

A. I. Nº - 269369.0009/17-7
AUTUADO - RIO BRANCO ALIMENTOS S/A.
AUTUANTES - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.01.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-06/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. A razão de defesa elide a infração. Após realização de diligência fiscal restou comprovado que os produtos constantes do levantamento fiscal tiveram sua classificação no NCM 16.02.4900, e, por conseguinte verificado que tais classificações não estão abarcadas pelo Anexo 1 do RCIMS/2012. Infração insubsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração não foi impugnada pelo defendente, portanto, considerada procedente na forma do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/7/99. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2017, exige o valor de R\$60.908,98, inerente ao ano de 2016, conforme demonstrativo e documentos às fls. 05 a 30 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de maio a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 11/24. Lançado ICMS no valor de R\$60.095,98, com enquadramento no art. 9º e art. 29, §4º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de maio a agosto e novembro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 27/30. Lançado ICMS no valor de R\$813,00, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 37 a 44 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

1. Da necessária contextualização fática e do núcleo acusatório

Diz ser um estabelecimento filial de uma agroindústria sediada em Minas Gerais, dedicado ao “Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, que opera com a venda de produtos de fabricação própria e revenda de produtos adquiridos de terceiros.

Consigna que, em 28 de setembro do corrente ano, sofreu a autuação em análise, relativa ao interregno de 01/01/2016 (04/03/2016) a 31/12/2016, culminando na imposição de tributo (ICMS), acréscimos moratórios e multa, no valor total de R\$103.734,45.

Compulsando o trabalho fiscal, diz que a autoridade fiscal entendeu que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal, em razão da presunção de que os produtos adquiridos, constantes do levantamento fiscal, corresponderem a produtos enquadrados nos NCM’s elencados no Anexo

1 do RICMS 2012, os quais poderiam inclusive ser refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, sem sair do alcance deste dispositivo que os enquadraria no regime de substituição tributária.

Salienta, porém, que os produtos constantes do lançamento fiscal, não se enquadram na classificação determinada no item 34 do Anexo 1 do RICMS 2012, avocado pelo agente fiscal, cuja vigência expirou em 31/12/2012, nem tampouco se enquadram no item 11.35 e 11.35.1 do anexo 1 do RICMS 2012 vigente.

Aduz que os produtos “*FILÉ PEITO DESFIADO TEMP PCT 500g CX 8 KG – Cód. 13935 E FILÉ PEITO DESFIADO TEMP PCT 500G CX 15 KG – Cód. 13040*” passam por processo de cozimento adicionado e aditivos e em seguida levado a outro processo onde é desfiado, por isso diz que se enquadram no NCM 1602.32.20.

Já o produto “*LOMBO CANADENSE CX 4,8 KG 8 PC – COD. 43123*” assegura que corresponde a um produto cuja fabricação consiste na preparação de uma massa a base de lombo suíno, submetido a mistura de condimentos, aditivos e proteínas de soja, depois submetido ao processo de embutimento em envoltórios artificiais e, por fim, submetido ao processo de cozimento.

Conclui, dizendo que se tratam, portanto, inequivocamente de produtos industrializados, cuja classificação no sistema harmonizado de designação e codificação de mercadorias correspondem ao capítulo 16, cuja natureza são: “*preparações de carnes*”.

Diz, também, que os produtos: *BACON EM TABLETES CX 5 KG - cód. 60259, BACON EXTRA PALETA CX 8 KG cód. 60257, BACON EXTRA PALETA T. AMB CX 8 KG cód. 60673, BACON PIF PAF COSTELA T. AMB CX 10 KG – cód. 60672, BACON PIF PAF CX 10 KG – cód. 60117, BACON PIF PAF EXTRA I. AMB CX 10 KG – cód. 60679 e BACON PIF PAF T. AMB CX 10 KG – cód. 60671*, por determinação de solução de consulta, conforme cópia anexa a este processo, dirigida pela autuada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão competente para definir e elucidar dúvidas acerca da classificação de mercadorias na NCM ficaram obrigatoriamente classificados no código 1602.49.00, afastando, pois, a possibilidade de enquadramento nas posições 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 do sistema harmonizado, conforme prevê e alcança o item 11.35 e 11.35.1 do Anexo 1, do RICMS/2012.

2. Preliminares

2.1. Das nulidades do Auto de Infração – Erros formais e materiais

Diz que a matéria a ser abordada neste caso, se refere à nulidade existente na autuação. Regista que é Importante lembrar que constituir o crédito tributário não tem outro sentido senão o de determinar a certeza e a liquidez da dívida e, assim, conferir exigibilidade ao direito do sujeito ativo.

Aduz que, na espécie, não há certeza e iliquidez, de modo que ausente à exigibilidade, sendo de rigor a anulação da peça de lançamento. Alega que os produtos levantados, de forma inequívoca, não se enquadram nos códigos NCM discriminados no item 34 do Anexo 1 do RICMS 2012, já revogado, nem tampouco se enquadram nos itens 11.35 e 11.35.1 do mesmo anexo, constates no texto vigente.

Além disso, diz que não houve a intimação prévia, a fim de que a impugnante pudesse se manifestar sobre a inconsistência encontrada no trabalho de fiscalização, a qual poderia ser perfeitamente esclarecida antes da emissão do auto de infração. Não houve manifestação de dúvida por parte da fiscalização, porém, indiferente a isto, o crédito tributário foi lançado.

Assinala que não houve uma depuração pormenorizada da correta classificação dos produtos pelo agente fiscal, de forma a apurar de forma inequívoca a existência do crédito tributário. Além disso, diz que o presente auto de infração foi emitido com base em dispositivo cuja vigência já expirou, antes mesmo do início do período auditado.

Posto isso requer, preliminarmente, com base nos argumentos lançados acima, seja anulado o presente auto de infração, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso LV do Texto Maior.

3 Do Mérito

3.1 Do equívoco da autuação - no levantamento fiscal foram considerados como enquadrados no regime de substituição tributária, produtos cuja natureza e classificação no sistema harmonizado da TIPI possuem NCM não alcançadas pelo dispositivo legal.

Apresentadas as nulidades da autuação, DIZ QUE cumpre avançar para as questões de fundo que, abstraídas as particularidades do caso concreto, é de fundamental importância para os contribuintes do Estado da Bahia.

Consigna que, como noticiado preambularmente, a impugnante recebe mercadorias industrializadas em estabelecimentos próprios situados em outras Unidades da Federação, cuja classificação das mercadorias segundo sistema harmonizado, já está bem consolidada, inclusive amparada por consulta formal obtida do órgão competente, a Secretaria de Fazenda da Receita Federal do Brasil. O parecer da consulta em tela, não só esclarece as dúvidas da consulente, como também a vincula e obriga à observância de seu parecer.

Desta forma, diz que a autuada, por imposição do parecer emitido pela Secretaria de Fazenda do Brasil, está obrigada a classificar os produtos, aqui analisados, na posição 16 da TIPI, segundo ficou determinado neste documento formal.

Destaca que os códigos do capítulo 16 utilizados na classificação dos produtos, objetos de questionamento deste auto de infração, não estavam previstos no item 34 do Anexo 1, do RICMS 2012, circunstância em que não há que se falar na aplicação daquele dispositivo aos produtos aqui analisados. Assim como não há que se falar em enquadramento destes produtos nos dispositivos 11.35.0 e 11.35.1 no texto do dispositivo vigente.

Diz que os dispositivos legais vigentes citam o seguinte:

11.35.0	17.087.00	0207 0209 0210.99 1501	Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves	Não tem	Não tem	28,78% (Aliq. 4%) 24,76% (Aliq. 7%) 18,05% (Aliq. 12%)	10%
11.35.1	17.087.01	0203 0206 0209 0210.1 0210.99 1501	Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos	Não tem	Não tem	28,78% (Aliq. 4%) 24,76% (Aliq. 7%) 18,05% (Aliq. 12%)	10%

Observa que a determinação da aplicação da substituição tributária requer que a mercadoria se enquadre integralmente no comando deste dispositivo legal, por isso é necessário que esta mercadoria se enquadre tanto na descrição quanto em um dos códigos da NCM elencados no dispositivo legal, o que não ocorre com os produtos levantados neste auto, que possuem NCM diversa daquelas previstas no texto legal.

Em resumo, registra que todas as operações levantadas na ação fiscal, estão devidamente justificadas, demonstrando de forma inequívoca a correção dos lançamentos fiscais da autuada.

Ante todo o exposto, diz que fica evidente que tais produtos não se enquadram no tratamento tributário que veda a utilização dos créditos fiscais, tornando, portanto, indevido o lançamento da autuação.

4 Da necessária Perícia

Nos termos do Regulamento do ICMS e do CTE do Estado da Bahia, requer-se a realização da competente prova pericial com o fito de se evidenciar a ocorrência dos fatos geradores, relevando-se as questões colocadas nos autos, especialmente sobre os pontos abaixo individualizados, sem prejuízo de outros elaborados pela impugnante em momento oportuno:

- a) Pode-se afirmar, com base na documentação existente na contabilidade da empresa, em seu departamento técnico e nos autos, que os produtos levantados neste processo possuem natureza e característica cuja classificação no NCM corresponda aos capítulos 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 ou 0210?
- b) Com base nas respostas anteriores, é possível afirmar que os valores cobrados estão corretos, ou seja, são líquidos, certos e exigíveis, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional?

5 Dos pedidos

Ante todo exposto, requer-se sejam acolhidos os argumentos levantados, para que se dê pelo cancelamento integral do auto de infração, ou, quando menos:

- a. Requer, ainda, caso a improcedência da autuação não seja decretada de plano, a realização de perícia, observados os quesitos apresentados acima, requerendo a intimação para apresentação de assistente técnico e quesitos suplementes, sob pena de cerceamento de defesa;
- b. Requer, também, caso a improcedência da autuação não seja decretada de plano, sejam reavaliadas a aplicação da legislação a cada produto levantado e afastada a imposição da penalidade;
- c. Requer, também, a juntada da inclusa documentação, sem prejuízo de outros documentos necessários ao deslinde do feito;

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 93/95 dos autos, assim posiciona:

1. Infração: 03.02.02 erro na aplicação da alíquota (Infração 02)

Diz trata de recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Informa que a empresa não se manifestou acerca dessa infração.

2. Infração: 01.02.05 utilizou indevidamente crédito fiscal (Infração 03)

Aquisição de Mercadorias com Antecipação do Imposto - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição/antecipação tributária.

Mercadorias objeto do crédito fiscal indevido:

CÓDIGO DO ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM	ViBcIcms	Cred Indev
'0000000000000060259'	BACON EM TABLETES CX 5KG	1718,53	120,31
'0000000000000060257'	BACON EXTRA PALETA CX 8 KG	27,53	1,93
'0000000000000060673'	BACON EXTRA PALETA T.AMB CX 8 KG	19558,4	1369,08
'0000000000000060672'	BACON PIF PAF COSTELA T.AMB CX 10KG	22823,48	1597,58
'0000000000000060117'	BACON PIF PAF CX 10KG	11975,16	838,26
'0000000000000060679'	BACON PIF PAF EXTRA T AMB CX 10KG	5417,86	379,24
'0000000000000060671'	BACON PIF PAF T AMB CX 10KG	614572,37	43020,07
'000000000000013935'	FILE PEITO DESFIADO TEMP PCT 500G CX 8KG	4948,94	346,45
'000000000000013040'	FILE PEITO DESFIADO TEMP PCT 500G CX15KG	127825,16	8947,84
'000000000000043123'	LOMBO TIPO CANADENSE CX 4.8KG 8PC	49646,07	3475,22
total Cred Indev			60.095,98

2.1. Informação Fiscal

Diz entender que os produtos objeto da autuação se enquadram na descrição em que o legislador definiu como produtos sujeitos a substituição Tributária, conforme abaixo (anexo 01 do RICMS/BA):

11.31.1	17.087.00	0203 0206 0207 0209 0210.1 0210.99 1501	Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos	Não tem	Não tem	28,78% (Aliq. 4%) 24,76% (Aliq. 7%) 18,05% (Aliq. 12%)	10%
---------	-----------	---	--	---------	---------	--	-----

Consigna que está também em conformidade com o Acórdão JJF nº 0230-05/14 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, que faz referência ao produto BACON.

Em 28/02/2018 os membros da 5ª JJF (fl. 99) converteram o PAF em diligência à INFAZ de origem para intimar o contribuinte a anexar aos autos, no prazo de dez dias, cópia das notas fiscais de:

1. Aquisição/transferência que comprovem sua alegação de que se tratam de produtos classificados na posição 16 da TIPI;
2. Saídas que comprovem o tratamento tributário aplicado pelo autuado para os mesmos produtos se tributados ou com fase de tributação encerrada.

À fl. 104 encontra-se CD/Mídia contendo cópia das notas fiscais (arquivos e respectivos DANFES) de entradas em transferência no estabelecimento autuado, assim como cópia das notas fiscais de saídas (arquivos XML e respectivos DANFES) cujos produtos constantes do levantamento fiscal foram devidamente tributados.

Voltando aos autos, o Fiscal Autuante às fls. 111/112, destaca na tabela à fl. 112 de que todos os produtos objeto da autuação tiveram sua classificação no NCM 16.02.4900, com o adendo da informação de que as notas fiscais de saída de emissão da empresa autuada relacionada a tais mercadorias foram oferecidas à tributação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$60.908,98, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, em que a infração 1 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação; a infração 2 diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, relativo a saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo impugnada apenas a infração 1. A Infração 2 não foi impugnada pelo defendente, portanto, considerada procedente, não fazendo parte da lide, na forma da disposição do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/7/99. Assim, a contenda se restringe apenas à infração 1, a qual foi totalmente impugnada.

A infração 1 relaciona-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de maio a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 11/24. Lançado ICMS no valor de R\$60.095,98, com enquadramento no art. 9º e art. 29, §4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo alega que os produtos constantes do lançamento fiscal não se enquadram na classificação determinada no item 34, do Anexo 1 do RICMS 2012, avocado pelo agente fiscal, cuja vigência expirou em 31/12/2012, nem tampouco se enquadram no item 11.35 e 11.35.1, do anexo 1 do RICMS 2012, vigente.

Aduz que os produtos, objetos da autuação, oriundos de sua unidade estabelecida no Estado de Minas Gerais, relacionam a “*FILÉ PEITO DESFIADO TEMP PCT 500g CX 8KG – Cód. 13935*”, “*FILÉ PEITO DESFIADO TEMP PCT 500G CX 15KG – Cód. 13040*”, “*LOMBO CANADENSE CX 4,8KG 8PC – COD. 43123*”, onde após descrever seu processo de fabricação, consigna que suas classificações no sistema harmonizado, correspondem ao capítulo 16, cuja natureza são “*preparação de carnes*”.

Diz também que os produtos “*BACON EM TABLETES CX 5KG - cód. 60259, BACON EXTRA PALETA CX 8KG cód. 60257, BACON EXTRA PALETA T. AMB CX 8KG cód. 60673, BACON PIF PAF COSTELA T. AMB CX 10KG – cód. 60672, BACON PIF PAF CX 10KG – cód. 60117, BACON PIF PAF EXTRA I. AMB CX 10KG – cód. 60679 e BACON PIF PAF T. AMB CX 10KG – cód. 60671*”, por determinação de solução de consulta, dirigida pela autuada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão competente para definir e elucidar dúvidas acerca da classificação de mercadorias na NCM, ficaram

obrigatoriamente classificados no código 1602.49.00, afastando, pois, a possibilidade de enquadramento nas posições 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 do sistema harmonizado, conforme prevê e alcança o item 11.35 e 11.35.1 do Anexo 1, do RICMS/2012.

Neste contexto, o Relator anterior deste PAF, pôs em diligência, porquanto a decisão da 5ª JJF, em 28/02/2018 (fl. 99), à INFAZ de origem para intimar o contribuinte a anexar aos autos, no prazo de dez dias, conforme a seguir:

- 1. Aquisição/transferência que comprovem sua alegação de que se tratam de produtos classificados na posição 16 da TIPI;*
- 2. Saídas que comprovem o tratamento tributário aplicado pelo autuado para os mesmo produtos se tributados ou com fase de tributação encerrada.*

Em sede de diligência fiscal, o Fiscal Autaunte, às fls. 111/112, com os CD/Mídia de fl. 108 dos autos, acostado pelo autuado, contendo cópia das notas fiscais (arquivos e respectivos DANFES) de entradas em transferência no estabelecimento autuado, assim como cópia das notas fiscais de saídas (arquivos XML e respectivos DANFES), relativos aos produtos constantes do levantamento fiscal; consigna que todos os produtos da autuação tiveram sua classificação no NCM 16.02.4900, com o adendo da informação de que as notas fiscais de saída de emissão da empresa autuada relacionada a tais mercadorias foram oferecidas à tributação.

Constatado, portanto, que todos os produtos constantes do levantamento fiscal tiveram sua classificação no NCM 16.02.4900, e verificando que tais classificações não estão abarcadas pelo Anexo 1 do RCIMS/BA, à época dos fatos geradores, que diz respeito às mercadorias sujeitas ao instituto da substituição tributária, vejo restar razão às arguições de improcedência da autuação pelo sujeito passivo.

Ademais, há a informação do Fiscal Autuante, em sede de diligência, de que as notas fiscais de saída de emissão da empresa autuada, relacionadas aos produtos constantes do levantamento fiscal, foram oferecidas à tributação. Voto, portanto, pela insubsistência da Infração 1.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar improcedente a Infração 1, e procedente a Infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269369.0009/17-7**, lavrado contra **RIO BRANCO ALIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$813,00**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR