

A. I. N° - 232930.3001/16-0
AUTUADO - SUESBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 27.07.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0096-01/17

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.
a) SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Os produtos "*saco plástico 23x36cm 3kg c/100*", NCM 39232190 e "*pano multiuso c/5*", NCM 63071000 estão enquadrados no regime de Substituição Tributária interna, estando, pois, com a fase de tributação encerrada e vedada a utilização de créditos fiscais. Infração subsistente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **c)** ENTRADAS INTERESTADUAIS. MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NOS TERMOS DA LC 24/75. Nas aquisições feitas junto às empresas do comércio atacadistas, submetidas ao Decreto n° 14.123/2012, a glosa proporcional de crédito fiscal se mostra acertada, em relação aos respectivos fornecedores. Excluída a exigência referente ao Leite Longa Vida, fabricado no estado de Minas Gerais, considerando a vigência do Decreto n° 14.431/13, a partir de 02/03/2013, não sendo devido o estorno do referido produto. Infração parcialmente subsistente. **2. ESTORNO DE CRÉDITO.** ENTRADAS DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. **3. RECOLHIMENTO A MENOS.**
a) ALIQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. Feitas as exclusões e ajustes deduzidos nas razões defensivas, a infração resta caracterizada em parte. **b)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **4. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL.** Item reconhecido. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO.** Feitas as exclusões e ajustes deduzidos nas razões defensivas, a infração resta caracterizada em parte. **6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS P/ COMERCIALIZAÇÃO.** Feitas as exclusões e ajustes deduzidos nas razões defensivas, a infração resta caracterizada em parte. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/2016, exige crédito tributário de ICMS no valor de R\$31.119,46, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, conforme Demonstrativo

Anexo III, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor R\$3.227,46. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme Demonstrativo Anexo V, nos meses de janeiro, abril e dezembro de 2013. Valor R\$10,08. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, conforme Demonstrativo Anexos: IV e IV.I, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho, outubro a dezembro de 2013. Valor R\$3.376,73. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, conforme Demonstrativo Anexo VI, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor R\$3.825,00. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme Demonstrativo Anexo VII, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor R\$10.211,16. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme Demonstrativo Anexo VIII, nos meses de março, junho, outubro e novembro de 2013. Valor R\$122,80. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - 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, conforme Demonstrativo Anexo IX, no mês de abril de 2013. Valor R\$425,00. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Efetuou 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, conforme Demonstrativo Demonstrativos Anexos: I, I.I e I.II, nos meses de janeiro, maio, julho, outubro e dezembro de 2013. Valor R\$584,84. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme Demonstrativos - Anexos: II, II.I e II.II, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor R\$9.336,39. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 101/107; pede a improcedência parcial da autuação, sob o argumento que o Auto de Infração está em completa afronta aos princípios elementares do direito.

Diz que a fiscalização promoveu uma série de acusações fiscais indevidas, imputando-lhe várias infrações que jamais existiram. Dessa forma, a ação fiscal resultou eivada de equívocos e irregularidades que comprometem a própria seriedade e credibilidade da autuação.

Afirma que ao refazer todos os levantamentos elaborados pelo Fisco, identificou a existência de vários equívocos cometidos, como se demonstrará a seguir. Admite o reconhecimento de parte da autuação. Integralmente, as infrações 2, 4, 6 e 7; parcialmente, as infrações 01 e 05.

Quanto à infração 1, pontua que reconhece parte do débito, com exceção do valor de R\$217,52, posto que alguns produtos como *pano multi uso e saco plástico para freezer* que são tributados e foram considerados, indevidamente, como não tributados, glosado o crédito pelo fiscal.

Na infração 5, reconhece parte do débito, no valor de R\$6.754,82; contestando o valor R\$ 3.456,34, que se refere aos produtos: *balas 160gr Butter Toffees de chocolate*, bem como o *Bolo Confeitado Kg e Rocambole Goiaba/choc. Kg*, pois esses últimos se referem aos *produtos derivados de farinha de trigo e conforme parecer 03199/2013 fabricada pelo próprio estabelecimento não terá mais ICMS a recolher*.

Diz que também não se reconhece a tributação do Leite Longa Vida 1l UHT – Leitíssimo leite, já que se trata de leite fabricado dentro do estado da Bahia e a alíquota é de 7% (art. 266, XXIX do RICMS/BA); também não é reconhecida a tributação de massa 500gr, Massa Alimentícia 500gr e Massa Lasanha 200gr, porquanto são massas alimentícias e, por conseguinte, fazem parte do anexo I do RICMS/BA; De igual modo, não se reconhece a tributação do Sorvete 100gr, uma vez que, consoante parecer 05285/2012, o produto faz parte do anexo I do RICMS/BA; O mesmo em relação à Polpa Fruta 100gr visto que, por ser produto fabricado à base de cacau, é isento conforme art. 265, I, C do RICMS/BA.

Salienta que as infrações 3, 8 e 9 não foram reconhecidas.

No que refere à infração 3, ressalta que o fiscal incorreu em equívocos. Dentre tais, destacou o Decreto 14.213/2012 que, em seu item 2.11 menciona o Leite Longa Vida fabricado no Estado de Minas Gerais, acrescentado pelo Decreto 14.431 de 01/03/2013 do DOE de 02 e 03/03/2013 com efeitos a partir de 02/03/2013, e, portanto, não é devido o estorno do referido produto, já que o leite foi incluído neste decreto a partir de 02/03/2013.

Em relação aos produtos do fornecedor Saletos Ind e Com. Exp. Imp. Selia Ltda. (ES) CNPJ: 00.887.419/0001-07; observa que foram fornecidos ao autuado, os produtos por ele produzidos e/, conforme o Decreto 14.123/2012, as indústrias não estão incluídas no decreto. Portanto, para este fornecedor não será devido o estorno destes produtos;

Já para as empresas Distribuidora de Alimentos Rondelli Ltda. (CNPJ 07.143.827/0002-84 e IE 082.700.850); Comércio de Alimentos Novo México Ltda. (CNPJ 07.215.414/0001-87 e IE 082.309.108) e Distribuidora de Alimentos Rondelli Ltda. (CNPJ 07.143.827/0001-01 e IE.: 082.323.860), não possuem benefício fiscal, conforme documentação em anexo.

Salienta que as informações acima prestadas devem ser levadas em consideração no tocante ao julgamento das demais infrações constantes do Auto de Infração, uma vez que tais circunstâncias foram indevidamente utilizadas, pelo autuante, na determinação da base de cálculo para a antecipação parcial irregularmente cobrada na autuação.

Quanto à infração 8 salienta que o fiscal deixou de analisar as seguintes situações:

- a) Com relação à Nota Fiscal nº 142359 de 26/06/13 (Usina Caeté) foi feito o pagamento do ICMS ST conforme DAE em anexo no valor R\$338,34, em 26/06/2013, pois se refere a açúcar e este produto dever ser recolhido o ICMS ST antes da mercadoria sair do estabelecimento industrial e, por consequência, esta nota fiscal foi escriturada em 05/07/2013 e o valor de R\$338,34 não é devido no mês 06/2013.
- b) Quanto à Nota Fiscal nº 114752 de 27/09/2013 do fornecedor Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A (ES) informa o valor de crédito a 12% sobre os produtos Macarrão e que o fiscal apenas considerou 7%. Diante deste fato não há o que se falar em ICMS ST, pois o valor do crédito é maior que o valor da alíquota interna.
- c) Na Nota Fiscal nº 22672 de 22/10/2013 do fornecedor Kebis Biscoitos Caseiros Ltda. EPP é uma empresa optante pelo simples nacional e, portanto conforme o RICMS/BA Art. 289, VIII - transcreve, é utilizado o crédito de 12% para cálculo do ICMS ST.
- d) A Nota Fiscal 332.040 de 21/12/2013 do fornecedor Comercial Diskpan Ltda. não foi escriturada, pois o próprio fornecedor emitiu a Nota fiscal 332.440 de 30/12/2013 – Devolução de vendas cancelando a operação, ou seja, a mercadoria não circulou e, portanto, não é devido o ICMS ST, conforme as notas fiscais em anexo.
- e) A Nota Fiscal 336.510 só foi escriturada em 02/01/2014 e o ICMS ST somente é devido no mês de Janeiro de 2014.

No que tange à infração 9, reconhece o valor R\$ 3.457,29 após elaboração da planilha.

Diz que à semelhança do item 3, nessa infração, o fiscal incorreu em alguns equívocos. Explica

que de acordo com a planilha “*Antecipação Parcial – Infração 07.15.02*” elaborada pelo fiscal foi incluída uma coluna “*alíquota correta %*” e foi relacionado nota a nota o valor realmente recolhido pelo contribuinte e assim resultando o valor reconhecido. Para comprovar os valores recolhidos nota a nota o contribuinte anexa outra planilha “*AP_2013*” referente todas as notas fiscais do período fiscalizado em que o contribuinte recolheu, corretamente, a antecipação parcial.

Explica ainda que, nos meses relacionados (fl. 105), o fiscal não considerou que as referidas notas fiscais não foram escrituradas, pois as mercadorias não circularam, conforme comprovam as notas fiscais de entradas que os próprios fornecedores emitiram, não sendo devido o valor de antecipação parcial. Relaciona, a seguir, os fatos de cada nota fiscal:

- No mês de março a Nota Fiscal 46397 o produto do Alasca Filé Congelado é peixe e, portanto. é um produto isento.
- No mês de agosto a Nota fiscal 814.468 e no mês de dezembro a Nota Fiscal 888.997 referem-se ao produto PICHANHA TEMPERADA CONG. +/- 10 KG é um produto ST (por ser carne) e encontra-se no anexo I do RICMS/BA.
- No mês de setembro a Nota fiscal 55040 de 05/09/2013 e Nota Fiscal 49942 de 16/09/2013 refere-se a peixe e tomate, respectivamente; no mês de novembro as notas fiscais 52288 e 52283 refere-se a tomate, aspargo e tamarindo e estes *produtos são isentos por serem hortifruti e, portanto não é devido a antecipação parcial.*
- No mês de novembro a nota fiscal nº 165.186 de 13/11/2013 os produtos COBERT PREMIUM MEIO AMARGO MAVALERIO 1KG, COBERT RASP COB M.AMARGO MAVALERIO 2.1KG e GANACHE DELICATESSE CHOCOLATE MEIO AMARGO IREKS 4KG refere-se a chocolate e *portanto são produtos substituídos.*

Acrescenta que as Notas Fiscais nºs 53.278 de 21/11/2013 e 53.403 de 23/11/2013 referem-se ao produto tomate, não sendo devida a antecipação parcial.

Aduz, ainda, que no mês de dezembro foram incluídas algumas notas fiscais que só foram escrituradas pela empresa no mês de Janeiro de 2014, não sendo devido à antecipação parcial destas notas fiscais neste mês de dezembro/2013.

Notas Fiscais	Escrituradas em:
55.828	06/01/2014
336.510	02/01/2014
3.498	09/01/2014
78.120	03/01/2014
170.914	02/01/2014

Alega ineficiência do levantamento. Registra que os levantamentos fiscais elaborados pelo Fisco não dispõem de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure a sua procedência, uma vez que se arrimou na falsa pressuposição que teria a ocorrência tributária.

Conclui que houve grave equívoco de avaliação do Auditor Fiscal, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de nova revisão fiscal a ser determinado por este Conselho de Julgamento Fiscal, providência que se impõe e que requer, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Na Informação Fiscal prestada (fls. 325/335), reproduz, inicialmente, os termos da peça defensiva, os itens reconhecidos integralmente e aqueles parciais.

Reconhece parcela das alegações do autuado; e admite não concordar com a sua integralidade pela falta de apresentação de argumentos ou provas concretas, que possam mudar entendimento inicial da autuação.

Em relação à Infração 1, o autuado contesta o valor de R\$217,52, sob a argumentação de que alguns produtos são tributados. Afirma que classificou o produto “*pano multi uso*” como produto

da ST, constante do item 25.37 do anexo I do RICMS, inclusive foi ratificado com base no NCM do produto, além de serem produtos normalmente utilizados para limpeza ou assemelhados.

Diz ainda que o produto "*saco plástico*" tenta o contribuinte alegar que se trata de saco para ser utilizado em "*freezer*"; observa que o seu NCM, constante do anexo I, item 25.36 (ou descrito na EFD), não menciona essa especificidade, além do que pelo tamanho dos sacos, na sua grande maioria acima de 3Lts., estes são comumente utilizados em banheiro ou pia da cozinha, e não como sacos para armazenar produtos em freezer. Mantém a exigência.

Quanto à Infração 5 verificou que o autuado não reconheceu o valor de R\$ 3.456,34.

Explica que "*balas 160gr Butter Toffees de chocolate*" se trata de bala ou produto comumente conhecido como *caramelo*, portanto não se trata de "*Bombom*" como tenta indicar com NCM 1806.9. Como pode ser visto na sua discriminação "*bala toffem*". Transcreve trecho da Resolução - CNNPA nº 12, de 1978 D.O de 24/07/1978, a Comissão Nacional de Normas e Padrões para Alimentos de acordo com o que foi estabelecido na 410ª. Sessão Plenária, realizada em 30/03/78, resolve aprovar as seguintes NORMAS TÉCNICAS ESPECIAIS, (pesquisa internet) onde determina que: **BALAS, CAMELOS E SIMILARES**

1. DEFINIÇÃO

Denominam-se balas e caramelos as preparações à base de pasta de açúcar fundido, de formatos variados e de consistência dura ou semidura, com ou sem adição de outras substâncias permitidas.

2. DESIGNAÇÃO

O produto tem a designação genérica de "bala" ou "caramelo" seguida do nome da substância que o caracteriza, ou por nomes próprios tradicionais. Ex: "bala de leite", "toffem", "bala recheada de mel", "bala de nozes", "drops de coco".

Com relação aos produtos: Massa 500gr, Massa Alimentícia 500gr e Massa Lasanha 200gr, Bolo Confeitado Kg e Rocambole Goiaba/choc.Kg, afirma que, apesar de serem produtos a base de farinha de trigo, estão fora do item 33.1, do anexo I do RICMS, tendo em vista que se trata de massas cozidas e de Torta, que são recheada e preparada de outro modo. Conclui que tais produtos estão alcançados pelo regime de tributação normal, na alíquota de 17%. Cita, nesse sentido, Pareceres DITRI nºs 12847/2009, 12647/2009, 10723/2009; Acórdão JJF nº 0049-04/12.

Com relação ao Sorvete de 100gr, sustenta que não faz parte do produto inscrito no item 39 do anexo 1 do RICMS, por não se tratar de preparação de sorvetes em máquinas, e sim de produto a ser utilizado pelo consumidor, por conta da gramatura da embalagem comercializada que é de 150 gramas.

Por outro lado, conhece como indevido, o imposto cobrado no valor de R\$199,75, referente ao produto Leite Longa Vida 1 litro, código 686840, pois se trata do leite Leitíssimo, fabricado, no estado da Bahia, onde a alíquota correta é de 7%. Destacamos que o contribuinte induzido ao presente erro por não discriminar o nome do fabricante na discriminação do produto na EFD.

Em relação à Polpa Fruta 100gr, reconhece como indevida a cobrança no valor de R\$157,80, conforme as notas fiscais apresentadas na defesa (fls. 175/176). Diz que o contribuinte não discriminou o tipo de polpa, o sabor do produto na EFD.

Lembra que o produto "*óleo de algodão*" não tem previsão de redução de base de cálculo; o autuado utilizou indevidamente a alíquota de 12%, quando a alíquota correta é de 17%.

Ao final, reconhece como indevido o valor de R\$357,55, passando a referida infração de um total de R\$10.211,14 para R\$9.853,59.

Na infração 3, admite, em relação ao Decreto nº 14.213/2012 (item 2.11), que o Leite Longa Vida fabricado no estado de Minas Gerais, foi apurado indevidamente pela fiscalização, no período de janeiro e fevereiro. Deduzido o valor de R\$ 477,56, conforme demonstrativo anexo.

Explica ainda que Saletos Ind e Com. Exp. Imp. Selia Ltda. (ES) é fornecedor de "*vinagre*". A

glosa do valor de R\$1,44 não ocorreu em relação ao Decreto nº 14.123/2012, mais sim em relação ao crédito fiscal do produto que é de 7%, e não de 12%, como laborou o autuado. Mantém a autuação, em relação do produto.

Quanto às operações de aquisição das empresas Distribuidora de Alimentos Rondelli Ltda. e Comércio de Alimentos Novo México Ltda. informa que não possuem benefício fiscal, contudo as referidas empresas são atacadistas, sendo aplicado por essa fiscalização o que dispõe o Decreto nº 14.123/2012, não havendo nenhuma previsão legal, para exceções no referido Decreto. Mantém na integralidade a autuação dos produtos fornecidos pelas citadas empresas.

Ao final, reconhece o valor de R\$477,56 como indevido, passando a infração de R\$3.376,72 para R\$2.899,15.

Reitera as alegações defensivas relacionadas à Infração 8 e presta as devidas informações:

- a) Com relação à Nota Fiscal nº 142359 reconhece a cobrança indevida do imposto referente às operações dessa NF, pois efetivamente foi recolhido o imposto, sendo que esse pagamento se deu em 26/06/13, não sendo apropriado no mês da escrituração que foi em Julho.
- b) Quanto à Nota Fiscal nº 114752 apesar do valor do crédito ter sido destacado à alíquota de 12%, sobre os produtos Macarrão, a fiscalização só considerou o crédito de 7%, em face da redução de alíquota aplicada nas operações internas, só suportando o crédito de 7%. Mantém na integralidade a presente autuação sobre as referidas operações.
- c) Diz que a Nota Fiscal nº 22672 de 22/10/2013 é uma empresa optante pelo simples; reconhece parte do imposto cobrado a maior, que deverá ser deduzido dessa operação o valor de R\$103,93, referente ao crédito do imposto, que passou da alíquota de 3,82% para 12,0%.
- d) A Nota Fiscal nº 332.040 de 21/12/2013 não foi escriturada, pois o próprio fornecedor emitiu a Nota Fiscal nº 332.440 de 30/12/2013. Indevida a cobrança dessa operação.
- e) Alega que a Nota Fiscal nº 336.510 só foi escriturada em 02/01/2014 e, portanto, o ICMS ST somente é devido no mês de Janeiro de 2014; reconhece a cobrança indevida dessa operação.

Sintetiza que em face do reconhecimento de tais valores/, resta indevida a exigência do imposto, no valor de R\$436,58, passando essa infração de um total de R\$584,84 para R\$148,26, conforme Demonstrativo Revisado Anexo I e II.

Quanto à infração 9, observa que o autuado reconheceu apenas o valor R\$3.457,29, discordando em relação às demais operações; observa que já se posicionou em relação aos motivos já explicitados na Infração 3, no que se refere ao Decreto nº 14.213, sendo devido o imposto referente às tais operações.

Em relação às notas fiscais de entradas, cujas mercadorias não houve circulação, tendo em vista que os próprios fornecedores emitiram a nota fiscal de entrada (devolução), admite que são devidos os valores do imposto apurados em relação à antecipação parcial, referente às Notas Fiscais nºs 133396 e não 133393 (descrito na defesa), 269270, 310705, 278652 e 332040.

Diz, em relação à Nota Fiscal nº 46397, os referidos produtos são o Camarão e crustáceos, com imposto regular por se tratar de produto tributado; admite que está correta a alegação defensiva, em relação ao produto Polaca do Alasca Filé Congelado por ser pescado, produto isento, portanto. Valor indevido R\$65,66.

Em relação as Nota Fiscal nºs 814.468 e 888.997, apesar da discriminação do produto - Picanha Temperada Cong. +/- 10 KG, diz que o fornecedor é uma indústria e a NCM: 1602.49 indica "*outras preparações e conservas de carne*", não estando o referido produto no anexo I do RICMS, sendo é produto tributado normalmente.

Em relação à Nota Fiscal nº 55040 de 05/09/2013 (peixe), a Nota Fiscal nº 49942 de 16/09/2013 (tomate), e as Nota Fiscal nºs 52288 e 52283 (tomate, aspargo e tamarindo), diz que tais cobranças

são indevidas e devem ser excluídas da autuação.

Para o mês de novembro, em relação à Nota Fiscal nº 165.186 de 13/11/2013, os produtos COBERT PREMIUM MEIO AMARGO MAVALERIO 1KG, concorda que é indevida a exigência do ICMS Antecipação Parcial, valor deduzido do referido levantamento; contudo os produtos COBERT RASP COB M.AMARGO MAVALERIO 2.1KG e GANACHE DELICATESSE CHOCOLATE MEIO AMARGO IREKS 4KG têm como código o NCM 1806.20.00, não estando tais produtos na ST, conforme anexo I do RICMS.

Reconhece como indevida, a exigência relacionada às notas fiscais 53.278 de 21/11/2013 e 53.403 de 23/11/2013, apenas no que refere ao produto tomate; excluídos da autuação tais valores.

Em relação às notas fiscais: 55820, 336510, 3498, 78120 e 170914, verificou que as operações foram escrituradas pelo autuado no mês de Janeiro de 2014 e, portanto, indevido à antecipação parcial correspondente.

Procedeu uma redução de R\$1.555,99, passando essa infração de R\$9.336,39 para R\$7.780,40, conforme demonstrativos revisados (Anexos II e II.I). Redução que totaliza R\$2.827,68 e o presente Auto de Infração passa de R\$31.119,46 para R\$28.291,78.

Em nova manifestação (fls. 341/343), o contribuinte reafirma todos os argumentos já explicitados em sua impugnação inicial, aduzindo que os fundamentos invocados pelo fiscal não refutam os seus argumentos.

Quanto à Infração 1 reclama que, apesar de o fiscal não aceitar a sua alegação da defesa, mantém o seu posicionamento. Isto porque, ainda que o NCM corresponda ao NCM constante no anexo I do RICMS/BA é de se observar que as características e informações do produto não correspondem para que se possa classificar como o produto sendo da substituição tributária.

Quanto à Infração 3 reitera que o fiscal não acata suas alegações; no item 5, diz que o Auditor aceita apenas parcialmente sua defesa. Contudo, mantém suas alegações iniciais acerca de massas alimentícias não cozidas e, portanto, produtos da Substituição tributária, além do óleo de algodão com redução da base de cálculo de 29,41% (art. 268, XXII);

Quanto à Infração 9, assevera que apesar de o fiscal considerar parte das informações do contribuinte na defesa inicial reduzindo para R\$ 7.780,40 não foi considerado o que foi explanado na infração 3; diz que mantém o reconhecimento no valor de R\$3.457,29. Por outro lado, ratifica que o produto PICANHA TEMPERADA CONG. +/- 10 KG é produto ST (por ser carne) e não embutido, pois se refere a um produto que é apenas temperado.

Finaliza pedindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Nas fls. 348/351, constam extratos de pagamentos parcial do débito do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência de nove infrações descrita e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes, exceto em relação aos itens 2, 4, 6 e 7, reconhecidos integralmente pelo autuado e excluídos da lide.

O autuado alega, preliminarmente, grave equívoco na autuação; pede revisão fiscal a ser feita por fiscal estranho ao feito para reexaminar o trabalho e concluir por sua improcedência.

O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF/BA, considerando que os elementos constates nos autos são suficientes para a apreciação da matéria em litígio.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, no valor total R\$3.227,46.

Nas razões, o autuado reconhece parte do débito. Contesta, contudo, a exigência sobre o valor de R\$217,52, sob o argumento de que alguns produtos (*pano multi uso, saco plástico*) foram tributados normalmente e que os sacos plásticos destinavam-se a utilização em freezer e não poderiam ter respectivos créditos fiscais glosados.

O direito não assista ao autuado. O produto "*saco plástico 23x36cm 3kg c/100*", NCM 39232190, por exemplo, descrito no demonstrativo fiscal (fls. 34/44) se refere ao produto "*saco de lixo de conteúdo igual ou inferior a 100 litros – 3923.2*", constante do anexo I, item 25.36 (ou descrito na EFD), está enquadrado no regime de Substituição Tributária interna, estando, pois, com a fase de tributação encerrada e vedada a utilização de créditos fiscais.

O mesmo ocorre com o produto "*pano multiuso c/5*", NCM 63071000, por exemplo, descrito no demonstrativo fiscal (fls. 34/44) se refere ao produto "*rodilhas, esfregões, panos de prato, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes - – 6307.2*", constante do anexo I, item 25.37 (ou descrito na EFD), está enquadrado no regime de Substituição Tributária interna, estando, pois, com a fase de tributação encerrada e vedada a utilização de créditos fiscais.

Diante do exposto, a infração nesse item 1 é integralmente procedente, no valor de R\$3.227,46.

Na infração 3, o contribuinte é acusado da utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

O demonstrativo de débito correspondente (Anexos: IV e IV.I) estão acostados aos autos, às fls. 46/56. Valor total R\$3.376,73.

A alegação defensiva é que houve equívoco fiscal, relacionado ao Leite Longa Vida fabricado no Estado de Minas Gerais, cuja exigência foi acrescentada à legislação baiana pelo Decreto 14.431/13, com efeitos a partir de 02/03/2013, não sendo devido o estorno do referido produto.

Os produtos fornecidos pela SALETOS IND E COM. EXP. IMP. SELIA LTDA (ES) CNP00.887.419/0001-07 foram por ela mesma produzidos e, conforme o Decreto 14.123/2012, as indústrias não estão incluídas no referido decreto.

Os produtos das empresas Distribuidora de Alimentos Rondelli Ltda. (CNPJ 07.143.827/0002-84 e IE 082.700.850), Comércio de Alimentos Novo México Ltda. (CNPJ 07.215.414/0001-87 e IE 082.309.108) e Distribuidora de Alimentos Rondelli Ltda. (CNPJ 07.143.827/0001-01 e IE 082.323.860), não possuem benefício fiscal, conforme documentação em anexo.

Constato a correção do autuado acerca do Leite Longa Vida (Decreto nº 14.213/2012) fabricado no estado de Minas Gerais, considerando a vigência do Decreto nº 14.431/13, a partir de 02/03/2013, não sendo devido o estorno do referido produto. O próprio Auditor Fiscal acatou a alegação da defesa, excluindo da exigência o valor de R\$ 477,56, conforme demonstrativo anexo (fl. 336).

Explica ainda que Saletos Ind e Com. Exp. Imp. Selia Ltda. (ES) é fornecedor de "*vinagre*". A glosa do valor de R\$1,44 não ocorreu em relação ao Decreto nº 14.123/2012, mais sim em relação ao crédito fiscal do produto que é de 7%, e não de 12%, como laborou o autuado. Mantém a autuação, em relação do produto.

As aquisições feitas em face às empresas Distribuidora de Alimentos Rondelli, Comércio de Alimentos Novo México são empresa do ramo atacadistas e submetidas ao regime do Decreto nº 14.123/2012; a glosa dos créditos em relação aos fornecedores SALETOS e SELIA (aquisição de vinagre) ocorreu em relação á utilização de crédito fiscal do produto que é de 7%, ao invés de 12%, como laborou o autuado.

A infração 03 resta caracterizada parcialmente, passando de R\$3.376,72 para R\$2.899,15.

O item 05 exige o recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O demonstrativo de débito correspondente (Anexo VII) está acostado aos autos, às fls. 69/85. Valor total R\$10.211,16.

O autuado reconhece, na própria impugnação, parte do débito (R\$6.754,82); contestando a exigência no que se refere aos produtos: balas 160gr Butter Toffees de chocolate, Bolo Confeitado Kg e Rocambole Goiaba/choc. Kg, considerando que esses últimos se referem aos produtos derivados de farinha de trigo e, conforme parecer 03199/2013, nas operações com produto fabricado pelo próprio estabelecimento não terá mais ICMS a recolher.

Também não reconhece o autuado, a tributação do Leite Longa Vida 1l UHT (fabricado dentro do Estado da Bahia); a tributação das massas, Massa Alimentícia 500gr e Massa Lasanha 200gr (massas alimentícias - anexo I do RICMS/BA); a tributação do Sorvete 100gr (Parecer DITRI 05285/2012, o produto faz parte do anexo I do RICMS/BA; Polpa de Fruta 100gr (produto fabricado à base de cacau, isento, conforme art. 265, I, C do RICMS/BA).

O produto balas 160gr Butter Toffees de chocolate discriminado no demonstrativo fiscal, com NCM 18069000, está sujeito ao regime da substituição tributária, descrito no item 11 do Anexo 1 do RICMS/BA: “chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não – 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1”.

A NCM 1806 (TIPI 2017) descreve “Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham *cacau*” e no NCM 1704.90.10, produtos com chocolate branco. Então os bombons, balas que foram objeto da substituição tributária, na legislação do Estado da Bahia, como sujeitos ao regime da substituição tributária, são aqueles em que os chocolates façam parte da sua composição, justamente o que ocorre, no caso em concreto. Respetivos valores serão excluídos da exigência.

Com relação aos produtos: Massa 500gr, Massa Alimentícia 500gr e Massa Lasanha 200gr, além de bolo Confeitado Kg e Rocambole Goiaba/choc.Kg, os produtos são a base de farinha de trigo e previstos no item 33.1, do anexo I do RICMS. Demais produtos, descrito no mesmo item como “*outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparada de outro modo*”, são os que precisam desse preparo qualificado e não as massas, como um todo, o que permitiu a equivocada conclusão fiscal de que tais produtos não estão enquadrados no regime da substituição tributária, mas, alcançados pelo regime de tributação normal. Respetivos valores serão excluídos da exigência.

As saídas do pó de sorvete de 150gr devem ser entendidas no sentido de que, na operação com sorvete sujeita à substituição tributária (posição 2105.00 da NBM/SH-NCM), este regime deverá ser aplicado também aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados na posição 2106.90 (item 39 do Anexo) juntamente com aquele produto. Não pretende a tributação antecipada alcançar, genericamente, quaisquer operações com preparados para fabricação de sorvete em máquina ou produtos destinados a emprego na fabricação de sorvete. Indica, sim, que, na comercialização de sorvete, quando for este acompanhado de preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados na posição 2106.90, estes terão o mesmo tratamento tributário do produto principal.

Observe-se que o autuado não é estabelecimento industrial fabricante de sorvete. Mas, apenas um estabelecimento comercial. Outrossim, não consta dos autos que o autuado também adquira e comercialize o sorvete, mas tão somente produtos alimentícios utilizados como matéria-prima na fabricação de sorvete (sorvete em pó). Com fulcro em tais fatos, pode-se afirmar que essas “*matérias-primas*” não se submetem à substituição tributária.

Por outro lado, na realização de operação de saída de qualquer produto utilizado como preparado na fabricação de sorvete em máquinas, classificados na posição 2106.90 da NBM/SH-NCM, o contribuinte ficará responsável pelo recolhimento do imposto relativo às operações subseqüentes.

Posto isso, a exigência em relação ao *pó de sorvete de 150gr* deve ser mantida.

Por fim, com relação ao produto "*óleo de algodão*", o autuado reduziu indevidamente a base de cálculo de 12% para 17%; correta a exigência fiscal; por outro lado, acerto do contribuinte na aplicação da alíquota de 7%, em face o *leite Leitíssimo*, fabricado no estado da Bahia; também indevido o valor de R\$157,80 (polpa fruta 100gr), conforme as notas fiscais apresentadas na defesa (fls. 175/176).

Em síntese, a infração 05 resta parcialmente caracterizada, considerando os ajustes promovidos pelo próprio autuante, que reduziu a exigência de R\$10.211,14 para R\$9.853,59, e reajustando o novo valor da infração que passa de R\$9.853,59 para R\$5.366,45, com exclusão dos produtos balas, massas, bolos e rocambole.

A infração 8 acusa 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, no valor de R\$584,84.

O Auditor elaborou demonstrativos sintético e analítico, discriminando as diversas operações que envolvem a aquisição de mercadorias enquadrados no regime da antecipação tributária (total), no período identificado pela fiscalização, determinando os valores segundo a legislação do imposto, confrontando-os com os pagamentos de ICMS-ST manejados pelo autuado, no mesmo período (fls. 15/23).

Nas razões, o contribuinte apresentou alegações relacionadas à exigência, a seguir acatada pelo fisco que podem ser assim resumidas: 1) Nota Fiscal nº 142359 reconhece o pagamento do ICMS correspondente, em 26/06/13; 2) Nota Fiscal nº 114752 (macarrão), o valor está corretamente exigido, na alíquota de 7%; 3) Nota Fiscal nº 22672 (empresa optante pelo simples), deduziu dessa operação o valor de R\$ 103,93, referente ao crédito do ICMS (alteração da alíquota. 3,82% / 12,0%); 4) Nota Fiscal nº 332.040 de 21/12/2013 não foi escriturada, pois o próprio fornecedor emitiu a Nota Fiscal nº 332.440 de 30/12/2013. Excluída a cobrança respectiva. 5) Nota Fiscal nº 336.510 só foi escriturada em 02/01/2014 e o ICMS ST não é devido, no mês exigido pela fiscalização. Excluída a cobrança respectiva.

Diante de tais ajustes, a exigência resta parcialmente caracterizada, reduzindo-a de R\$584,84 para R\$148,26, conforme os novos demonstrativos em mídia CD (fl. 336).

Na infração 9, a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras Unidades da Federação, no valor de R\$9.336,93.

O Auditor elaborou demonstrativos sintético e analítico, discriminando as diversas operações que envolvem a aquisição de tais mercadorias (não enquadrados no regime da substituição tributária), no período identificado pela fiscalização, determinando os valores segundo a legislação do imposto, confrontando-os com os pagamentos de ICMS antecipação parcial manejados pelo autuado, no mesmo período (fls. 24/30).

Nas razões, o contribuinte apresentou alegações em face às várias operações relacionadas no demonstrativo retro aludido; o preposto do Fisco acatou parte das manifestações defensivas, procedendo à redução do tributo inicialmente exigido de R\$9.336,39 para R\$7.780,40, conforme novos demonstrativos encartados no CD (fl. 336).

O autuado reitera seu inconformismo à exigência remanescente. Não tem razão.

As aquisições feitas em face às empresas Distribuidora de Alimentos Rondelli, Comércio de Alimentos Novo México são empresa do ramo de comércio atacadistas, tais operações estão sujeitas ao recolhimento regular do ICMS antecipação parcial e os créditos serão considerados de acordo com o previsto no Decreto nº 14.123/2012.

Com relação ao produto PICANHA TEMPERADA CONGELADA, classificação na Nomenclatura

Comum do Mercosul - NCM 1602.3100, *preparação de carne, outras preparações e conservações de carnes*. Ocorre um processo de beneficiamento, operação que modifica, aperfeiçoa ou, de qualquer forma, altera o funcionamento, a utilização ou acabamento ou aparência do produto, ainda que não resulte um novo produto. Nesse capítulo 16 da tabela TIPI não estão alinhadas as carnes miudezas preparados ou conservados pelos processos enumerados no capítulo 2, que trata das *carnes e miudezas comestíveis*, este, sim, resultantes do abate de animais, incluídas no regime da substituição tributária, na legislação da Bahia:

Diante dos ajustes operacionalizados pelo Auditor Fiscal, a exigência resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$7.780,40.

Após toda a exposição procedida, o presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$23.804,61.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232930.3001/16-0**, lavrado contra **SUESBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.804,61**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” “d” e “f”, e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR