

A. I. N° - 293872.0008/16-1
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27.07.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0098-01/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS.
a) ERRO DE ALÍQUOTA NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Demonstrado que o impugnante tem razão parcial, acerca da inclusão de alguns produtos no regime da substituição tributária, com a fase de tributação já encerrada, fazendo-se, no caso, as devidas exclusões. Sobre as operações de vendas interestaduais (CFOP 6102”) das mercadorias: “*Batata em Flocos Nutricional*” com a aplicação da alíquota de 4% (Resolução do Senado Federal nº 13/12), o autuado não faz prova das providências contidas no Convênio ICMS 38/13. Infração subsistente em parte.
b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A fiscalização acatou em parte as alegações defensivas, procedidos aos ajustes, cujas provas foram anexadas ao PAF pelo autuado, inclusive, notas fiscais de devolução e exclusão do período de dezembro/2012. Infração caracterizada em parte. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** O impugnante defende as omissões de estoques apuradas e o direito lhe assiste com relação às distorções, em face a alteração na codificação e dígitos das mercadorias, o que não foi corretamente observado, durante o procedimento fiscal. Infração em parte subsistente. Rejeitado o pedido de nulidade. Indeferida a diligência solicitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 23/09/2016 foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$698.245,28, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o imposto no valor de R\$132.948,36. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$529.392,74. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2012 e 2013, sendo lançado o valor de R\$35.904,18. Multa de 100%.

O impugnante apresenta defesa às fls. 186/196 e requer a improcedência da autuação.

Com relação à infração 01, argumenta que o fiscal desprezou o tratamento para as mercadorias vendidas para fora do Estado com CFOP 6.403. Transcreve os artigos 301 e 302, do Decreto nº 13.780/12 (RICMS do Estado da Bahia) para definir que em ambas as situações quando ocorrem operações com CFOP 6.403 não haverá recolhimento de ICMS para o Estado da Bahia, uma vez que o imposto já fora pago anteriormente.

No tocante a Folha de Louro, diz que a mercadoria é isenta, nos termos do artigo 14, I, letra “b” do item 5 do RICMS (Dec. nº 6.284/97) – folhas usadas na alimentação humana e funcho.

Quanto a Cobertura Nestlé de Marfim embalagem de 2,3 Kg, NCMS 1704.90.1, 1806.3 ou 1806.9, alega que se trata de outras preparações de confeitaria e estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme item 11 do Anexo 1, vigor ano de 2012 e demonstração através cópias das Notas Fiscais de nºs 175825, 181111, 195241 e 198878, emissão da Nestlé Brasil Ltda., respectivamente de 16/04/, 14/05/, 23/07 e 08/08/2012, anexos de nºs 12 a 15, comprovando o pagamento de ICMS por substituição tributária, razão pela qual nas saídas foram classificadas com CFOP 5403 e desta maneira não há ICMS a pagar.

Pede a exclusão do Peito de Peru Defumado, tendo em vista que essa mercadoria está submetida ao regime de substituição tributária, conforme item 31 do anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Diz que o presunto cru/JAMON SERRANO C/OSSO/PRESUNTO PARMA INT. S/OSSO FIORUCCI é produto classificados com NCM 0210.19.00 e sujeito ao regime de substituição tributária, conforme item 34 do Anexo 1 do Regulamento ICMS de 2012, com redação vigente de 01/04/2012 a 31/12/2013.

Aduz que apenas o presunto cozido é que está sujeito ao regime normal (NCM 1601.00.00), vez que sofre um processo de industrialização, utilizando-se o pernil suíno, que é desossado e passa por um amaciador que ajudará a quebrar as proteínas da carne. Após o amaciamento, as peças do pernil suíno passam por salmoura, a responsável pelo sabor do produto e que integra na sua composição sal, cravo, canela, erva doce, pimenta preta e vinho branco ou tinto, dependendo da linha e o sabor pretendido. Saídos da salmoura. Os pernis são colocados numa espécie de “betoneira” que bate as peças de carne já temperadas também com a intenção de amaciá-las.

Explica que, de forma diferente, o produto cru é classificado com NCM 0210.19.00 devido ao seu processo se dá de maneira diferente e bastante demorado. Apresenta características únicas. Trata-se de um produto de charcutaria crua, seca e de larga duração, mantendo a estrutura anatômica da perna de porco.

Explica ainda como se faz a salga, a cura, o envelhecimento, sublinhando que o produto é natural, uma vez que não sofre nenhum processo de transformação não natural. Solicita a exclusão do item Jamon Serrano com osso Segovia cujo NCM é 02.10, conforme atestam cópias das Notas Fiscais de nºs 13.530 e 28.599 (anexos 16 e 17). por igual motivo, pede a exclusão do presunto de Parma Int. s/ osso Fiorucci (NCM 02.10). Discorre sobre o Prosciutto di Parma (Nota Fiscal nº 40.331, de 12/12/2012 - Anexo nº 18) e seu modo de produção;

Solicita exclusão de várias mercadorias: Castanha Caju Iracema, sachê de 50 gramas, NCM 2008.19.00 por se tratar de produto sujeito ao regime de substituição tributária conforme o Decreto nº 13780/12, item 38 do anexo 1, “salgados industrializados NCMs nºs 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19. Anexa cópias das Notas Fiscais de nºs 274.508, 326.316 e 404.620, respectivamente de 20/04/09/07 e 20/10/2012, Fornecedor Atacadão Dist. Com. Ind. Ltda. Nos anexos 19 a 21 constam CFOP 5405 e que não houve crédito de ICMS, mesmo porque não houve destaque do imposto;

Solicita exclusão de Cobertura para Sorvete Gold Mix Chocolate 1,3 KG com base no item 8 do anexo 88 que arrolava ovos de páscoa e chocolates sujeitos a substituição tributária, desde que industrializados. Explica que não havia identificação dos produtos relacionados nas posições de NCM,s, nem em razão de sub posições;

Solicita exclusão de Lombo Canadense Saudali, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 10 do anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão Nescau com Leite 1,3 Kg, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 8 do Anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão de Nescau Kg, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 8 do Anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão Nescau 2,04 Kg, vez que a mercadoria se refere a substituição tributária, conforme item 8 do anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão Chocolate Pó Nestlé 2 Kg, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 8 do Anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão Chocolate Pó Marata 400 gramas, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária conforme item 8 do Anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão Mistura para Bolo Sarandi, embalagem 5 Kg, vez que se refere a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária conforme item 12.2.1 (Produto de padaria e pastelaria), do Anexo 88, Decreto nº 6.284/97;

Solicita exclusão de Canjiquinha Yoki, por se tratar de “farinha de milho” que segundo o Decreto nº 13780/12, artigo 265, II, letra “d” são isentos de ICMS sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;

Solicita exclusões das parcelas de ICMS cobradas, nas vendas realizadas para fora do Estado, no código 6.102 das mercadorias Batata em Flocos Nutricional, Óleo de Girassol, Leite Pó Nutricional e Leite Pó Integral Tio Jorge, vez que foram feitas em conformidade com o Art. 55-A do Decreto nº 13.780/12, cujo texto transcreve: “*Nas operações realizadas com a aplicação da alíquota de 4%, por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25/04/2012, deverão ser prestadas no documento fiscal as informações exigidas no Convênio ICMS 38/13*”.

Arrola cópias das Notas Fiscais de nºs 159.927; 160.750; 161.207; 161.815; 162.838; 164.209 e 167.142, respectivamente de 19/04, 09/05, 17/05, 31/05, 28/06, 26/07 e 20/09/2013, emitidas por Tangará Importadora e Exportadora S/A., através das quais compravam se tratar das mercadorias Leite em Pó Nutricional, Leite em Pó Tio Jorge e Batata em Flocos Nutricional, contendo informações exigidas no Convênio ICMS 38/13. Exibe ainda Notas Fiscais 80.402 e 85.561, respectivamente de 09/05 e 18/06/2013, Fornecedor Bunge Alimentos S/A (Óleo de Girassol). Anexos 22 a 30.

Solicita exclusão da mercadoria Cart Dor Musse Chocolate, embalagem de 1 Kg por se tratar de artigo de preparação em confeitaria, classificação NCM 1806.90.00 e sujeito a substituição tributária (item 11 do Anexo 1, Decreto nº 13.780/12). Anexa cópias das Notas Fiscais de nºs 42429, 47083 e 49427, respectivamente de 09/01; 18/04 e 28/06/2013, Fornecedor Unilever Brasil Ltda., as quais atestam ser Cart Dorr classificação NCM 1806.90.00 - Anexos 31 a 33.

Com relação à infração 2, pede também as exclusões a seguir consignadas:

- dos valores do ICMS, nos valores de R\$1.720,12 e R\$2.150,15, cobrados indevidamente e incidentes sobre as Notas Fiscais de nºs 87907 e 93140, emissão 01/10/2012 e 08/11/2012, Fornecedor Cia Hemmer Ind. e Comércio, vez que o produto Palmito tem tributação normal. Anexos de números 34 e 35;
- do valor do ICMS R\$133,19 referente a Nota Fiscal de nº 122382, data de entrada 30/10/12, Fornecedor Arbor Brasil, tendo em vista que o ICMS devido foi cobrado e destacado na aludida nota Fiscal. Anexo 36.

Solicita revisão de cálculo do ICMS devido nas Notas Fiscais de nºs 243760 e 258264 entradas no estabelecimento respectivamente em 16/10/2012 e 21/10/2013, vez que MVAs utilizados não condizem com os MVAs existentes no Anexo 1 do RICMS/2012;

Diz que o Auditor está cobrando ICMS de Notas Fiscais que foram objeto de cancelamento ou efetiva não entrega ao destinatário, o que forçou a autuada a solicitar de seus fornecedores cópias de livros fiscais, devoluções e declarações ou registros de cancelamentos de notas fiscais eletrônicas.

Pede que seja recebido as cópias das declarações e documentos encaminhados pelos fornecedores da Autuada, conforme anexos de nºs 37 a 53, as quais anulam as cobranças, a seguir descritas:

| <u>Nº NF</u> | <u>Data</u> | <u>Descrição</u> | <u>Valor do ICMS</u> |
|--------------|-------------|---------------------------|----------------------|
| 12000 | 10/10/2012 | Garrafa Seleta | 909,92 |
| 1198 | 26/10/2012 | Café Tradicional | 624,48 |
| 122231 | 26/10/2012 | Coq. Fermentado | 21.482,90 |
| 122238 | 26/10/2012 | Coq. Fermentado | 23.180,46 |
| 122250 | 26/10/2012 | Cantina da Serra | 3.827,96 |
| 122252 | 26/10/2012 | Cantina da Serra | 3.042,95 |
| 122252 | 26/10/2012 | Cantina da Serra | 509,63 |
| 122254 | 26/10/2012 | Cantina da Serra | 1.975,08 |
| 205628 | 29/11/2012 | Copa Majestade | 208,65 |
| 253972 | 09/08/2013 | Sabões Barra | 8.574,84 |
| 334 | 09/08/2013 | Tequila El Jimador | 2.257,80 |
| 83924 | 14/11/2013 | Vinhos Diversos | 105,70 |
| 167532 | 26/11/2013 | Cortes Cong. Frango Peito | 2.288,09 |

Pede ainda a exclusão das notas fiscais, abaixo mencionadas, vez que não houve notas fiscais sem registro na escrita do contribuinte, embora não tenha conseguido identificar os respectivos fornecedores, para melhor elucidar as cobranças indevidas. Pede diligência, a fim de comprovar esta alegação.

| <u>Nº NF</u> | <u>Data</u> | <u>Descrição</u> | <u>Valor R\$</u> |
|--------------|-------------|-------------------------------|------------------|
| 300732 | 06/11/2012 | Espresso Forte | 245,24 |
| 300744 | 06/11/2012 | Espresso Forte | 245,24 |
| 63228 | 12/12/2012 | Dianteiro Completo 500 gr | 413,13 |
| 63228 | 12/12/2012 | Coxão Duro | 1.564,88 |
| 63935 | 28/12/2012 | Coxão Duro | 984,83 |
| 63935 | 28/12/2012 | Dianteiro Completo | 219,08 |
| 38132 | 30/08/2013 | File de Peito Cong. In Guibon | 7.652,09 |
| 38132 | 30/08/2013 | Coxa s/ Coxa Congelado | 5.263,80 |
| 167532 | 26/11/2013 | Cortes Cong. Frango Peito | 2.288,09 |

Pede revisão de cálculo da mercadoria denominada Garrafa Seleta 670 ml, em face à redação válida até 30/01/2014 (art. 16 da Lei nº 7.014/96). Revisão na base de cálculo do ICMS para as Notas Fiscais de nºs 12001,12400, 13927, 14330, 15539 e 16015, respectivamente com entradas no estabelecimento em 10/10/2012, 24/11/2012, 27/06/2013, 01/08/2013, 31/10/2013 e 06/12/2013;

Com relação ao charque, transcreve o item 34 do Anexo 1 do RICMS/2012: “Produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, secos salgados ou temperados, exceto charque.”.

Transcreve o inciso XXVII do Art. 268, Decreto nº 13780/12 (RICMS) – Redação originária, efeitos até 31/12/2013: “Das operações internas com vinagre, charque e margarina, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (Sete por cento)”.

Conclui que a tributação do charque não esteve sujeita ao regime de substituição tributária no período de 2012 e 2013, conforme entendimento do Auditor Fiscal, mas, ao regime normal com redução da base de cálculo, de forma que resultava numa carga tributária de 7% (Sete por cento). Através Decreto nº 14.898, de 27/12/2013, revogou esse artigo com efeitos a partir de 01/01/2014.

Diz ainda que o “inciso LI do Art. 268, Decreto nº 13.780/12 foi acrescentado pelo Dec. 15.221, 03/07/14, efeitos a partir de 10/07/2014”. Nas operações internas com charque e Jekked Beef, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (Doze por cento) e que a redação atual do inciso LI do Art. 268 foi dada pelo Dec. nº 15.661, 17/11/2014, efeitos a partir de 01/12/2014.

Pede a exclusão da infração (Notas Fiscais de nºs 62093,60512 e 80830, respectivamente entradas em 29/11/12, 01/11/12 e 21/11/2013).

Reclama que o Auditor Fiscal considerou indevidamente New Choco Diet Lowcucar como mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando o correto seria regime normal, com o CFOP 5.102. Explica que, conforme o item 11 do anexo a, do RICMS 2012, com redação vigente para o ano de 2013, a incidência era sobre Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não. A legislação não previa incidência de Substituição tributária para mercadorias enquadradas com NCM 1806.90.00 na embalagem “pote” contendo 210 gramas, cuja destinação é pra consumo doméstico.

Pede, assim, a exclusão desta infração, conforme Notas Fiscais de nºs 98031, 98339, 102176, 102996, 111096, 112750, 111780, 113530 e 112161, respectivamente de 17/06; 31/06; 15/08; 22/08, 28/11; 09/12; 16/12; 26/12 e 03/12/13.

Pede ainda a exclusão do ICMS nos valores de R\$1.004,58, R\$195,86 e 404,17, referentes às Notas Fiscais de nºs 883616, 887896 e 891763, respectivamente de 07/12, 14/12 e 21/12/13, emissão do Fornecedor Saudali, tendo em vista que os valores de ICMS devidos foram pagos através destaque de ICMS nas próprias notas fiscais e conforme GNRE,s, devidamente liquidadas e autenticadas, conforme anexos de números 54 a 59.

No que refere ao item 3, solicita a exclusão da cobrança de R\$15.631,66, data da ocorrência 31/12/2012, indevida, tendo em vista que em razão da mudança no sistema de processamento de dados, ocorrida em 01/04/2012, a Sost alterou todos os códigos de suas mercadorias, as quais possuíam 9 dígitos e passaram a possuir 5 dígitos e o Auditor Fiscal utilizou-se de um procedimento misto, considerando códigos novos 10123 e 10755 não considerando a movimentação de saída no período de Janeiro a Março de 2012.

Explica que para os códigos antigos foram consideradas as movimentações de saídas no período de Janeiro a Março de 2012, causando distorções em ambas as apurações. Visando corroborar com análise a ser efetuada pelo Auditor Fiscal, seguem anexos os Extratos analíticos das mercadorias códigos nºs 10123, 10755, 10854 e 10999, numerados de 60 a 96.

Com relação as omissões de saídas no ano de 2013, explica as variações em cada produto:

- 10102 ATUM G. COSTA SOLIDO 12X500G
- 10134 AZEITON VERDE FAT MANHATTAM 2 KG

A cobrança respectivamente de R\$1.160,40 e R\$359,70 é indevida, tendo em vista que a NF-e de nº 303016, emissão de 15/05/2013, contendo descrição das mercadorias em epígrafe, tem a observação de cancelada, porém não foram estornadas as quantidades do estoque, aparece com o valor zerado, sem haver cobrança para o cliente Argolo Seabra & Cia Ltda., e também e essa NF-e não aparece registro no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias.

Para a diferença de 5 caixas do código nº 10102 – Atum G. Costa Sólido 12 x 500G, aparece ajuste de Inventário na entrada, ocorrido em 08/07/2013, que comprova que essa mercadoria não saiu através da NF-e nº 303016, conforme atestam os Extratos Analíticos, folhas 0001 a 0009 do Livro de Registro de Saídas, movimento do dia 15/05/2013, em anexo, com numeração de 97 a 109.

- 11187 – PURE KNORR BATATA 5x800G

A cobrança de ICMS, no valor de R\$4.324,05 referente à divergência de 67,5 caixas se refere às notas fiscais de entrada de números 333818, 33819, 33822 e 334873, lançadas respectivamente em 20 e 25/09/2013, é indevida, vez que, após terem sido denegadas, foram canceladas, conforme demonstramos através do Registro de Entrada de Mercadorias, Extrato Analítico de Produtos e documentos eletrônicos, em anexo, com numeração de 110 a 123.

- 11208 - QJ M FRESCAL GOSTOSO KG

A cobrança de ICMS no valor de R\$5.784,00, referente à divergência de 300 Kg, refere-se à Nota Fiscal de entrada de nº 297470, lançada em 22/04/2013, é indevida, vez que, no mesmo dia, a nota fiscal foi cancelada, conforme demonstram através do Extrato Analítico de Produto, folhas 001 a 003 do Livro de Registro de Entrada de Mercadorias e documentos eletrônicos comprovando o cancelamento da NF-e nº 297470. Documentos em anexos de nºs 124 a 129.

- 11231 – QJ RALADO GOSTOSO KG

A cobrança de ICMS no valor de R\$498,41, referente à divergência de 23 Kg é referente às Notas Fiscais de saída de nº 324972 e entrada de nº 324984, lançadas em 16/08/2013 e que foram canceladas, é indevida, conforme demonstram através Extrato Analítico de Produto, páginas 0001 a 0008 do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e documentos eletrônicos alusivos ao cancelamento das Notas Fiscais de nºs 324972 e 324984, em anexo, numerados de 130 a 144.

- 11848 - REQ. CREM DANUBIO BISNAGA 6 x 1,01 KG

A cobrança de R\$1.706,60 é indevida e se refere à divergência apontada de 20 caixas, constantes da Nota Fiscal de saída de nº 355553, lançada em 24/12/2013, vez que, após ter sido denegada, foi cancelada, conforme demonstram através de Registro Analítico de Produto, folhas 0001 a 0007 do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias, documentos eletrônicos atestando o cancelamento. Anexos numerados de 145 a 154.

- 12054 – XÍCARAS ESPRESSO LINHA PROFISS 5310/12

A cobrança de R\$1.260,00 é indevida e se refere à divergência apontada de 12 dúzias, referentes às Notas Fiscais de nºs 302538/302540/302541 e entrada de nº 336663, lançadas respectivamente em 14/05/2013 e 08/10/2013 e que foram canceladas, exceto a Nota Fiscal de nº 302541, que não consta no relatório do Auditor, porém, está autorizada, conforme demonstram através Extratos Analíticos de Produtos, folhas 0001 a 0011 do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias, folhas 001 a 002 do Livro e Registro de Entrada de Mercadorias, documentos eletrônicos atestando os cancelamentos e autorizando em ambiente de produção a NF-e de nº 302511. Anexos numerados de 155 a 177.

- 12666 – EXTRATO TOM BONARE SH 32X340G

A cobrança de R\$1.712,00 é indevida e se refere a divergência de 64 caixas, sendo que emitimos a NF-e nº 300826, de 07/05/2013, de devolução para o Fornecedor Goiás Verde Alimentos Ltda., que o mesmo somente veio retirar a mercadoria dia 10/05/2013. Tendo em vista essa ocorrência, através NF-e nº 301770, 10/05/2013, procederam a neutralização da NF-e nº 300826 e emitiram a NF-e de nº 301768, que efetivamente prevaleceu como correta. Na hora de neutralizar a devolução de 32 caixas, efetuada através da NF-e nº 300826, foi emitida NF-e de nº 301767 em nome da própria Sost, conforme demonstram através do Extrato Analítico de Produto, traslados das NF-e de nºs 300826 e 301770, folhas 001 a 003 do livro de Registro de Entradas, documentos eletrônicos atestando os cancelamentos, em anexo, numerados de 178 a 187.

Diz que a autuação é improcedente. Requer o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos, inclusive revisões fiscais, documentos ou testemunhas.

O Auditor apresenta Informação Fiscal às fls. 376/379. Com relação à infração 01, rebate que não procedem as alegações, tendo em vista que nas operações interestaduais com mercadorias que já tenham sido objeto de retenção do ICMS, o remetente deverá destacar o imposto no documento fiscal. Os artigos 301, 302 e 303 do RICMS/2012 orientam o contribuinte acerca dos procedimentos posteriores para o ressarcimento do tributo anteriormente pago.

Diz que o autuado solicita exclusão de diversas mercadorias da autuação fiscal com as seguintes alegações:

- Folha de louro: mercadoria isenta (Dec. nº 6.284/97).

O art. 265, inciso I, “a” do RICMS/2012 esclarece que, são isentos do ICMS, desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75. Por conseguinte, o referido Convênio não contempla o produto “Folha de Louro”.

- Cobertura Nestlé Marfim, Cobertura para sorvetes, Nescau e Achocolatados em pó em geral – Mercadorias da Substituição Tributária.

Explica que seu entendimento para que ocorra a incidência da substituição tributária (Item 11, Anexo I do RICMS/2012), necessário se torna que haja coincidência entre as características das mercadorias comercializadas e as descritas no item correlato, ou seja, deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente.

Diz que é entendimento da Administração Tributária que os produtos resultantes de uma preparação contendo chocolate, constantes da NCM 1806.9, cuja descrição exemplificativa é “Achocolatados”, assim entendidos os produtos à base de chocolate, em pó ou em grânulos, destinados à mistura com água ou leite, não estão enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. Nesse contexto, de acordo com a citada norma disciplinar, apenas é alcançado pela substituição tributária o produto chocolate, nas suas diversas formas de apresentação, quais sejam, em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo.

Conclui que os produtos questionados pelo autuado, não se adequam a estas especificações e, portanto, não estão sujeitos à substituição tributária, devendo ser escriturados como um produto de tributação normal.

- Peito de Peru Defumado, Presunto, Jamon Serrano e Lombo Canadense. Mercadorias da Substituição Tributária.

Informa que os itens 10 e 32 do anexo 88 do Decreto nº 6.284/97 do RICMS referem-se aos Produtos comestíveis resultantes do abate de aves, gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210.

Reitera que para o enquadramento do produto na substituição tributária, o produto deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente. A NCM do produto “peito de peru defumado” é 16023100, “presunto e jamon serrano” é 16024900, enquanto que o produto “lombo canadense” é 16010000. Ademais, os referidos produtos são preparações industrializadas de carnes, conforme as disposições atinentes à posição 16 da NCM e, portanto, não estão enquadrados na substituição tributária deste estado.

- Castanha de Caju - Mercadoria da Substituição Tributária.

O item 38 do Anexo I do RICMS/2012 enquadra na substituição tributária os Salgados Industrializados com as NCM: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19. O produto “Castanha de Caju” possui NCM 08013200 “Cocos, castanha do Pará e castanha de caju, frescos ou secos,

mesmo sem casca ou pelados - Castanha de caju: Sem casca”, devendo ser escriturado como um produto de tributação normal.

- Mistura para Bolos- Mercadoria da Substituição Tributária.

O item 26 do Anexo I do RICMS/2012 diz que: “Estão enquadrados na substituição tributária: Mistura de farinha de trigo – 1901.2 (não se aplica a ST p/ mistura para bolo)”.

- Canjiquinha YOKI – Produto Isento.

Diz que o referido produto não se enquadra na isenção prevista no art. 265, II, letra “d” do RICMS/2012, pois, a matéria prima “*farinha de milho*” passou por um processo de industrialização, dando origem a um novo produto com tributação normal.

- Mousse Chocolate Cart Dor - Mercadoria da Substituição Tributária.

O referido produto é uma sobremesa e não se enquadra como produto da substituição tributária previsto no Item 11, Anexo I do RICMS 2012. As notas fiscais nº 42429, 47083 e 49427, emitidas pelo fornecedor Unilever Brasil Ltda. comprovam o destaque do imposto.

Sobre a exclusão de parcela do ICMS cobradas nas vendas para fora do estado, código “6102”, das mercadorias: “Batata em Flocos Nutricional”; “Óleo de Girassol”; “Leite em Pó Nutricional” e “Leite em Pó Integral Tio Jorge” sob o argumento de que foram feitos em conformidade com o Art. 55 do RICMS/2012, diz que o autuado apresenta cópias de NF-e interestaduais de aquisições das mercadorias, emitidas pelo fornecedor “Tangará Importadora e Exportadora S/A” e notas de aquisições internas emitidas pela empresa “Bunge Alimentos S/A”.

Diz que verificou todos os documentos fiscais apresentados, contudo, as notas fiscais que foram autuadas e devem ser analisadas são as referentes às saídas interestaduais de mercadorias do estabelecimento do autuado.

Explica que o Art. 55-A do RICMS/2012 determina que “Nas operações interestaduais realizadas com a aplicação da alíquota de 4% (quatro por cento), por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, deverão ser prestadas no documento fiscal as informações exigidas no Convênio ICMS 38/13”.

Aduz que ao analisar as NF-e de saídas interestaduais emitidas pelo autuado referentes aos produtos informados, constatou-se que a empresa autuada não cumpriu a exigência prevista na Cláusula sétima do Convênio 38/13, ou seja, não informou o número da FCI contido no documento fiscal relativo à operação anterior, impossibilitando o controle do Fisco.

Assim, não acata os argumentos defensivos apresentados. Mantém a infração 01.

Com relação à infração 02, diz que analisou os argumentos defensivos e acatou parcialmente as alegações. Refez os cálculos, conforme o ANEXO I.

Diz ainda que os documentos fiscais nº 1198; 253972 e 167532 foram mantidos no cálculo da infração, tendo em vista que as Nfe foram autorizadas, e o autuado não comprovou o cancelamento das referidas notas fiscais.

As notas fiscais nº 63935; 63228 e 38132 não estão incluídas no cálculo da antecipação tributária 2012. Diz que anexou a esta informação fiscal, cópias das notas fiscais nº 300732; 300744 e 167532 que o autuado não lançou em sua escrita fiscal, entretanto comprovam que as mercadorias foram destinadas à empresa.

Reduz a exigência para R\$409.912,91, sendo R\$141.035,31 (2012) e R\$ 268.877,60 (2013).

No que refere à infração 03, informa que após verificar os documentos apresentados pelo autuado em sua peça defensiva, constatou-se que houve distorções no levantamento quantitativo do estoque, em razão da mudança de codificação das mercadorias no período. Foram refeitos os

cálculos agrupando os novos e antigos códigos e considerando o período de janeiro a março de 2012 para as mercadorias autuadas.

As notas fiscais nº 30316; 324972 e 355553 não foram localizadas nos arquivos do contribuinte e não constam do levantamento quantitativo do estoque. Foram acatadas as argumentações do autuado para o exercício de 2013.

Após as correções devidas, a infração 03 ficou reduzida para o montante de R\$2.077,10, sendo o valor de R\$939,11 (2012) e R\$1.137,99 (2013), conforme ANEXO II.

Informa que anexou um CD contendo os relatórios gerados nesta infração. Pede julgamento procedente a infração 01 no valor de R\$132.948,36 e parcialmente procedentes as infrações 02 e 03, respectivamente, nos valores de R\$409.912,91 e R\$2.077,10.

O autuado volta a se manifestar (fls. 412/415). Argumenta que houve prejuízo ao seu direito de defesa e ao contraditório, nos levantamentos efetuados, em face aos elementos probatórios apresentados. Pede sua reconsideração.

Reitera que observou os preceitos legais e cumpriu o que determina o parágrafo 1º do art. 301 do Decreto nº 13.780/12: *“Em substituição ao procedimento recomendado no caput, poderá o contribuinte utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS”*.

Insiste que descabe qualquer cobrança de ICMS em relação à folha de louro, mercadoria isenta (convênio 44/75); faz referências ao Convênio ICM 24/85, que inclui na isenção as saídas de *broto de bambu, broto de feijão, broto de samambaia, cacateira, cambuquira, gobo, hortelã, mostarda, repolho chinês e demais folhas utilizadas na alimentação humana*, efeitos a partir de 19/07/85.

Diz que ainda o Convênio ICMS 17/93 substituiu a relação dos produtos incluídos na isenção pelo Convênio 24/85 para *“brotos de vegetais, cacateira, cambuquira, gobo, hortelã, mostarda, repolho chinês e demais folhas usadas na alimentação humana”*, efeitos a partir de 25/05/93.

Não cabe qualquer cobrança de ICMS. Acusa a fiscalização de relacionar itens que estão sujeitos ao regime de substituição tributária, como sendo tributáveis.

Diz que tais itens estão apontados no Anexo 1 do Decreto nº 13.780/2012 – Regulamento ICMS.

COBERTURA CHOCOLATE MARGIM NESTLÉ EMBALAGEM COM 2,3 KG NCM 1704.90.10

NESCAU E ACHOCOLATADOS EM PÓ NCM 1806.9, Embalagens superiores a 1 Kg

Insiste na exclusão de tais itens do auto de infração porque tanto o Fornecedor Nestlé como a SOST, consideraram essas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em conformidade com o item 11, do anexo 1, do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS) - outras preparações de confeitaria.

Refazendo a tributação constatou a seguinte situação:

A) No item 8 do anexo 88 regulamento de 1997, chocolate e ovos de páscoa, desde que industrializados já eram mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com efeitos a partir de 01/01/2009, conforme Decreto 11.289, de 30/10/2008.

B) A redação originária, com efeitos até 31/07/2012, cujo texto era: “chocolate e ovos de páscoa, desde que industrializados - 1806.3, 1806,9 e 1704.90.1”

C) Através Decreto nº 14.073, de 30/07/12, com efeitos a partir de 01/08/2012, passamos a ter o seguinte texto: “chocolate em barras, blocos,tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons e outras preparações de confeitaria, recheados ou não 18.06.3, 18.06.9 e 17.04.90.1”

D) Em 2013, 2014 e 2015, prevalecia a mesma interpretação, conforme item anterior;

E) Somente a partir de 10/03/2016, através da alteração procedida pelo Decreto 16.499, de 23/12/2015, essa mercadoria deixou de pertencer ao regime de Substituição tributária

PEITO DE PERU DEFUMADO, PRESUNTO CRU, JAMON SERRANO, LOMBO CANADENSE

Mercadorias acima foram tributadas conforme norma tributária vigente na época. Os itens 10 e 32 do anexo 88 do decreto 6.284/97 (RICMS/97) não fazia alusão a nenhum e a interpretação foi condizente com o enunciado do texto vigente na época.

CASTANHA DE CAJU

Insiste que Castanha de Caju, torrada e com emprego de sal na sua industrialização, em sachê de 50 gramas, trata-se de um produto sujeito ao regime de substituição tributária por se tratar de um salgado industrializado, com NCM 2008.19.00. A castanha classificada com NCM 0801.32.00 é um produto fresco ou seco, com ou sem casca, utilizada geralmente para fins culinários.

MOUSSE CHOCOLATE CART DOR – NCM 1806.90.90

Afirma que essa mercadoria se trata de artigo de preparação em confeitaria. É uma composição que contém *açúcar, cacau, óleo hidrogenado de coco, leite condensado, proteína de leite, palmiste, gelatina, xarope de glicose de milho, proteína de leite, sal, emulsificantes ésteres de mono e diglicerídeos de ácido graxos com ácido acético, aromatizantes, corantes, estabilizante difosfato tetrassódico e espessante carregena.*

É utilizado, pelas confeitarias, na preparação de diversos tipos de sobremesas, porém, para se efetivar a concretização de sobremesa há necessidade de se juntar leite gelado e chantilly. Contudo, é bastante utilizado pelas confeitarias, também para o preparo de tortas ou recheios de bolos. Devido ao equívoco do ilustre Fiscal, solicita a exclusão deste item do auto de infração.

Pede que sejam refeitos os levantamentos com a exclusão dos referidos produtos, para que ao fim seja concedido novo prazo para que esta defesa se manifeste. NFS 300732, 300744 e 167532

Solicita a exclusão de tais notas fiscais, uma vez que não existem notas fiscais de entradas, sem registro na escrita fiscal do contribuinte.

Para fins de prova, anexa aos autos:

01 - Traslado da Nota Fiscal de nº 167769, datada de 28/11/2013, emissão do Fornecedor Agro Industrial Parati Ltda., comprovando o retorno da mercadoria faturada indevidamente através da Nota Fiscal de nº 167532, conforme anexo página 6.

02 – Traslado da Nota Fiscal de nº 300.732, emissão da Nestlé Brasil Ltda., acompanhada de Documentação Digital, NF-e 27305, comprovando a Devolução da Venda alusiva a essa Nota fiscal, conforme anexos páginas 7 a 10.

03 – Traslado da Nota Fiscal de nº 300.744, emissão da Nestlé Brasil Ltda., acompanhada de Documentação Digital, NF-e 27306, comprovando a Devolução da Venda alusiva a essa Nota Fiscal, conforme anexos páginas 11 a 14.

Com relação à infração 02, pede a exclusão das notas fiscais relacionadas no relatório de fls. 385 e 386, tendo em vista que considerando que a SOST tinha saldo credor de ICMS na Apuração do ICMS, conforme atesta o recibo de entrega de Escrituração Fiscal Digital, fl. nº 15, a Antecipação Total, código 1145, foi paga através débito, inserido no Livro de Registro de Apuração do ICMS, no valor total devido e representando R\$29.504,28 (fl. 16), além da planilha demonstrando todas as Notas Fiscais do mês de Dezembro/2012 e implicou R\$29.504,28 (fls. 17 a 20).

No que refere à infração 03, diz que com a redução desta Infração de R\$ 35.904,16 para R\$2.077,10 representando pequeno valor e por espelhar uma circunstância meramente eventual do autuado, optou por reconhecer esta infração, sem apresentar impugnação específica.

Pede a improcedência do Auto de Infração; o direito de fazer outras provas; perícia técnica, prova testemunhal, etc.

Nova Informação Fiscal (fls. 435/438). Explica que na infração 01 houve vendas de mercadorias da ST para fora do estado - CFOP 6403. Diz que o art. 301 do decreto 13.780/12 orienta o contribuinte a proceder da seguinte forma:

- utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS; ou

II- estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento fiscal, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS.

Explica que o autuado efetuou a venda de mercadorias para outro estado sem o destaque do imposto, o que é vedado pela legislação do ICMS/BA.

Com relação à Folha de louro – Mercadoria Isenta, diz que o Parecer DITRI/SEFAZ nº 13670/2009 esclarece a dúvida quanto ao produto folha de louro:

“ICMS. A outorga de isenção carece de indicação expressa na legislação tributária.

Interpretação literal, ao teor do art. 111 do CTN.

A consulente, contribuinte acima qualificado, com atividade de comércio atacadista de mercadorias não especificadas, dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, indagando sobre a tributação dos produtos que revende.

Os produtos discriminados são: "folha de louro, folha de boldo, flor de camomila, semente de funcho, erva doce, manjerição em folha triturado, orégano, alecrim, semente de gergelim, noz moscada, semente de mostarda, semente de linhaça, semente de girassol, semente painço para alimentação de pássaros, ração granulada e semente de alpiste, cravo e canela".

Justifica a consulta sobre a tributação dos produtos com o fato de os artigos de isenção do Regulamento do ICMS não contemplarem todos os produtos, indagando, finalmente: Esses produtos são isentos, mesmo não discriminados no Regulamento do ICMS?

RESPOSTA:

A indagação básica do contribuinte é se algum produto pode estar isento do ICMS sem estar discriminado na legislação básica do imposto. Para esta indagação, a resposta é negativa.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 111, determina ser literal a interpretação da legislação que outorga isenção.

As hipóteses de isenção devem constar na legislação do imposto, devendo, portanto, estar transcrita no Regulamento do ICMS e, havendo qualquer condição, esta deve ser rigorosamente atendida.

Contudo, independentemente da resposta acima, mas a título apenas de esclarecimento, merece comentário, ainda, a relação dos produtos discriminados pelo contribuinte como passíveis de isenção. Tais produtos, se isentos, poderiam estar incluídos nos artigos 14, I, e 20 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97.

Vejamos as condições estabelecidas nos referidos artigos. Inicialmente, analisemos o art. 14 do RICMS, abaixo transcrito: "Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais: I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, os seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05):

a) produtos hortícolas:"

Os diversos itens da alínea "a" (produtos hortícolas) identificam os produtos que, uma vez atendidas as condições estabelecidas no "caput" do artigo e no seu inciso I, estão abrigados pela isenção.

Assim sendo, a isenção abriga a saída, internas e interestaduais, dos produtos hortícolas, em estado natural, resfriado ou congelado, que não se destine à industrialização. Os produtos que passam por processo de desidratação ou ressecamento, por exemplo, como parece ser a grande maioria dos produtos elencados pelo contribuinte, mesmo se incluídos expressamente em um dos itens da alínea "a" acima transcrita, estarão fora da isenção porque não atenderem a condição de estar em estado natural, resfriado ou congelado.”.

- Cobertura de Chocolate, NESCAU e Achocolatados em Pó.

Transcreve também o Parecer DITRI/SEFAZ Nº 23324/2012, que esclarece a dúvida quanto à Tributação dos referidos produtos:

“ICMS. Balões para decoração de festa; achocolatados e salgados industrializados. Tais mercadorias não estão sob o alcance do regime da substituição tributária. Anexo 1 do RICMSBA/2012.

A Consulente inscrita no CAD-ICMS na condição de microempresa, optante pelo regime do Simples Nacional e cuja atividade é o comércio varejista de produtos não especificados anteriormente (código 4789099), encaminha o presente processo de Consulta a esta Administração Tributária, nos termos do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, apresentando as seguintes indagações:

2) Os achocolatados em pó NCM 1806.90.00 estão sujeitos à Substituição Tributária?

RESPOSTA

Inicialmente, deve ser ressaltado que para o enquadramento de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária, deve ser considerada sua descrição, na legislação própria, juntamente com sua classificação fiscal correspondente na NCM.

Assim, caso a NCM esteja indicada na norma, mas a descrição do produto não corresponda ao que está escrito no dispositivo legal, não se aplica a substituição tributária. Dê-se o devido destaque ao fato de que a análise deve ser feita considerando-se a classificação fiscal que consta na respectiva Nota Fiscal.

Embora conste no item 11 do Anexo 1 do RICMS-Ba/2012, com a descrição "*Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1*", é entendimento desta Administração Tributária que os produtos resultantes de uma preparação contendo chocolate, constantes da NCM 1806.9, cuja descrição exemplificativa é "*Achocolatados, assim entendidos os produtos à base de chocolate, em pó ou em grânulos, destinados à mistura com água ou leite*", não estão enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação”.

Para o Peito de Peru Defumado, Presunto, Jamon Serrano e Lombo Canadense, além do Mousse Chocolate Cart Dor, diz que os esclarecimentos já foram prestados na Informação Fiscal (fls.376 a 379).

Castanha de Caju. Conforme pode ser verificado no CD Autenticado anexo a este PAF e entregue cópia ao contribuinte, a NCM das mercadorias informadas nas notas fiscais autuadas é 08013200, portanto, não são produtos enquadrados como "*Salgados Industrializados*", constante da Substituição Tributária. A NCM 08013200 possui tributação normal.

Com relação à Infração 02, diz que ao analisar os documentos que comprovam a devolução das mercadorias, exclui as notas fiscais NFS 300732, 300744 e 167532

Sobre a Substituição Tributária, no período de dezembro/2012, explica que, após verificar a documentação apresentada pelo autuado, constatou a procedência dos argumentos apresentados e decidimos excluir o período de dezembro/2012 da Infração 02.

Desta forma, a Infração 02 fica retificada para o R\$398.205,70, conforme tabela que apresenta:

ANO MÊS VL ICMS DEVIDO (R\$)

| | |
|---------|------------|
| 2012 10 | 79.017,58 |
| 2012 11 | 52.598,61 |
| 2013 06 | 11.839,21 |
| 2013 08 | 434,27 |
| 2013 10 | 193.208,03 |
| 2013 11 | 11.257,85 |
| 2013 12 | 49.850,15 |
| TOTAL | 398.205,70 |

Com relação à infração 03, diz que o autuado reconheceu os valores apresentados na Informação Fiscal (fls. 376 a 379).

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das três infrações descrita e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

O autuado suscita, preliminarmente, cerceamento do seu direito de defesa, além de revisão fiscal a ser feita por fiscal estranho ao feito para reexaminar o trabalho e concluir por sua improcedência.

O presente 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. Não há, em absoluto, qualquer cerceamento aos direitos do contribuinte autuado, considerando que todo o procedimento fiscal foi manejado de forma a oportunizá-lo na implementação das suas razões, com os elementos de que dispunha, em defesa das suas teses, em vários momentos processuais, porque também o Auditor Fiscal, responsável pelo feito, prestou nova informação fiscal a cada nova intervenção defensiva, integralizando a dialética do contraditório e o devido processo legal.

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 recolhido ICMS a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas. Valor da exigência R\$132.948,36.

Nas razões, o sujeito passivo alega a improcedência da autuação, argumentando que o fiscal desprezou o tratamento para as mercadorias vendidas para fora do Estado com CFOP 6.403. Considerando as disposições dos artigos 301 e 302, do Decreto 13.280/12, do RICMS do Estado da Bahia, uma vez que em tais situações, não haverá recolhimento de ICMS para o Estado da Bahia, considerando que o imposto já foi pago anteriormente.

Questionou ainda a exclusão de várias mercadorias, porque beneficiadas pela isenção ou porque sujeitas ao pagamento antecipado, no regime da substituição tributária.

O Auditor, na Informação Fiscal, contesta as alegações defensivas, contra argumentando que nas operações interestaduais com mercadorias que já tenham sido objeto de retenção do ICMS, o remetente deveria destacar o imposto no documento fiscal, conforme orientação nos aludidos dispositivos regulamentar (artigos 301, 302 e 303 do RICMS/2012).

Não admite igualmente as exclusões solicitadas, socorrendo-se de Pareceres da Gerência de Tributação da Fazenda Estadual. Mantém a autuação.

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativos sintético e analítico (primeira e última página) que amparam a exigência, acostando-os aos autos, às fls. 14/20. Além do demonstrativo em sua integralidade em mídia CD (fl. 11), recebida pelo autuado, conforme recibo (fl. 10).

As diversas operações de saída de mercadorias com a aplicação das alíquotas pertinentes, em cada caso, além da redução da base de cálculo, prevista no Decreto 7.799/00 foram consignadas no relatório fiscal retro aludido.

Não tem razão o autuado com relação às operações de venda de mercadorias adquiridas de terceiros, na condição de contribuinte substituto, nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, classificadas no código 6.403. De fato, nessa situação, não haverá novo recolhimento de ICMS para o Estado, em relação às mesmas mercadorias, considerando que o que o imposto já fora pago anteriormente. No entanto, é necessário que o contribuinte observe o correto procedimento descrito no Regulamento do ICMS - Decreto nº 13.780/12, para que reste claro o tratamento tributário adotado e a lisura do conjunto dessas operações.

Dessa forma, nas operações interestaduais para estado signatário de convênio ou protocolo, se as mercadorias já tiverem sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, a fim de que não se configure duplicidade de pagamento do tributo (art. 301), o remetente utilizará como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mesmas mercadorias (I) e emitirá outra nota fiscal, em nome do respectivo fornecedor para com valor e para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, sem qualquer indicação no campo destaque do imposto (II).

Nas operações interestaduais de tais mercadorias, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de destino dispondo sobre a substituição tributária para a mesma espécie de mercadoria (art. 302), o contribuinte poderá utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado (I) ou estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento fiscal, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS (II).

Portanto, em quaisquer das situações, não poderia o sujeito passivo efetuar operações de saídas interestaduais de mercadorias que já foram objeto de retenção ou antecipação do imposto, sem destaque do imposto, o que ocorreu no presente caso, corretamente registrado pela fiscalização; mesmo a opção de estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento, por óbvio que será posterior à nota fiscal emitida regularmente.

Com relação à correta tributação das mercadorias questionadas na defesa, temos o seguinte:

- Folha de Louro - diz o autuado que a mercadoria é isenta, nos termos do artigo 14, I, letra “b” do item 5 do RICMS (Dec. nº 6.284/97) – folhas usadas na alimentação humana e funcho.

A legislação do Estado da Bahia conceder isenção para os produtos hortifrutigranjeiros em estado natural, ou seja, sem que sofra qualquer processo de industrialização. A tabela do IPI estabelece que esses produtos são considerados industrializados nas seguintes condições: secos, mesmo cortados em pedaços ou fatias, ou ainda triturados ou em pó, mas sem qualquer outro preparo.

Portanto, os produtos em apreço, a forma em que são postos à venda e mesmo o seu acondicionamento, resta patente que se trata de produto industrializado. Sofre um processo de

beneficiamento (secagem) além da embalagem, a fim de que seja aperfeiçoado para o consumo. Folha de louro, assim, não é um produto isento.

- Cobertura Nestlé de Marfim embalagem de 2,3 Kg, NCMS 1704.90.1, 1806.3 ou 1806.9, alega que se trata de outras preparações de confeitaria e estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme item 11 do Anexo 1, vigor ano de 2012. Anexa cópias das Notas Fiscais de nºs 175825, 181111, 195241 e 198878 (anexos de nºs 12 a 15), emitidas pela Nestlé, aduzindo o pagamento de ICMS por substituição tributária, razão pela qual nas saídas foram classificadas com CFOP 5403.

Novamente, o direito não assiste ao autuado. O produto constante do item 11, Anexo I do RICMS/2012, sujeito à substituição tributária interna estava assim descrito: "*Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados – 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1*", efeitos de 01/04/12 a 31/07/12. A redação atual foi dada pelo Decreto nº 14.073, efeitos a partir de 01/08/12: "*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 cobertura Nestlé Marfim 2,3 kg, por sua vez, é indicada para o preparo de trufas, bombons e ovos de páscoa, bem como decorações e acabamento de confeitados. O produto é elaborado com manteiga de cacau e leite. Manteiga de cacau não é cacau. Mas, uma gordura comestível natural da semente de cacau e tem apenas um leve sabor e aroma de cacau. Os produtos que a legislação do Estado da Bahia elencou como sujeitas à Substituição Tributária estão classificadas nas NCM,s 1806.3, 1806.9 (preparações alimentícias com cacau) e 1704.90 (preparações com chocolate branco);

Para que determinado produto possa ser fielmente identificado como sujeito ao regime da substituição tributária é necessário que haja coincidência entre as características das mercadorias comercializadas e as descritas no item correlato, ou seja, deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente da substituição tributária

Ademais, os chocolates e outras preparações alimentícia em bloco ou em barra de peso superior a 2 kg. estão classificados com NCM 1806.2, segundo a Tabela de Incidência do IPI (TIPI), que não consta no rol de mercadorias do item 11, Anexo 1 do RICMS 2012

A cobertura Nestlé Marfim 2,3 kg deve ser corretamente classificada na NCM 2106.9090 - preparações alimentícias diversas e não está incluída entre as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, no âmbito interno.

- Peito de Peru Defumado recebe classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM 1602.3100, *preparação de carne, outras preparações e conservações de carnes*. 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*.

Eis a classificação das carnes e miudezas comestíveis (conforme e tabela TIPI) resultantes do abate de animais, incluídas no regime da substituição tributária, na legislação da Bahia:

- carne bovina fresca ou refrigerada - 0201
- carne bovina congelada - 0202
- carne suína fresca, refrigerada ou congelada - 0203
- carne ovina, caprina, fresca, refrigerada ou congelada - 0204
- carne ovina, cavalgar, asinina, muar, fresca, refrigerada ou congelada - 0205
- miudezas de todas essas carnes - 0206
- carnes e miudezas, comestíveis, fresca, refrigerada e congelada de aves - 0207
- toucinho, gorduras de porco e de aves - 0209
- carnes e miudezas, comestíveis, salgada ou em salmoura, seca, defumada ou temperada - 0210

Mesmo na posição 0210, onde a legislação baiana incluiu *defumados* (item 9, inc. II do art. 353 do RICMS/97 e Anexo 1 - RICMS-12), não se poderia acomodar o *"peito de peru defumado"*, que é produto das indústrias alimentares (Seção IV da TIPI), vendido, inclusive, já cozido, o que afasta a idéia de enquadrá-lo como *"carne resultante do abate de aves"*

- Presunto de Parma Jamom Serrano. Trata-se de um produto curado com sal, submetido à secagem, uma massa de gordura, farinha, arroz e pimenta para não passar do ponto; ao fim do período normal de secagem, o presunto é testado com um pequeno osso oco de cavalo. Tais processos permitem enquadrá-lo como produto classificados com NCM 0210.19.00 e sujeito ao regime de substituição tributária, conforme item 34 do Anexo 1 do Regulamento ICMS de 2012.

- Castanha Caju Iracema, sachê de 50 gramas. Preparação de produtos hortícolas. Frutas de casca rija. NCM 2008.19.00. Produto sujeito ao regime de substituição tributária (Anexo 1 - Decreto nº 13780/12, item 38) - "salgados industrializados NCM,s nºs 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19.

- Cobertura para Sorvete Gold Mix Chocolate 1,3 KG - O produto é uma cobertura concentrada utilizado como agente de textura voltado para gelatos comestíveis, sorvetes e picolés e contém açúcar, cacau em pó, xarope de glicose, aroma, corante natural, conservador e água. O Capítulo 18 da TIPI refere-se ao cacau propriamente dito (incluídas as sementes), sob quaisquer formas, e a manteiga, gordura e óleo, de cacau e, ainda, as preparações alimentícias contendo cacau em qualquer proporção...". Portanto as coberturas de chocolate que possuem cacau na composição enquadram-se pelo NCM: 1806.90.00 de acordo com posição da tabela TIPI:

Já vimos que o produto constante do item 11, Anexo I do RICMS/2012, sujeito à substituição tributária interna estava assim descrito: "*Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados – 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1*", efeitos de 01/04/12 a 31/07/12. A redação atual foi dada pelo Decreto nº 14.073, efeitos a partir de 01/08/12: "*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*

No caso, a Cobertura para Sorvete Gold Mix Chocolate 1,3 KG classificada na NCM 1806.9090 está incluída entre as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, no âmbito interno.

- Lombo Canadense Saudali. Não se trata de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (item 10 do anexo 88, Decreto nº 6.284/97), como quer o autuado. O Lombo canadense é produto das indústrias alimentares (Seção IV da TIPI), NCM 1601.000, não sendo possível enquadrá-lo como *"carne resultante do abate de aves"*

- Nescau e demais achocolatados em pó. Embora estejam classificados na NCM 1806.9, os produtos resultantes de uma preparação contendo chocolate, com descrição exemplificativa de "Achocolatados" não estão enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. Em contrário, a tributação é normal.

- Mistura para bolos - Mercadoria da Substituição Tributária. O próprio item 26 do Anexo I do RICMS/2012 diz textualmente que o dispositivo se aplica à "*mistura de farinha de trigo - 1901.2* (não se aplica a ST p/ mistura para bolo)".

- Canjiquinha YOKI – Produto Isento. O referido produto não se enquadra na isenção prevista no art. 265, II, letra "d" do RICMS/2012. Trata-se, pois, de um produto industrializado e de tributação normal.

- Mousse Chocolate Cart Dor - Mercadoria fora da Substituição Tributária e com tributação normal.

Sobre as operações de vendas interestaduais (CFOP 6102) das mercadorias: "*Batata em Flocos Nutricional*"; "*Óleo de Girassol*"; "*Leite em Pó Nutricional*" e "*Leite em Pó Integral Tio Jorge*", na forma do art. 55 do RICMS/2012 (aplicação da alíquota de 4%, por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012), o contribuinte autuado deveria adotar as providências contidas no Convênio ICMS 38/13, que exige que sejam informados na Nota

Fiscal o número da FCI - Ficha de Conteúdo de Importação e o percentual do conteúdo de importação, permitindo o controle fiscal da operação e aplicação da alíquota diferenciada.

Dessa forma, estão incluídos na substituição tributária interna e, portanto, o autuado laborou com acerto, porquanto encerrada a fase de tributação, devendo ser excluídos da exigência fiscal, os valores correspondentes aos produtos "*presunto de Parma Jamom Serrano*", "*castanha de caju Iracema*" e "*cobertura para Sorvete Gold Mix Chocolate*".

Diante do exposto, a infração 01 fica reduzida de R\$132.948,36 para R\$106.209,00, conforme demonstrativo abaixo descrito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 1

| D.OCORR. | VLR. LANÇADO | ITENS P/EXCLUSÃO | | | VLR. REMANESC. |
|--------------|-------------------|---------------------------|-----------------|--------------------------|-------------------|
| | | PRES. PARMA/JAMON SERRANO | CAST. CAJÚ | COB. SORV. GOLD MIX CHOC | |
| JAN/2012 | 4.512,34 | 0,00 | -37,50 | -69,00 | 4.405,84 |
| FEV/2012 | 3.783,94 | 0,00 | 0,00 | -87,56 | 3.696,38 |
| MAR/2012 | 4.751,11 | 0,00 | 0,00 | -39,05 | 4.712,06 |
| ABR/2012 | 1.451,99 | 0,00 | 0,00 | -130,68 | 1.321,31 |
| MAI/2012 | 2.319,16 | 0,00 | 0,00 | -35,50 | 2.285,66 |
| JUN/2012 | 1.635,87 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 1.635,87 |
| JUL/2012 | 1.933,28 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 1.933,28 |
| AGO/2012 | 1.335,86 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 1.335,86 |
| SET/2012 | 1.603,52 | -48,66 | 0,00 | -23,67 | 1.531,19 |
| OUT/2012 | 837,88 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 837,88 |
| NOV/2012 | 1.880,95 | -290,28 | 0,00 | 0,00 | 1.590,67 |
| DEZ/2012 | 7.618,31 | -2.874,10 | 0,00 | 0,00 | 4.744,21 |
| JAN/2013 | 9.456,80 | -3.437,27 | -153,00 | 0,00 | 5.866,53 |
| FEV/2013 | 8.807,30 | -2.529,56 | -150,45 | 0,00 | 6.127,29 |
| MAR/2013 | 8.269,64 | -2.267,72 | 0,00 | 0,00 | 6.001,92 |
| ABR/2013 | 6.623,31 | -6.044,58 | 0,00 | 0,00 | 578,73 |
| MAI/2013 | 17.008,46 | -1.822,16 | 0,00 | 0,00 | 15.186,30 |
| JUN/2013 | 1.816,44 | -230,85 | 0,00 | 0,00 | 1.585,59 |
| JUL/2013 | 18.935,80 | -2.301,38 | 0,00 | 0,00 | 16.634,42 |
| AGO/2013 | 20.812,22 | -2.226,45 | 0,00 | 0,00 | 18.585,77 |
| SET/2013 | 4.219,76 | -1.961,94 | 0,00 | 0,00 | 2.257,82 |
| OUT/2013 | 913,95 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 913,95 |
| NOV/2013 | 1.616,42 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 1.616,42 |
| DEZ/2013 | 824,05 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 824,05 |
| TOTAL | 132.968,36 | -26.034,95 | - 340,95 | - 385,46 | 106.209,00 |

A segunda infração acusa o autuado de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o total de R\$529.392,74.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativos que amparam a exigência, acostou-os aos autos (fls.22/27), além da mídia CD (fl. 11) contendo a totalidade dos relatórios fiscais, entregue ao contribuinte, conforme recibo (fl.12),

Discriminou as diversas operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, calculo de respectivos valores da antecipação do ICMS, confronto com os valores efetivamente recolhido, em cada período de apuração, e indicação do pagamento a menor de ICMS-ST.

Nas razões, alega o autuado que palmito tem tributação normal; que a valor do ICMS-ST já veio destacado na própria nota fiscal nº 122382, da Arbor Brasil; que houve cobrança de MVA equivocada nas notas fiscais nºs 243760 e 258264; cobrança de ICMS-ST de notas fiscais canceladas (anexos nºs 37 a 53); revisão nos valores da base de cálculo do produto "*garrafa seleta 670 ml*"; da tributação do charque e a exclusão da exigência em relação às notas fiscais de nºs 62093,60512 e

80830; da exigência em face a produto "new choco diet Lowcucar"; exclusão dos valores pagos com GNRE,s (anexos 54 a 59).

Constatou que a fiscalização acatou parcialmente as alegações defensivas, foram procedidos os devidos ajustes, cujas provas foram anexadas ao PAF pelo contribuinte autuado. Excluídas as notas fiscais de devolução nºs 300732, 300744 e 167532; exclusão do período de dezembro/2012; mantidas, com acerto, as notas fiscais que o autuado alegou que foram canceladas, mas que se encontram na condição de "autorizada" no Portal de Notas Fiscais Eletrônicas.

A exigência, assim, fica reduzida de R\$529.392,74 para o R\$398.205,70, conforme demonstrativo sintético contido na Informação Fiscal (fls.437) e demonstrativo analítico em mídia CD (fl. 439).

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, no valor de R\$398.205,70.

A infração 03 exige a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais e lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2012 e 2013 e valor total de R\$35.904,18.

Verifico que o direito assiste ao autuado com relação às distorções causadas na apuração das omissões dos seus estoques, em face a alteração na codificação e dígitos das mercadorias, o que não foi corretamente observado, durante o procedimento fiscal que implicou o aludido levantamento quantitativo de estoque.

O autuado apresentou os extratos analíticos dos novos códigos das mercadorias; o Auditor Fiscal refez os cálculos com a nova codificação, alterando a exigência inicial de R\$15.631,66 para R\$939,11 (2012) e de R\$20.272,52 para R\$1.137,99 (2013), conforme Anexo II (fls. 402/406).

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, no valor de R\$2.077,10.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **293872.0008/16-1** lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$506.491,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 504.414,70 e 100%, sobre R\$2.077,10, previstas nos incisos II, alíneas "a" e "d", e III, da Lei nº 7.04/96, 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 junho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR