava sujeito a redução da base de cálculo em 100%, conforme disposto no art. 87, inciso XXXVI do RICMS/97, e que o estorno ou anulação de crédito fiscal, nas circunstâncias da matéria em lide, está normatizado conforme inciso II, art. 100 do RICMS/97.

Ressalta que, ainda que se trate de operações de transferências entre filiais, com o imposto destacado e recolhido pela remetente, descabe ao sujeito passivo se creditar de tais valores, visto que o art. 11, § 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, dispõe sobre a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular, logo, cada qual realiza individualmente a apuração do ICMS de sua responsabilidade, de acordo com o ente Federativo a que está vinculado.

Assim, a JJF mantém subsistente a infração 1.

Em relação à segunda infração, a decisão foi de que, inerente ao produto "repelente", assiste razão ao autuado, pois a substituição tributária, prevista no item 10 do anexo único do Protocolo ICMS 106/09, é, exclusivamente, para uso sanitário domiciliar, logo, o repelente destinado ao uso humano, sob a forma de loção ou spray, não está enquadrado no regime de Substituição Tributária, devendo ser excluído da exigência fiscal os valores de R\$11,63 e de R\$35,05 referentes a esta mercadoria.

Quanto às bebidas alcoólicas relacionadas na nota fiscal nº 1131 de junho de 2011, a JJF concordou com o autuante, já que produtos da substituição tributária não geram direito ao crédito do imposto. Assim, caso o autuado comprove o pagamento indevido do ICMS nestas operações, cabe o pedido de restituição do indébito, considerando que não pode haver compensação dos aludidos créditos com o débito apontado no presente PAF.

Relativamente ao item 2 desta infração, em que o autuado apontou equívocos no levantamento fiscal, a JJF aduziu que o sujeito passivo tomou conhecimento das alterações levadas a efeito pelo autuante e não rebateu objetivamente, nem refutou os novos cálculos inerentes aos ajustes realizados. Assim, o órgão julgador acatou a nova planilha elaborada pelo autuante, quando da informação fiscal, remanescendo os valores de R\$2.909,54 em 2011 e de R\$2.517,52 em 2012, totalizando R\$ 5.427,06, conforme demonstrativos retificados para o exercício 2012 fls. 506/508.

Assim, a JJF mantém parcialmente subsistente a infração 2.

No tocante à terceira infração, a JJF aduziu que:

- a) **amêndoa torrada** – de acordo com o NCM constante na EFD do contribuinte (8021.2000) trata-se de produto diverso do prescrito na legislação referente à substituição tributária. Esta NCM foi registrada pelo próprio contribuinte, portanto, correto o procedimento fiscal;
- b) **sal Ing marinho** – conforme está na EFD fornecida pelo contribuinte, o NCM é 2501.00.90, inclusive a embalagem/peso é diferenciada – completamente diferente de sal de cozinha, cujo NCM é 2501.00.20;
- c) **alcatra suína e pato congelado** – conforme consta na planilha, trata-se de alcatra suína temperada Saudali, cujo NCM é 16024900, diferentemente do exposto nos produtos sujeitos a antecipação tributária. O pato é recheado, diferindo dos produtos da antecipação tributária;
- d) **massa de pastel e massa de pizza** – conforme planilha, o NCM mencionado na EFD é 1902.2000 – estes produtos não estão classificados nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.20.00 e 1902.30.00, portanto, não enquadrados no regime de substituição tributária. Relevante o registro de existência de Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, nesse sentido.
- e) **leite líquido (longa vida)** - para o produto leite longa vida, objeto da presente lide, o benefício em questão tem amparo na LC 87/96 e no art. 37, § 2º, art. 38, Lei nº 7.014/96, não havendo qualquer ilegalidade para a redução da base de cálculo (isenção parcial), somente para o leite produzido na Bahia, restando afastada a tese da quebra do princípio da isonomia e

suposta limitação de tráfego de bens (art. 152, CF/88; art. 11, CTN). As disposições do Decreto Estadual nº 8.413 de 30/12/2002, que concede “redução de base de cálculo ao leite de gado fabricado neste Estado da Bahia”, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, vigente e de eficácia plena, concessiva de benefício fiscal condicionado. Não compete às instâncias administrativas a apreciação de inconstitucionalidades, a teor do art. 167, inc. I, do RPAF/BA. Diz ser nesse sentido a decisão da 2ª Câmara de Julgamento desse Conselho no Acórdão CJP 0461-12/05.

Assim, a JF mantém subsistente a infração 3.

Inerente à quinta infração, a JF, depois de examinar as peças que compõem o contraditório em torno dessa infração, acatou as conclusões do autuante, tendo em vista que:

- a) **informática** – conforme Parecer DITRI sobre o assunto – Parecer nº 05495/2009, se confirma ser devido o imposto, visto que a redução de base de cálculo a que o autuado se refere limita-se a operações internas e da análise das notas fiscais constata-se que as aquisições dos equipamentos de informática pelo autuado foram do estado de São Paulo, conforme notas fiscais fls. 249/251.
- b) **Notas Fiscais nºs 472 e 474** – os documentos fiscais foram lançados na EFD do contribuinte e estavam sob sua posse, portanto, não faz sentido a explicação defensiva por falta de fundamentos e prova incontestável.
- c) **Nota Fiscal nº 9002** – sobre a nota fiscal eletrônica constante no processo e anexada ao PAF fl.254, contribuinte, não existe a inscrição estadual do remetente como substituto tributário, destaque do imposto e muito menos a comprovação do recolhimento do ICMS devido.

Assim, a JF mantém a infração 5.

Por fim, a Decisão foi pela procedência parcial do Auto de Infração, sugerindo a homologação dos valores pagos.

No Recurso Voluntário, às fls. 547 a 566 dos autos, o recorrente disse reiterar todos os termos das argumentações da sua impugnação, a saber:

Em relação à primeira infração, aduziu que em todas as notas fiscais de transferência entre matriz e filial, foi utilizado o crédito na matriz, porquanto houve o débito na saída da filial, e cujo imposto foi devidamente pago como demonstrado no livro de saídas e de apuração do ICMS, sob pena de violentar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Logo, considerando ter sido pago o imposto na saída da filial, é óbvio que teria a autuada, o direito ao crédito do ICMS destacado nas aludidas notas fiscais, sendo improcedente a parte correspondente desta autuação.

A outra parte desta autuação foi procedida em razão da empresa ter se apropriado do crédito fiscal relativo às entradas de filé de bacalhau Saith que, segundo o recorrente, é mais um equívoco do autuante, pois, em 2011 o produto *filé de bacalhau saith* era considerado como sujeito à tributação, como comprovam as notas de saídas anexas ao processo. Assim, sustenta que, também neste caso, improcedente a autuação.

Quanto à segunda infração, o recorrente alegou que os produtos constantes da NFe 1131, de 03/06/2011, foram devolvidos no ato da entrada, tendo sido emitida a competente NFe de saída nº 58421 em devolução. Disse ter direito ao crédito já que se debitou de igual valor na emissão da nota de saída do produto.

No tocante ao exercício de 2012, reproduz planilha, apresentada quando da sua defesa, com justificativas, por itens, na qual insurge-se contra as exigências do fisco que entende indevidas, do que cita equívocos da autuação ao mensurar as espécies das mercadorias, a exemplo de: o produto da NFe 90230 é grão de bico, com direito ao crédito, e não água mineral; NFe 67267 trata-se de camarão congelado, passível de crédito de ICMS, e não de cachçaça, do que salientou que o julgado recorrido não examinou os seus argumentos, sob a justificativa de que a autuada não contestou a planilha que fora refeita pelo auditor.

O recorrente concluiu que já havia contestado todo o teor da autuação, com base na planilha apresentada na defesa, logo, não teria porque impugnar a nova planilha apresentada pelo auditor, já que a refutação já tinha sido feita na defesa inicial em relação a todos os itens ali contidos.

Inerente à terceira infração, disse não reconhecer o valor tributado na autuação em relação a alguns produtos, em face dos seguintes motivos:

- 1) O produto leite Longa Vida, no qual o fisco aplica a alíquota de 17%, trata-se de equívoco do autuante, pois, na verdade, todos os tipos de leite Longa Vida ali constantes são fabricados no Estado da Bahia e, portanto, está incluso na redução da alíquota para 7%, conforme art. 87, XXXV, do RICMS-BA.
- 2) O autuante pretendeu tributar as saídas de produtos que estavam sob o regime de substituição tributária, a exemplo de: salgados industrializados, consoante art. 289 do RICMS/2012.
- 3) O autuante, ainda de forma equivocada, pretendeu tributar o item *sal ing marinho*, que, segundo o recorrente, também está ao abrigo de isenção tributária, por redução integral da base de cálculo, já que a norma (art. 87, XXX, do RICMS) não excepciona outros tipos de sal.
- 4) De igual modo indevida a tributação das mercadorias: alcatra suína temperada e pato congelado, que também estão incluídos na substituição tributária, conforme art. 353, item 9, do RICMS/97.
- 5) O mesmo em relação ao item massa para pastel e massa para pizza que também é ST (produtos preparados a base de farinha de trigo especificados no subitem 11.4, inciso II, art. 353, do RICMS/97, excetuada a 1ª operação com mercadorias produzidas neste Estado; art. 289, item 33, do RICMS/12), do que cita Parecer nº 06549/2009 da DITRI, acerca da não incidência tributária de produtos derivados de farinha de trigo justamente em face de ter sofrido antecipação tributária, o que, segundo o recorrente, torna a autuação, neste ponto, manifestamente improcedente.

O recorrente salienta que não foi reconhecida a argumentação da defesa, referente às mercadorias leite longa vida e produtos derivados de farinha de trigo, bem como de outros produtos, em função de sua posição fiscal da NCM. Contudo, discorda do posicionamento da JJF, uma vez que a definição de ser, ou não, o produto sujeito a substituição tributária não tem qualquer correlação com a sua codificação na NCM e sim observando-se as características próprias da mercadoria.

O recorrente discorda, ainda, por entender que a matéria relativa à inconstitucionalidade poderia ter sido enfrentada, consoante jurisprudência anteriormente apresentada. Por outro lado, a matéria também é regida no CTN e, assim, não seria matéria de conteúdo exclusivamente constitucional.

Quanto à quinta infração, o recorrente transcreve a legislação atinente ao pagamento da diferença de alíquotas (art. 268, § 4º, do RICMS/12 e suas alterações) e apresentou planilha com alegações tipo:

1. Produto de informática que tem redução na base de cálculo para 7%, portanto não passível de recolhimento de diferencial de alíquota.
2. As notas fiscais nº 472 e 474, não foram mercadorias adquiridas pela empresa, cujo endereço é de outro contribuinte que utilizou o CNPJ e a Inscrição Estadual da Port Import.

Salienta que o julgado desconsiderou a argumentação sem qualquer fundamento para a recusa do direito da autuada, deixando de enfrentar as alegações defensivas.

Por fim, pede o Provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 571 a 578 do PAF, a PGE/PROFIS, através de seu Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, uma vez que, em relação à primeira infração, entende merecer suporte a tese recursal, haja vista que, compulsando os documentos relativos às transferências, verifica-se tratarem de operações internas, assim, de fato, pela neutralização das operações de débito e crédito, pois, não há que se falar numa utilização de crédito capaz de gerar uma repercussão econômica, não se justificando a imputação infracional.

Entretanto, em relação ao bacalhau saith, opina que não merece suporte a tese recursal, pois tratando-se a redução da base de cálculo de uma espécie de isenção parcial, sendo esta de 100%, não há que se falar em qualquer possibilidade de creditamento, tampouco estorno parcial de crédito.

No que se refere à segunda infração, o opinativo é de que, compulsando os demonstrativos de fls. 22 a 35 dos autos com a planilha enunciada no recurso, nenhum dos documentos listados pelo recorrente faz parte da autuação, não se podendo emprestar guarida a tese recursal.

Em relação à terceira infração, a PGE/PROFIS comunga com a decisão da JJF que, de forma minuciosa, verificou a produto que os mesmos não estavam albergados pelo regime de substituição tributária.

Por fim, no que tange à quinta infração, o parecer é de que não cabe razão à tese recursal, pois a redução de base de cálculo exposta pelo recorrente limita-se a operação interna, sendo as aquisições listadas pelo autuado oriundas do Estado de São Paulo.

Diante de tais considerações, a PGE/PROFIS opina pelo Conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

À fl. 579 dos autos, a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, acolhe integralmente o Parecer acima.

Na assentada do julgamento, ocorrido em 27/07/2015, o Conselheiro José Antônio Marques Ribeiro propôs a conversão dos autos em diligência no sentido de se verificar se as saídas de bacalhau do estabelecimento autuado ocorreram com tributação, cuja proposta foi submetida à votação sendo decidido, por maioria, a rejeição da proposta, por se entender inócua tal apuração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração.

Inicialmente, destaque-se que falece competência a esta instância administrativa a análise de inconstitucionalidade da legislação, consoante previsto no art. 167 do RPAF/99.

Também há de se ressaltar que a NCM e a espécie do produto são determinantes para identificação e enquadramento das mercadorias nas diversas situações tributárias previstas na legislação.

Da análise das razões recursais depreendo, em relação à infração 1, tratar-se de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto ou redução da base de cálculo em 100%, a exemplo de: bacalhau, pescados, arroz e feijão, adquiridas dentro e fora do Estado, através de operações de transferências e de vendas, consoante demonstrativos às fls. 14 a 21 dos autos.

Na peça recursal, o recorrente defende ser improcedente a parte da exação fiscal correspondente às transferências, porquanto houve o débito na saída da filial, e cujo imposto foi devidamente pago como demonstrado no livro de saídas e de apuração do ICMS, sob pena de violentar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Corroboro o entendimento da Decisão recorrida de que as citadas mercadorias, à época, gozavam da redução da base de cálculo em 100% ou de isenção, como disposto nos arts. 78-A e 87, XXXVI, do RICMS/97, e no art. 265, II, do RICMS/12, sendo devido o estorno ou anulação de crédito fiscal, nos termos do art. 100, II, do RICMS/97, e no art. 312, I, do RICMS/12.

Ademais, conforme salientado no Parecer da PGE/PROFIS, teria suporte a tese recursal no caso de se tratar de operações de transferências internas de produtos tributados, cuja Súmula 166 do STJ entende inexistir incidência do tributo, haja vista o fato da neutralização das operações de débito e crédito, pois, não há que se falar numa utilização de crédito capaz de gerar uma repercussão econômica dentro do mesmo ente federativo, não se justificando a imputação infracional. Contudo, em relação ao bacalhau saith (assim como os demais produtos, objeto da exação fiscal, a saber: pescados, arroz e feijão), conforme o próprio Parecer da PGE/PROFIS, *não merece suporte a tese*

recursal, pois tratando-se a redução da base de cálculo de uma espécie de isenção parcial, sendo esta in casu de 100%, não há que se falar em qualquer possibilidade de creditamento, tampouco estorno parcial de crédito. Ressalte-se que as transferências internas (código 1152) ocorreram unicamente com bacalhau, no exercício de 2011 (fls. 14 a 19) e pescados, feijão e arroz (fl. 20), todas sujeitas à redução da base de cálculo em 100% ou à isenção, razão do indeferimento da diligência proposta em mesa.

Saliente-se que foi preservado o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, inserido no art. 155 da Carta Magna e recepcionado no art. 19 da LC 87/96, pois somente deve ser apropriada a parcela de crédito fiscal de acordo com determinação legal. Em caso de erro, o contribuinte deve apenas e tão somente creditar-se da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu no presente caso. Não é cabível o recorrente, ao seu talante, interpretar a legislação e alterar tais conceitos, sob pena de o erário estadual ficar refém de o contribuinte, a qualquer tempo, dentro do prazo decadencial, requerer a restituição do indébito fiscal. Mantida a Decisão.

Inerente à segunda infração, quanto ao exercício de 2011, o recorrente restringe-se tão somente à alegação de que os produtos constantes da NFe 1131 (fl. 347), foram devolvidos no ato da entrada, tendo sido emitida, em 03/06/11, a competente NFe de saída nº 58421 (fl. 348) em devolução. Disse ter direito ao crédito de R\$871,22, já que se debitou de igual valor na emissão da nota de saída.

Realmente, os aludidos documentos, relativos à bebidas alcóolicas, comprovam o alegado e, neste caso, o procedimento está de acordo com o previsto no art. 368, IV, do RICMS/97. Assim, diante de tal consideração, o valor do ICMS de *junho/11* fica reduzido em R\$871,22 (fl. 25), remanescendo R\$235,85 e, em consequência, o total de R\$2.909,54, originalmente exigido no exercício de 2011 e mantido na Decisão recorrida, fica deduzido para R\$2.038,32.

Quanto ao exercício de 2012 da segunda infração, o recorrente repete a relação das notas fiscais que apresentou na impugnação do Auto de Infração, já objeto de análise e acolhimento parcial pelo autuante, às fls. 506 a 508 dos autos, cujo valor original foi retificado de R\$9.932,37 para R\$2.517,52, do que foi cientificado o contribuinte que se manteve silente, levando a JJF a acolher o resultado ao aplicar o art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê que “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”, sendo impertinente a alegação recursal de que o julgado não examinou os argumentos contidos na sua planilha, como também descabida sua conclusão de que já havia contestado todo o teor da autuação e não teria porque impugnar a nova planilha do autuante, pois, se tratava de um fato modificativo, do qual o recorrente silenciou.

No tocante às alegações de mérito, relativas ao exercício de 2012, o recorrente limita-se apenas a repetir os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, os quais já tinham sido objeto de análise pelo preposto fiscal, inclusive com acolhimento de grande parte das razões de defesa, do que reduziu o ICMS exigido no exercício de 2012 de R\$9.932,37 para R\$2.517,52, como demonstrado às fls. 506 a 508 dos autos. Entretanto, o recorrente reitera em sua íntegra suas alegações, inclusive aquelas já acolhidas pelo fisco e excluídas do valor original exigido, sem, contudo, apresentar qualquer fato novo ou prova documental para nova análise, cuja pretensão não há como obter êxito.

Assim, diante de tais considerações, modificada a Decisão recorrida, quanto à segunda infração, remanescendo o valor de R\$4.555,84, sendo: R\$2.038,32 para o exercício de 2011 (em razão do mês de junho/11 passar ao valor de R\$235,85) e R\$2.517,52 para o exercício de 2012.

No que diz respeito à terceira infração, acompanho a Decisão recorrida e o Parecer da PGE/PROFIS no sentido de que:

1. A redução da base de cálculo para o leite Longa Vida, à época, era prevista ao leite produzido na Bahia. Em que pese a tese recursal ter alterado para aduzir que todos os tipos de leite Longa Vida comercializados foram fabricados na Bahia e, portanto, inclusos na redução da alíquota para 7%, conforme art. 87, XXXV, do RICMS-BA, tal fato não restou comprovado, cujo ônus da prova do fato modificativo cabe a quem alega. Ademais, conforme demonstrado, às fls. 36 a 51 dos autos, tratam-se das seguintes marcas de leite longa vida: Mucuri (MG); Selita (ES); Cisne,

Energia Natural, Ibituruna, Leitíssimo e Capel, os quais não são produzidos na Bahia.

2. Amêndoa, conforme EFD sob NCM 8021.2000, segundo o autuante e não contestado, não estava sujeita à substituição tributária de salgados industrializados, prevista no item 29, inciso II do art. 353 do RICMS/97 (NCM 1904.10.00; 1904.90.00; 2005.20.00; 2008.11.00 e 2008.19.00) e no item 38 do Anexo 1 (NCM 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19), consoante art. 289 do RICMS/2012.
3. “Sal ing marinho”, conforme EFD sob NCM 2501.00.90, segundo o autuante e não contestado, é diferente de sal de cozinha, com NCM 2501.00.20, cuja redução da base de cálculo era previsto, à época, na legislação, pois aquele NCM diz respeito a sal com ervas, sal grosso e sal mais tempero.
4. Os produtos alcatra suína temperada Saudali, NCM 16024900, e pato recheado congelado eram tributados e não sujeitos à substituição tributária prevista aos produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque, sob NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210, consoante art. 353, II, item 9, do RICMS/97 ou no item 34 do Anexo I do RICMS/12.
5. Massa de pastel e massa de pizza, sob NCM 1902.2000 e 1902.30.00, não se confundem com os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária de massas, sob NCM 1902.11.00 e 1902.19.00.

Mantida subsistente a infração 3.

Por fim, em relação à quinta infração, na aquisição interestadual é cabível a exigência do diferencial de alíquotas dos produtos de informática destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, uma vez que a redução de base de cálculo nas operações internas limita-se a operação interna do produto fabricado no Estado da Bahia, consoante Parecer DITRI nº 05495/2009.

Em relação às Notas Fiscais nºs 472 e 474, restou provado que os documentos fiscais foram lançados na EFD do contribuinte, logo, descabe a alegação de que não adquiriu as mercadorias.

Inerente à Nota Fiscal nº 9002, à fl. 254, também se comprovou inexistir o alegado ICMS-ST.

Mantida subsistente a infração 5.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, no valor de R\$98.287,33, para modificar a Decisão recorrida no tocante à segunda infração de: R\$ 5.427,06 (R\$2.909,54 em 2011 e de R\$2.517,52 em 2012) para R\$4.555,84 (R\$2.038,32 em 2011 e R\$2.517,52 em 2012).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0606/13-0**, lavrado contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento no valor de **R\$98.287,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “f” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS