

A. I. Nº - 298942.3002/16-3
AUTUADO - PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNAPÓLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-05/17

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DE SEUS VALORES. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS E EQUIPAMENTOS EMISSORES DE CUPONS FISCAIS (ECF). RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infrações parcialmente elididas. Exclusão de parte das operações com produtos que foram objeto de retenção, pelo regime da substituição tributária, de responsabilidade do fornecedor dos produtos ou cujo pagamento se deu por antecipação na etapa de aquisição das mercadorias. Erro na quantificação do imposto exigido em relação aos produtos álcool líquido e álcool gel. Nulidade decretada de ofício em relação a essa parte da exigência fiscal. Mantidas as demais ocorrências. Reconhecida pelo contribuinte a procedência das parcelas remanescentes relacionadas a essas exigências fiscais. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações reconhecidas pelo contribuinte; c) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Item excluído da autuação na fase de informação fiscal. Comprovado documentalmente que o contribuinte escriturou o crédito fiscal em conformidade com as disposições da legislação de regência do imposto. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais próprios. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Em relação às parcelas reconhecidas o contribuinte procedeu ao pagamento do imposto. Remessa dos autos para homologação dos valores já recolhidos pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 20/12/2016 para exigência de ICMS no valor principal de R\$47.866,38, acrescido de multas, contendo as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Valor exigido: R\$829,50. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor exigido: R\$952,62. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos(s) documento(s) fiscal(is). Valor exigido: R\$6.856,73. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 04 – Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas no(s) Livro(s) fiscais próprios. Valor exigido: R\$798,35. Multa: 100%.

INFRAÇÃO 05 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente inscritas. Valor exigido: R\$28.191,00. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 06 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$579,94. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 07 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$9.658,24. Multa: 60%.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 26/12/2016, através de intimação pessoal, e ingressou com defesa administrativa protocolada em 23/02/2017, subscrita por sócio gerente.

De plano, reconheceu a procedência integral das infrações 1, 2, 4, 6. Impugnou a totalidade da infração 3 e parte dos créditos reclamados nas infrações 5 e 7. No tocante às parcelas reconhecidas procedeu ao pagamento do imposto reclamado no importe principal de R\$26.921,23, conforme comprova o documento de arrecadação anexado às fls. 151/152 e relatórios extraídos do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, juntados às fls. 287 a 291 deste PAF.

A defesa impugna, portanto, as infrações 3, 5, e 7, as duas últimas, parcialmente, totalizando a cifra de R\$20.945,15 e anexa na peça defensiva, cópia de notas fiscais, extratos de pagamentos referentes a impostos apurados por substituição tributária, cópias de Livro de Registro de Entradas e cópia da página do SPED Fiscal da empresa (doc. fls. 153 a 274).

Na infração 03 a defendente afirma que apesar da nota fiscal nº 104.937 apresentar o valor do crédito de ICMS errado em seu destaque, não fez uso na escrita desse valor, mas da quantia que lhe era permitida pela legislação. O valor total da referida nota fiscal é de R\$3.805,08 (três mil e oitocentos e cinco reais e oito centavos), a base de cálculo é R\$568,08 (quinhentos e sessenta e oito reais e oito centavos) e o ICMS destacado (erroneamente) na nota foi de R\$6.953,30 (seis mil novecentos e cinquenta e três reais e trinta centavos), mas na escrituração da nota, no Livro de Registro de Entradas, a empresa só se creditou de R\$96,57 (noventa e seis reais e cinquenta e sete centavos).

Declarou que uso correto do valor do ICMS pode ser conferido no Livro de Registro de Entradas (cópia em anexo) e no SPED fiscal da empresa do mês de maio de 2015, Registro C100 – Entrada – Nota Fiscal Eletrônica (em anexo *print screen* da página).

Na infração 05 o autuado reconhece parte do débito no valor de R\$15.169,62 (quinze mil, cento e sessenta e nove reais e sessenta e dois centavos), mas discorda de alguns produtos alocados nas planilhas do autuante anexadas ao auto de infração e por isso contesta a cobrança do valor de R\$13.021,38 (treze mil, vinte e um reais e trinta e oito centavos) conforme argumentações abaixo reproduzidas:

PLANILHA 2013 – Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF).

PLANILHA 2014 – Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF).

Argumenta que o produto Mousse de Chocolate Nestle é distribuído pela empresa NESTLE da Bahia e já vem na nota fiscal (em anexo) na condição de produto cujo ICMS foi substituído de forma antecipada. Ponderou que essa mercadoria é a base de chocolate e, portanto faz parte da substituição tributária para frente.

*No tocante ao produto Creme de Avelã e cacau NUTELLA, afirmou que o mesmo é distribuído por uma empresa situada no estado da BAHIA cujas notas fiscais (em anexo) são emitidas com NCM e CFOP de produto substituído, pois o mesmo é a base de chocolate e, portanto, também, integra o rol dos produtos enquadrados no regime da Substituição Tributária: **Chocolate em***

barras, blocos, tabletes, paus ou sob forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não – NCM 1806.3; 1806.9; e 1704.90.1.

PLANILHA 2015 – Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vc. UF).

Argumenta a defesa que os produtos de limpeza foram excluídos do regime da substituição tributária em 01/02/2015 e compõem a planilha de cobrança do ICMS da infração 05 no mês de Janeiro de 2015. (Nota: O item 25 foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15. Redação anterior do caput item 25, efeitos até 31/01/15: “25 Material de Limpeza”)*

Em relação aos produtos Mousse de Chocolate Nestle e Creme de Avelã c cacau NUTELLA, fez as mesmas considerações pela exclusão da cobrança relativas aos exercícios fiscais de 2013 e 2014.

Em relação aos produtos álcool e álcool em gel, declarou a defesa que os mesmos fazem parte do regime de substituição tributária. Que o álcool em gel embalagens de 10 kgs. e 20 lts. a granel, já vem com a substituição tributária cobrada na nota fiscal do fornecedor (em anexo copia das notas) com NCM e CFOP de produto Substituído. Que em relação aos outros tipos de álcool, procedeu ao pagamento do ICMS ST, com CFOP 1145, fato que pode ser atestado e comprovado a partir das cópias das notas fiscais, planilha de débitos e extrato de pagamentos (em anexo). Entendo não ser devido o imposto por ocasião da saída desses produtos.

Na infração **07** o autuado reconhece parte do débito, no valor de R\$8.591,20 (oito mil e quinhentos e noventa e um reais e vinte centavos), mas discorda de alguns produtos alocados nas planilhas do autuante, anexadas ao auto de infração. Referem-se aos produtos que a autuada impugnou na infração 05 (Mousse de Chocolate Nestle, e Creme de Avelã e cacau NUTELLA). Neste caso as operações foram processadas através de saídas por ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) e por isso a defesa impugna a cobrança do valor de R\$1.067,04.

Reiterou que o produto Mousse de Chocolate Nestlé é distribuído pela empresa NESTLÉ da Bahia e já vem na nota fiscal (em anexo) como produto substituído, pois o mesmo é a base de chocolate e, portanto, faz parte da substituição tributária. Da mesma forma o produto e Creme de Avelã e cacau NUTELLA, cujo ICMS veio retido do fornecedor, a título de substituição tributária, com enquadramento nas **NCM's 1806.3; 1806.9; e 1704.90.1.**

Foi prestada informação fiscal em 20/03/2017. O autuante discorreu inicialmente que o contribuinte reconheceu as infrações 01, 02, 04 e 06.

No tocante à infração **03** afirmou que a defesa menciona que apesar do documento fiscal (NF 104937) ter sido emitido com destaque de ICMS em valor a maior que o devido, a empresa autuada procedeu à escrituração, nos livros fiscais, do valor correto, no montante de R\$96,57, ao invés de R\$6.953,30. Que a partir da análise do livro Registro de Entradas – SPED Fiscal – numa versão atualizada do programa de fiscalização, o autuante declarou que o valor informado pelo contribuinte na peça de defesa procede. Portanto, pede que esse item seja excluído da autuação.

Na infração **05**, o autuante, na informação fiscal, abordou as questões suscitadas pela defesa analisando o regime de tributação de cada produto, conforme transcrição abaixo:

Mousse de chocolate e Creme de Avelã – como é mencionado, principalmente, o segundo produto – são cremes – os produtos da substituição tributária são chocolates em BARRAS, BLOCOS, TABLETES, PAUS ou SOB A FORMA DE OVO DE PÁSCOA, portanto, CREMES não fazem parte da substituição tributária. Totalmente IMPROCEDENTE a alegação.

Álcool e Álcool gel – conforme consta esses produtos só estão na substituição tributária quando transportados A GRANEL. Os produtos são EMBALADOS descaracterizando o TRANSPORTE A GRANEL – IMPROCEDENTE a alegação.

Presunto Cru – Conforme documento acostado pelo contribuinte o CFOP é 1602 o que descaracteriza que o produto seja carne de porco que tem CFOP's 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210. Portanto, totalmente IMPROCEDENTE a alegação.

Produtos de Limpeza – o contribuinte menciona que os produtos sabões e detergentes até o mês de janeiro/2015 estavam na substituição tributária. Procede e realmente o valor de R\$817,18 foi indevidamente lançado no AUTO DE INFRAÇÃO.

Na infração 07, conforme já alinhado acima, a defesa reconheceu ser devido o valor de R\$8.591,20 e impugnou a cobrança no montante de R\$1.067,04, que se refere aos produtos CREME de avelã (NUTELLA) e MOUSSE de chocolate Nestlé. Ponderou o autuante, conforme já exposto na análise da infração 05, que aqueles produtos não estão enquadrados no regime da substituição tributária, mas submetidos à sistemática de tributação normal. Reafirmou que os produtos enquadrados na ST são chocolates na forma de BARRAS, BLOCOS, TABLETES, PAUS ou SOB A FORMA DE OVO DE PÁSCOA, e que os CREMES não fazem parte da substituição tributária. Não acatou, portanto, as alegações defensivas.

Finalizou a peça informativa se manifestando pela EXCLUSÃO da totalidade da INFRAÇÃO 03. Pede também a exclusão do valor de R\$817,18, em janeiro de 2015, perfazendo a redução do valor devido de R\$1.424,31 para a cifra R\$607,13, relativamente à cobrança remanescente lançada na infração 05. Por fim, pede que seja mantida integralmente a cobrança que integra a infração 07. Reiterou ainda que as demais infrações foram reconhecidas pelo contribuinte.

O sujeito passivo foi notificado do inteiro teor da informação fiscal, conforme atesta a intimação anexada à fl. 280 do PAF. Ingressou com Manifestação Defensiva que se encontra apensada às fls. 283/284 dos autos.

Ponderou inicialmente que o processo administrativo fiscal é de suma importância para os contribuintes e para a Fazenda Pública, pois é o meio pelo qual se objetiva, principalmente, o aprimoramento do lançamento tributário e o controle dos atos administrativos pela busca da verdade material/real. Que o contrário, não teria sentido o trâmite de um processo administrativo e ao contribuinte restaria apenas a via do Judiciário para discutir o lançamento tributário.

Foi com o objetivo de ver o lançamento tributário que deu origem a este processo administrativo retificado para que do mesmo fossem expurgados os equívocos, que a defesa apresentou sua impugnação e posteriormente o recurso. Concordeu com o parecer no tocante à cobrança que integra a infração 03, pois o auditor autuante reconheceu que a infração foi lançada INDEVIDAMENTE. Reiterou o pedido de declaração de improcedência desse item do AUTO DE INFRAÇÃO.

Com relação à infração 05 a defesa afirma está convencida, até mesmo pelos documentos trazidos ao processo administrativo, de que não incorreu nos erros apontados na infração e por isso reiterou os argumentos articulados na inicial.

Quanto à infração 07 o autuado reconheceu parte da infração e impugnou a outra. Com base nos documentos anexados ao processo a contribuinte manteve os argumentos que foram desenvolvidos na peça de defesa.

As fls. 151/152 e fls. 287/291 foram juntados, respectivamente, cópias do documento de arrecadação e de relatórios do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, comprovando o pagamento das parcelas autuadas que foram objeto de reconhecimento pelo contribuinte na peça de defesa, totalizando a cifra principal de R\$26.921,23.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 7 (sete) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, na inicial, reconheceu a procedência integral das infrações 1, 2, 4, 6. Impugnou a totalidade da infração 3 e parte dos créditos reclamados nas infrações 5 e 7.

No tocante às parcelas reconhecidas procedeu ao pagamento do imposto reclamado no importe principal de R\$26.921,23, conforme comprova o documento de arrecadação anexado às fls. 151/152 e relatórios extraídos do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, juntados às fls. 287 a 291 deste PAF.

Passo a enfrentar, em seguida, o mérito das infrações 03, 05 e 07, que foram objeto da impugnação empresarial, as duas últimas de forma parcial.

Na infração 03 a defendente afirmou, na peça impugnatória, que apesar da nota fiscal nº 104.937 (doc. fl. 158) ter apresentado destaque de crédito de ICMS em valor superior ao permitido para a operação, o contribuinte não fez uso na sua escrita desse valor, mas da quantia que lhe era efetivamente assegurada na forma da lei de regência do tributo. O valor total da referida nota fiscal foi de R\$3.805,08 (três mil e oitocentos e cinco reais e oito centavos). Já a base de cálculo da operação foi de R\$568,08 (quinhentos e sessenta e oito reais e oito centavos) e o ICMS destacado erroneamente no documento fiscal foi de R\$6.953,30 (seis mil novecentos e cinquenta e três reais e trinta centavos). Todavia, na escrituração da nota no Livro de Registro de Entradas, a empresa só se creditou da cifra de R\$96,57 (noventa e seis reais e cinquenta e sete centavos), correspondente a aplicação da alíquota de 17% sobre a B.C. de R\$568,08. Declarou ainda que o uso correto do valor do ICMS pode ser conferido no Livro de Registro de Entradas (cópia em anexo – doc. fl. 157) e no SPED Fiscal da empresa do mês de maio de 2015 - registro C100 Entrada, Nota Fiscal Eletrônica (NFe): em anexo “*print screen*” da página – doc. fl. 156.

Após análise ao Registro de Entradas e do SPED Fiscal do contribuinte – numa versão atualizada do programa de fiscalização - o autuante declarou, na fase de informação fiscal, que as alegações formuladas pelo contribuinte na peça de defesa procedem. Pediu, em seguida, que esse item seja excluído da autuação.

Portanto, a Infração 03 é improcedente, em conformidade com as provas anexadas na peça de defesa e a revisão operada pelo próprio autuante.

Na infração 05 o autuado reconhece parte do débito no valor de R\$15.169,62, mas discorda de alguns produtos alocados nas planilhas do autuante, anexadas ao auto de infração. Por isso impugna a cobrança no valor de R\$13.021,38.

Argumenta que o produto Mousse de Chocolate Nestlé é distribuído pela empresa NESTLÉ BRASIL LTDA, situada na Bahia. Que a nota fiscal (em anexo – doc. fls. 165) insere essa mercadoria na condição de produto cujo ICMS foi substituído de forma antecipada pelo respectivo fabricante. Ponderou que essa mercadoria é a base de chocolate e, portanto, faz parte da substituição tributária para frente.

No tocante ao produto Creme de Avelã cacau NUTELLA, afirmou que o mesmo é distribuído por uma empresa situada no Estado da BAHIA – ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, cujas notas fiscais (em anexo – 166 a 168, 174, 209 a 217) são emitidas com NCM (18069000) e CFOP (5403 – *venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime da ST, na condição de contribuinte substituto*) de produto substituído, pois o mesmo é a base de chocolate e, portanto, também, integra o rol dos produtos enquadrados no regime da substituição/antecipação tributária para frente: “*Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não – NCM 1806.3; 1806.9; e 1704.90.1*”.

Passo a expor, em seguida, a nossa interpretação sobre os fatos. O dispositivo regulamentar, inserido no Anexo 01, do RICMS/12 (Decreto nº 13.780/2012), faz referência a chocolates e acrescenta a expressão “*outras preparações*”. Diante da abrangência da norma de enquadramento, está correta a interpretação desenvolvida pela defesa, pela exclusão desses itens da autuação.

Ademais o imposto das operações autuadas ou foi objeto de retenção pelos remetentes das mercadorias, no caso concreto, em relação às operações realizadas pela empresa Nestlé Brasil Ltda, ou já se encontravam retidos na operação anterior à revenda para a empresa autuada: refiro-me às operações promovidas pela empresa Elo Distribuidora de Alimentos Ltda. Em todas

as operações de aquisição desses produtos foram mencionados nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores a NCM e o CFOP referente a produtos com ICMS antecipado - chocolates e demais preparações enquadradas no regime da substituição tributária - de forma que a empresa autuada adotou a mesma sistemática de tributação que foi empregada pelos fabricantes e fornecedores dos produtos. Ademais, o próprio RICMS-BA, no seu Anexo I, que trata das mercadorias sujeitas à substituição tributária ou à antecipação tributária, inseriu os itens 11.3 e 11.4, contemplados na codificação NCM/SH 1806, para considerar enquadrados no regime de pagamento antecipado do imposto, os produtos “chocolates e outras preparações alimentares, contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 quilo ou 2 quilos.

Frente às circunstâncias fáticas e normativas acima descritas e considerando também as disposições abrangentes do RICMS/12 no tocante às mercadorias que estão inseridas na codificação NCM/SH 1806, que abarca produtos alimentares à base de chocolates e cacau, entendo que tributar novamente as operações de saídas subsequentes dos produtos Mousse de Chocolate Nestlé e Creme de Avelã cacau NUTELLA, cujo ICMS já se encontrava retido pelos fabricantes, implicaria em exigência em duplicidade sobre os mesmos fatos geradores, caracterizando assim uma espécie de “bis in idem” (exigência em duplicidade do imposto, do remente e do adquirente dos produtos), que é ilegal. Concluo, portanto, apelando para o princípio da segurança jurídica que deve nortear todas as relações, inclusive aquelas travadas entre o fisco e os contribuintes, pela exclusão dos itens Mousse de Chocolate Nestlé e Creme de Avelã cacau NUTELLA, da presente autuação.

No tocante ao produto presunto cru, da marca Angioletto, cuja aquisição foi acobertada pela NF-e nº 046.623 (doc. fl. 169), emitida pela empresa Rondelli Comércio e Transporte Ltda, situada no município de Eunápolis - BA, em 12/12/2013, verifico que a operação de venda interna se deu sob o código NCM/SH 1602.41.00 (outras preparações e conservas de carne, de miudezas e ou de sangue – pernas e respectivos pedaços), e CFOP 5405 (*venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime da ST, na condição de contribuinte substituído*). Em relação a esse produto não houve, na operação de venda, a tributação pelo ICMS promovida pela empresa fornecedora. Essa indicou na NF-e que a mercadoria já havia sofrido antecipação do ICMS nas etapas anteriores de circulação.

Em relação a esse item a defesa declarou, à fl. 159 deste PAF, que se trata de produto resultante do abate de gado suíno: é um pernil de porco, e não um embutido, fazendo parte das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Acrescentou que o referido produto foi adquirido no Estado da Bahia com NCM e CFOP de mercadoria submetida ao regime de antecipação tributária total.

Verifico que em relação ao produto presunto cru a cobrança do ICMS lançado no A.I. se encontra detalhado, por documento fiscal emitido por ocasião das saídas promovidas pela empresa autuada, no demonstrativo sintético anexado à fl. 164 dos autos, totalizando a cifra de R\$287,80. Todas as operações ocorreram no mês de dezembro de 2013.

Conforme pesquisa que fiz na internet em diversos “sites”, entre eles www.allfood.com.br e na própria embalagem do produto que é revendido em diversos supermercados, o “... **presunto cru** é um produto do ramo da charcuteria, composto por toda a pata traseira do porco. Com processo de confecção demorado, ele tem algumas características únicas, como o local onde é realizada a salga, alimentação dos porcos e o processo de cura. O processo de cura, que é a desidratação da carne, tem um tempo mínimo de 11 meses, que pode variar de acordo com o tipo de presunto que se pretende obter. Para que a gordura se misture com as fibras musculares é necessário colocá-lo em secadouros com temperatura e umidade controladas, pois é fabricado sem cozimento, possui cor vermelho vivo, maciez incomparável e sabor marcante. Se ele estiver com osso, o primeiro corte deve ser perpendicular à pata e circular na altura do curvilhão, os demais cortes são realizados verticalmente e prensados em um molde para dar forma típica. Uma vez pressionado, é embalado a vácuo em filme plástico transparente e rotulado. É considerado um alimento puro, saudável, natural e pode ser consumido como aperitivo, em risotos, ingredientes de lanches, pratos principais e saladas. Há duas versões, a com osso e a desossada.

Trata-se, portanto, de produto resultante do abate de gado suíno que passou pelos processos de salgamento (desidratação da carne ou cura) com adição de alguns condimentos e que é produzido sem cozimento. No caso concreto, ainda que o revendedor do produto tenha incluído na NF-e código NCM relacionada à mercadoria da categoria dos “embutidos”, não há como se negar que o presunto cru não está inserido naquela classificação. Possivelmente houve um erro cometido pela empresa fornecedora na emissão da NF-e, visto que a mesma revendeu o presunto cru para a empresa autuada com o ICMS já retido pelo regime da substituição tributária nas etapas anteriores de circulação dessa mercadoria, seguindo a previsão normativa contida no RICMS/12 e seu respectivo Anexo I, item 34.

Pelas razões acima expostas excluo da cobrança do item 05 do A.I. as operações de saídas relacionadas com o produto **presunto cru angioletto kg**.

Argumentou ainda defesa, em relação aos produtos de limpeza que compõem o demonstrativo de débito da infração **05** – cuja ocorrência está relacionada ao mês de janeiro de 2015, que os referidos produtos foram excluídos do regime da substituição tributária em somente 01/02/2015, conforme constou da alteração nº 28, promovida ao RICMS/12, pelo Dec. nº 15.807/14 (**O item 25 foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15. Redação anterior do caput item 25, efeitos até 31/01/15: “25* Material de Limpeza”**).

O autuante, na fase de informação fiscal, corroborou/confirmou que os produtos sabões e detergentes, até o mês de janeiro de 2015, estavam incluídos no regime na substituição tributária. Em decorrência procedem os argumentos defensivos quanto a inexigibilidade do ICMS para os produtos de limpeza que compõem a autuação via regime normal de tributação. O valor exigido na cifra de R\$817, 18 deve ser excluído do item **05** do AUTO DE INFRAÇÃO.

Em relação aos produtos álcool e álcool em gel, declarou a defesa que os mesmos fazem parte do regime de substituição tributária. Que o álcool em gel embalagens de 10 kgs e 20 lts., é vendido a granel, com retenção do imposto pelo regime de substituição tributária cobrada na nota fiscal do fornecedor (em anexo cópias das notas fiscais e correspondentes demonstrativos – doc. fls. 218 a 274), com NCM e CFOP de produto substituído. Acrescentou ainda que em relação aos outros tipos de álcool, procedeu ao pagamento do ICMS ST, com CFOP 1145, fato que pode ser atestado e comprovado a partir das cópias das notas fiscais, planilha de débitos e extrato de pagamentos (em anexo). Entende a defesa não ser devido o imposto por ocasião da saída desses produtos.

Na fase de informação fiscal o autuante declarou que os produtos álcool e álcool gel –são produtos que estão na substituição tributária quando transportados A GRANEL. Os produtos objeto da autuação, por sua vez, são EMBALADOS descaracterizando o TRANSPORTE A GRANEL. Sustenta, com base nessas características da operação de venda a manutenção da exigência fiscal.

Observo que a venda a granel ou transporte a granel de produtos envolve operações com mercadorias, cargas e suprimentos armazenados ou transportados em grandes containers, sem embalagens fracionárias. Esse tipo de carga não pode ser acondicionada em qualquer tipo de embalagem. Os graneis necessitam ser acomodados de forma individualizada, subdividindo-se em graneis sólidos e graneis líquidos. São graneis sólidos: minérios de ferro, manganês, bauxita, carvão, sal, trigo, soja, fertilizantes, etc. São graneis líquidos: o petróleo e seus subprodutos, óleos vegetais, etc.

A situação acima descrita não é que se amolda a situação dos autos. Os produtos foram comercializados em embalagens individualizadas, transportadas em caixas. Todavia conforme foi demonstrada na fase de defesa, nos Demonstrativos e Notas Fiscais anexadas às fls. 218 a 274, no tocante, especificadamente, aos produtos álcool líquido e álcool gel, houve a retenção do imposto pelo fornecedor da mercadoria – a empresa Lima e Pergher Ind. Com. Rep. Ltda, situada em Uberlândia/Minas Gerais – ou ocorreu a antecipação do imposto na etapa de entrada, efetuada pela própria empresa autuada, fato que não foi considerado pelo autuante para deduzir os créditos fiscais e verificar se de fato ainda remanesce valores do imposto a serem exigidos na etapa subsequente de saída.

Neste caso, diante das circunstâncias acima descritas, anulo a exigência fiscal em relação aos produtos álcool líquido e álcool gel para que seja feito, em novo procedimento fiscal, o cotejamento do imposto recolhido nas etapas de aquisição em conjunto com os créditos fiscais destacados nos documentos de aquisição e a base de cálculo e o imposto apurado por ocasião das saídas subsequentes daqueles produtos, acobertadas pelas Notas Fiscais ou cupons fiscais - ECF (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal) emitidos pelo contribuinte autuado.

Em relação à infração 07, que envolve a cobrança por recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do tributo, a defesa reconheceu ser devido o valor de R\$8.591,20 e impugnou a cobrança no montante de R\$1.067,04, que se refere às operações de saídas, via ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) dos produtos CREME de avelã NUTELLA e MOUSSE de chocolate NESTLÉ.

Valho-me da mesma fundamentação que foi utilizada para a solução da infração 05, no tocante à exclusão dos produtos Mousse de Chocolate NESTLÉ e Creme de Avelã cacau NUTELLA. Este item da autuação, portanto, deve ser mantido em parte.

Frente ao acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte composição por item autuado:

Infração 01 – reconhecida pelo contribuinte - mantida integralmente: valor R\$829,50;

Infração 02 – reconhecida pelo contribuinte - mantida integralmente: valor R\$952,62;

Infração 03 – improcedente;

Infração 04 – reconhecida pelo contribuinte - mantida integralmente: valor R\$798,35;

Infração 05 – reduzida de R\$28.191,00 para R\$15.169,62 – valor remanescente reconhecido pelo contribuinte;

Infração 06 – reconhecida pelo contribuinte - mantida integralmente: valor R\$579,94;

Infração 07 – reduzida de R\$9.658,24 para R\$8.591,20 – valor remanescente reconhecido pelo contribuinte;

Por fim, ressalto que os valores remanescentes do Auto de Infração acima apontados, que totalizam a cifra principal de R\$26.921,23, foram recolhidos com os acréscimos legais pelo sujeito passivo, conforme atesta o documento de arrecadação anexado às fls. 151/152 e relatórios extraídos do SIGAT, sistema corporativo da SEFAZ-BA, juntados às fls. 287 a 291 deste PAF. As parcelas recolhidas pelo contribuinte deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.3002/16-3**, lavrado contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.921,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$26.122,88, e de 100% sobre R\$798,35, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso II, alínea "a"; inc. VII, letra "a", e, inc. III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores remanescentes do Auto de Infração foram recolhidos pelo contribuinte, com os acréscimos legais de juros moratórios e multas, e deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA