

A. I. Nº - 281394.0009/17-3
AUTUADO - SUPERMERCADO FAE LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.03.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0026-05/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ISENTAS. Item reconhecido. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Infração subsistente em parte. c) MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO. LEI COMPLEMENTAR N.º 24/75. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Os Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, envolvidos no saldo remanescente da lide deste item do Auto de Infração em tela, publicaram nos seus respectivos Documentos Oficiais, a relação dos atos normativos relativos aos incentivos que manejaram, convalidando no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), como parte do pacote de medidas após a aprovação do Convênio ICMS 190/17, editado pelas disposições da LC160/17, que deliberou normas de convalidação dos incentivos fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, os quais se relacionam aos créditos fiscais glosados objeto do saldo remanescente deste item da autuação. Infração insubsistente. 2. DOCUMENTO FISCAL. a) IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Infração subsistente em parte. b) MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. b.1) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b.2) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Itens reconhecidos. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ALÍQUOTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL Item reconhecido. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2017, exige o valor de R\$78.675,84, inerente ao ano de 2016, conforme demonstrativo às fls. 09 a 71 dos autos, e CD/Mídia de fl. 08, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de

mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos meses de novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 9/13 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$122,68, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 14/19 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$625,67, 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 de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.96: O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar n.º 24/75 nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 20/23 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$40.428,80, com enquadramento nos art(s). 1º e 8º da Lei Complementar nº 24/75, c/c §§ 1º e 2º do art. 1º e art. 2º do Decreto nº 14.213/12 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 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 novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 24/27, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 08. Lançado ICMS no valor de R\$12.898,70, 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.

INFRAÇÃO 5 - 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 28/57, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 08. Lançado ICMS no valor R\$5.123,70, com enquadramento no art. 2º, inc. I; art. 23-B da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 13, inc. I da Portaria nº 445/98 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 07.01.02: Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 58/63, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 08. Lançado ICMS no valor de R\$8.254,89, com enquadramento nos artigos 8º, inc. II e §3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de fevereiro, março, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 64/67 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançada Multa no valor de R\$810,40, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 68/71 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 08. Lançada Multa no valor de R\$10.411,00, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

Às fls. 75 a 97 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual

apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma firma estabelecida na Avenida Presidente Getúlio Vargas n.º 5850 – Residencial dos Pioneiros – Teixeira de Freitas - Bahia - CEP 45985-622, CNPJ n.º 42.180.455/0002-67, Inscrição Estadual n.º 125.506.281, em que, através de sua representante legal JOSYLENE PESSIN FAÉ BOGHI, sócia-administradora, CPF n.º 974.510.615-15, vem pela presente, na forma e prazo legais, propor **defesa fiscal**, por não se conformar, com a imposição fiscal objeto do auto de infração n.º 2813940009/17-3 lavrado pela Fiscalização Estadual, do qual fora notificada em 04/10/2017, pelos motivos que expõe a seguir.

Consigna que é uma filial, cuja matriz foi constituída em 03/11/1992 e desde então, preza pela correta tributação das suas mercadorias e mantém um histórico de pagamento pontual de todos os seus impostos e contribuições, sendo regularmente fiscalizada com poucas autuações, em decorrência da sua primazia pela correção tributária, política também adotada pela Filial.

No entanto, em função da alta complexidade da legislação tributária e de falhas humanas, não está insuscetível de erro, o que de forma alguma reflete uma prática de sonegação fiscal. Dessa forma, reconhece integralmente as infrações 01, 05, 07 e a 08; e reconhece parcialmente as infrações 02, 03, 04 e a 06, anexando à presente defesa o recolhimento da parcela inicial do parcelamento do débito que considera devido, bem como os demonstrativos do parcelamento. (docs. 01 a 04), pelos motivos que passa a expor.

• **Infração 02 – 01.02.06**

Diz que no demonstrativo dos valores apurados, o auditor fiscal considerou como indevidos os créditos apropriados pela empresa em relação aos seguintes produtos: “balde Arqplast”, “balde Plasvale”, “balde Novixa Sekita”, “massa pizza”, “massa lasanha”, “massa pastel”, “massa p/pastel”, “massa empanada”, “cadeado”, “escada prima alumínio” e “pipoca Gulozinha”, “anil”, “óleo de peroba”, alegando que tais mercadorias estariam sujeitas à Substituição Tributária, o que contesta.

Consigna que o Anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012, vigente à época, não contemplava tais mercadorias. Do total de R\$ 625,67 apurado pelo Autuante, reconhece apenas o valor de R\$ 230,60, conforme demonstrativo a seguir.

PRODUTO	Valor do crédito auditado
Balde Arqplast	R\$ 24,10
Balde Plasvale	R\$ 34,45
Balde Novixa Sekita	R\$ 30,61
Massa pizza	R\$ 8,11
Massa lasanha	R\$ 15,79
Massa pastel	R\$ 90,96
Massa para pastel	R\$ 8,99
Cadeado	R\$ 57,56
Escada prima alumínio	R\$ 64,38
Pipoca Gulozinha	R\$ 2,40
Massa empanada	R\$ 0,68
Anil	R\$ 39,69
Óleo de peroba	R\$ 17,35
Total	R\$ 395,07
Total da infração apurada	R\$ 625,67
Total contestado	R\$ 395,07
Diferença	R\$ 230,60

• **Infração 03 – 01.02.96**

Diz que, conforme dispõe o § 1º do Art. 1º do Decreto 14.213/12, “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto”. (grifo nosso).

Neste contexto, da análise do levantamento dos créditos apurados pelo auditor fiscal, percebe-se que este não observou vários casos que não estão contemplados no Anexo Único do referido decreto, conforme enumeração a seguir:

1. Mercadorias oriundas do Estado do Espírito Santo

Diz que o auditor fiscal apurou o crédito das Notas Fiscais a seguir, aplicando o percentual de 1,1%, tomando por base o subitem 4.2 do Decreto 14.213/12 – “Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista”, “Carga tributária de 1,1% - Art. 530 – L-R-K do RICMS/ES”.

Entretanto, destaca que todos os fornecedores aos quais se referem as Notas Fiscais possuem CNAE de atividade principal de fabricação e não de atacado, conforme se observa o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica em anexo. (Notas Fiscais: 2.296, 32.776, 6.442, 6.620, 63.034, 115.611, 116.702, 113.077, 115.027, 81.878, 81.879, 631.214, 624.889, 635.344, 633.087, 628.212, 624.890, 84.452, 82.814, 83.570, 76.199, 75.483, 76.983, 77.809, 76.251, 74.108, 1.079.837, 1.073.490, 1.082.502, 1.073.491, 1.082.501, 1.079.843, 34.023, 34.024, 163.029, 165.113 - docs. 05 a 57).

Inclusive, destaca que o Regulamento do ICMS do Espírito Santo, Artigo 530 -L-R-K, § 6º dispõe que:

*“§ 6.º A fruição do benefício de que trata este artigo fica condicionada a que o contribuinte:
I - seja inscrito no CNPJ com atividade econômica principal identificada na CNAE – Fiscal, como comércio atacadista; (grifo nosso) [...]”*

Considerando o exposto, diz que concluir que a Autuada utilizou os créditos a que tem direito, uma vez que as mercadorias das Notas Fiscais acima mencionadas não se enquadram no subitem 4.2 e em nenhum outro do item 4 do Decreto 14.213/12.

Portanto, contesta a infração, pois, pela natureza da operação fiscal (venda de produção do estabelecimento), bem como pelo CFOP (6101), aliado ao CNAE da atividade econômica principal dos Fornecedores, fica claro que as mercadorias referentes a essas Notas Fiscais foram industrializadas pelo estabelecimento.

Observa também que o auditor fiscal considerou erroneamente o crédito de 1,1% em relação às mercadorias importadas sujeitas à Resolução nº 13 de 2012, do Senado Federal (doc. 58), as quais foram recebidas com alíquota de 4%.

O item 4.1 do Decreto 14.213/12 previa a glosa do crédito das mercadorias importadas até 31/12/2014, mas foi revogado pelo Decreto 15.807, de 30/12/14.

Considerando também o Regulamento do ICMS do Espírito Santo, Art. 530 – L-R-K, § 3º, (docs. 59 e 60), o incentivo fiscal previsto neste Artigo não inclui as mercadorias importadas:

*“§ 3.º O disposto neste artigo não se aplica às operações:
[...]
VII - nas transferências de mercadorias ou bens importados sujeitos aos efeitos da Resolução n.º 13, de 2012, do Senado Federal.” (grifo nosso)*

Consigna que é, ainda, entendimento da DITRI, através do Parecer 7530/2015 emitido ao estabelecimento Matriz (docs. 61 e 62), que o crédito em relação às mercadorias importadas pode ser apropriado conforme o destacado em documento fiscal: “*Tratando-se de operação anteriormente prevista no item 4.1 do Dec. nº 14.213/12 (item revogado pelo Dec. nº 15.807/14, efeitos a partir de 01/01/15), poderá a Consulente apropriar-se do crédito relativo ao imposto destacado no documento fiscal de aquisição das mercadorias ali especificadas.*”

A seguir, destaca a numeração das Notas Fiscais cujos créditos a Autuada pleiteia conforme a escrituração fiscal, à alíquota de 4%: 284.719, 284.797, 284.798, 284.801, 285.003, 285.396, 286.114, 286.370, 287.308, 289.376, 289.129, 48.333, 48.335, 48.337, 936.183, 939.150, 945.689, 945.765, 20.509 (docs.

63 a 86).

2. Mercadorias oriundas do Estado de Minas Gerais

Diz que, em relação às Notas Fiscais 22.023, 33.244, 1.061.227, 1.061.228, 110.702, 513273, 513278, 517053, 520048 e 521547 (docs. 87 a 107), o auditor fiscal considerou o crédito de 3%, tendo por base o subitem 2.1 do Decreto 14.213/12 “*Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista.*”, “*Crédito presumido, de modo que a carga tributária, nas operações de saídas promovidas pelo contribuinte, resulte em no mínimo 3% - Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG.*”

No entanto, aduz que os contribuintes fornecedores em relação às referidas Notas Fiscais não são estabelecimentos atacadistas e sim estabelecimentos industriais, conforme se observa o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica nos anexos.

Por isso, contesta a infração, pois, pela natureza da operação fiscal (venda de produção do estabelecimento), bem como pelo CFOP (6101) fica claro que as mercadorias referentes a essas Notas Fiscais foram industrializadas pelo estabelecimento.

Neste contexto, diz que não se observa no referido Decreto impedimento à apropriação integral do crédito em relação às mercadorias importadas com alíquota de 4%, entretanto o auditor fiscal considerou apenas o crédito de 3% em relação às Notas Fiscais 183.845, 183.846, 11.130.214, 11.130.215 (docs. 108 a 112).

3. Mercadorias oriundas do Estado de Goiás

Diz que o auditor fiscal considerou como admitido apenas o crédito de 7% e 9% em relação às mercadorias remetidas por estabelecimentos industriais, Notas Fiscais: 697983, 698065, 698066, 704443, 311272, 316911, 316912, 692759 e 97367 (docs. 113 a 130), tendo por base o subitem 1.11 “*Outras mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou atacadista.*”, “*Crédito outorgado de 3% sobre o valor da operação – Art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO.*”; e o item 1.9 “*Óleo vegetal comestível remetido de estabelecimento atacadista.*” “*Crédito outorgado de 5% sobre a base de cálculo – Art. 11, XXV do Anexo IX do RICMS/GO.*”

Destaca que, como se observa, de acordo com os itens especificados acima, do Anexo Único do Decreto 14.213/12, não há impedimento da apropriação integral dos créditos, quando o remetente for estabelecimento industrial.

Contesta a infração, pois, pela natureza da operação fiscal (venda de produção do estabelecimento), bem como pelo CFOP (6101) fica claro que as mercadorias referentes a essas Notas Fiscais foram industrializadas pelo estabelecimento, inclusive, a atividade industrial pode ser comprovada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica em anexo.

Feitas as correções acima, de acordo com planilha anexa (docs. 131 a 134), diz que assim fica o levantamento dos valores apurados da infração 03:

Total da Infração Apurada	R\$ 40.428,80
Total Contestado	R\$ 33.594,92
Total da Diferença	R\$ 6.833,88

• Infração 04 – 03.02.02

Observa que o Artigo 268, Inciso XXV do RICMS/BA, vigente na época, previa a redução da base de cálculo de leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 7% (sete por cento).

Entretanto, diz que isso não foi levado em consideração pelo auditor fiscal. Consigna que seguem as Notas Fiscais de aquisição dos respectivos produtos recebidos com redução da base de cálculo, por se tratar de mercadorias “*envasadas*” no Estado da Bahia, portanto, “*industrializadas*” neste Estado.

Diz que a DITRI, através do Parecer 27102/2015 (docs. 135 e 136), emitido ao estabelecimento matriz, assim expõe:

“Para fins de caracterização do processo industrial e aplicabilidade da carga reduzida estabelecida no art. 268, inciso XXV, do RICMS/BA, devem ser adotados os critérios estabelecidos no art. 4º do RIPI - Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, instituído pelo Decreto Federal nº 7.212/2010, e que incluem, entre os processos caracterizados como industriais, a colocação de embalagem de apresentação, ainda que em substituição da original, exceto quando a embalagem colocada se destinar apenas ao transporte do produto (acondicionamento ou reacondicionamento). Dessa forma, tratando-se de leite em pó ou composto lácteo embalado neste Estado (colocação de embalagem de apresentação), ou submetido a outros processos caracterizados como industrialização, será aplicável a redução de base de cálculo estabelecida no art. 268, inciso XXV, do RICMS/BA, de forma que a carga tributária incidente sobre as operações internas corresponda a 7% (sete por cento).”

Frisa que o Decreto 16.151/2015 alterou a redação do inciso XXV, substituindo a expressão “fabricados” por “industrializados”.

Levantamento efetuado pelo auditor fiscal:				
DATA DA VENDA	CÓDIGO DO PRODUTO	DESCRIÇÃO	CARGA TRIBUTÁRIA AUDITADA	DIFERENÇA APURADA
30/11/2016	104191	Leite pó Molico 500G	18%	R\$ 24,44
30/11/2016	107432	Leite pó Ninho Fases 1+ 800G	18%	R\$ 41,36
30/11/2016	113552	Leite pó Ninho instantâneo sache 800G	18%	R\$ 1.147,32
31/12/2016	104191	Leite pó Molico 500G	18%	R\$ 28,94
31/12/2016	107432	Leite pó Ninho Fases 1+ 800G	18%	R\$ 54,07
31/12/2016	113552	Leite pó Ninho instantâneo sache 800G	18%	R\$ 1.140,53
		TOTAL		R\$ 2.436,66

Relação de Notas Fiscais de aquisição dos produtos (docs. 137 a 140)						
DATA DE EMISSÃO	NF	SÉRIE	FORNECEDOR	CNPJ	CÓDIGO DO PRODUTO	DESCRIÇÃO
30/11/2016	458168	001	Nestlé Brasil Ltda	60.409.075/0196-86	104191	Leite pó Molico 500G
10/11/2016	451670	001	Nestle Brasil Ltda	60.409.075/0196-86	107432	Leite pó ninho fases 1+ 800G
10/11/2016	451671	001	Nestle Brasil Ltda	60.409.075/0196-86	113552	Leite pó ninho instantâneo sache 800G

Observa que, efetuadas as correções acima, assim ficaria o demonstrativo dos valores apurados:

Total da infração apurada	R\$ 12.898,70
Total contestado	R\$ 2.436,66
Diferença	R\$ 10.462,04

• **Infração 06 – 07.01.02**

Diz que da análise do levantamento fiscal, observa-se alguns equívocos cometidos pelo auditor fiscal, conforme demonstrativo abaixo:

1. Analisando os demonstrativos dos valores recolhidos referentes à Substituição Tributária, observa-se que o auditor fiscal não incluiu vários recolhimentos feitos através de GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, sendo que os valores apurados pelo auditor compõem-se basicamente dos DAEs com código 1145 e algumas GNREs em nome da empresa destinatária. Os recolhimentos apresentados a seguir não foram considerados na somatória realizada pelo auditor.

CNPJ	RAZÃO SOCIAL	Nº NF	DATA DA EMISSÃO	VALOR GNRE
31.470.024/0001-38	CATUABA INDÚSTRIA DE BEBIDAS S/A	81879	15/09/2016	R\$ 908,98
27.014.031/0001-91	INDÚSTRIA DE MASSAS ALIMENTÍCIAS VILLONI LTDA	222459	10/10/2016	R\$ 661,27
TOTAL DO MÊS 10/2016				R\$1.570,25

Docs 141 a 148

CNPJ	RAZÃO SOCIAL	Nº NF	DATA DA EMISSÃO	VALOR GNRE
09.319.467/0001-73	RODRIGO SILVA PAIVA CIA LTDA	12692	07/11/2016	R\$ 81,20
14.898.086/0001-26	SALTEGA IND. COM. DISTRIB DE CEREAIS LTDA	26683	04/11/2016	R\$ 99,96
09.319.467/0001-73	RODRIGO SILVA PAIVA CIA LTDA	12693	07/11/2016	R\$ 427,69
07.737.933/0001-05	DELICIUS INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA	59785	08/11/2016	R\$ 501,86
01.615.785/0001-70	RENATO PASSARIN E FILHOS LTDA	11960	07/11/2016	R\$ 247,52
05.388.725/0001-12	MOAS IND. E COM. IMP. & EXP. LTDA	140061	09/11/2016	R\$ 29,11
07.737.933/0001-05	DELICIUS INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA	59918	29/11/2016	R\$ 380,06
06.302.685/0007-00	HIGIMASTER DISTRIB PROD HIGIENE LTDA	7851	16/11/2016	R\$ 391,87
89.425.888/0007-03	PECIN S.A.	21150	18/10/2016	R\$ 72,55
02.003.095/0001-22	FLEXICOTTON IND. E COM. DE PROD DE HIG. PESSOAL S.A	35487	31/10/2016	R\$ 346,76
TOTAL DO MÊS 11/2016				R\$2.578,58
(Docs. 149 a 179).				

CNPJ	RAZÃO SOCIAL	Nº NF	DATA DA EMISSÃO	VALOR GNRE
14.898.086/0001-26	SALTEGA IND. COM. DISTRIB DE CEREAIS LTDA	27459	09/12/2016	R\$ 25,28
27.014.034/0001-91	INDUSTRIA DE MASSAS ALIMENTÍCIAS VILLONI LTDA	227575	12/12/2016	R\$ 115,71
59.478.455/0002-67	INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LIANE LTDA	412263	02/12/2016	R\$ 193,16
07.737.933/0001-05	DELICIUS INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA	60064	16/12/2016	R\$ 207,64
TOTAL DO MÊS 12/2016				R\$541,79
(Docs. 180 a 189).				

- Diz observar erro na aplicação da Substituição Tributária aos produtos “massa para pizza, massa para pastel e massa para empanada; pipoca; balde; escada de alumínio; “caixa inf. decora baby”, uma vez que o Anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012 não contempla tais mercadorias, sendo, portanto, tributadas normalmente – NF 33.244, 92.719, 92.720, 92.810, 92.811, 92.949, 93.349, 93.350, 14.937, 295.180, 93.663, 93.664, 683.880 e 434.395 (docs. 190 a 209).
- Registra que houve erro no cálculo da Substituição Tributária referente à apuração do crédito do ICMS da Nota Fiscal nº 936.174 (doc. 210), origem do Espírito Santo, em relação aos produtos importados “massa Rena superiore”, adquiridos com alíquota de 4%, quando considerou apenas o crédito de 1,1%. O Anexo Único do Decreto 14.213/12 não contempla a glosa do imposto em relação às mercadorias importadas com origem do ES.
- Consigna que o auditor fiscal desconsiderou o crédito integral de 12% no cálculo da Substituição Tributária em relação aos produtos da cesta básica “macarrão e espagueti” – Nota Fiscal nº 222.459 (doc. 211), sendo que a Lei 7.014/1196, Art. 26, § 4, Inciso IV não prevê o estorno do imposto em tais casos: “*Entendem-se como saldos credores acumulados aqueles decorrentes de operações ou prestações subsequentes:*”

[...]

IV - com alíquota inferior à das operações ou prestações anteriores;” (grifo nosso)

- Por fim diz que houve erro na aplicação da MVA (Margem de Valor Agregado) em relação à Nota Fiscal nº 60.064 (doc. 212), uma vez que o fornecedor é optante do Simples Nacional (doc. 213) – CNPJ 07.737.933/0001-05 – Delicius Indústria de Alimentos Ltda – ME. A margem correta é de 70% e não 92,80%, conforme prevê o Artigo 295, § 3º do RICMS/BA.

Efetuada essas correções acima, aduz que o demonstrativo de débito da Infração 6 calculado

	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO
Antecipação calculada	R\$ 4.077,19	R\$ 16.081,47	R\$ 7.716,76
Recolhimentos (1)	R\$ 3.480,73	R\$ 12.992,92	R\$ 6.280,58
Recolhimentos (2) GNRE	R\$ 1.570,25	R\$ 2.578,58	R\$ 541,79
Antecipação a pagar	R\$ (-) 973,79	R\$ 509,97	R\$ 894,39

Diz que, “conforme já relatado, reconhece o erro cometido, tendo inclusive, anexado o recolhimento do valor que considera devido, mas não pode deixar de demonstrar a insubsistência de parte do Auto de Infração que motivou a presente defesa, conforme amplamente demonstrado e comprovado no corpo da presente.”.

Logo, a fim de que não seja injustamente tributada em valores indevidos, apoiada em todo o exposto e nas provas documentais anexadas, reclama, pois, ante a injustiça ocorrida, para pleitear ao Sr. Julgador que acolha as razões expostas, acatando a presente defesa e retificando o auto de infração nos termos desta. Assim posto, requer:

- 1) que seja o auto julgado parcialmente improcedente. Se assim não entendido,
- 2) protesta por todo o meio de prova admitido no direito, inclusive que seja feita diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Auditor Fiscal, comprovando as alegações de erro na apuração aqui demonstradas, e ainda,
- 3) que seja praticada a JUSTIÇA com o julgamento da improcedência parcial do auto.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 329/330 dos autos, assim posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

- - Infração 02 – Itens contestados:

“Balde Arqplast”, “Balde Plasvale” e “Balde Noviça Sekita”, diz que o Contribuinte tem razão.

“Massa pizza”, “Massa lasanha”, “Massa pastel” e “Massa para pastel”, diz que todas mercadorias pertencem à NCM 1902.1 e estão enquadradas no item 11.16 do Anexo 1 do RICMS vigente à época do fato gerador.

“Cadeado”, diz que o Contribuinte Autuado tem razão.

“Escada prima alumínio”, também diz que o Contribuinte Autuado tem razão.

“Pipoca Gulozinha”, pertence à NCM 1904.1. Este tipo de pipoca diz que é feita com a canjica do milho, que é um cereal, através do processo de expansão. Destaca que o produto está enquadrado no item 11.7 do RICMS vigente à época do fato gerador.

“Massa empanada”, (massa destinada a fazer empanadas), produto pertencente à NCM 1902.1, registra que está enquadrada no item 11.16 do Anexo 1 do RICMS vigente à época do fato gerador.

“Anil Colman”, retirado da autuação. Também “óleo de peroba”, diz que foi retirado da autuação

- -Infração 03 – Estado do Espírito Santo

Diz que foram retiradas as notas fiscais citadas no item 1.1, folha 78. As mercadorias das notas fiscais citadas no item 1.2, folha 79, foram emitidas por estabelecimentos atacadistas, portanto aduz que estão enquadradas no item 4.2 do Dec. 14.213 de 2012.

- -Infração 03 - Estado de Minas Gerais –

Diz que item 2.1, folha 79 - retiradas as notas fiscais 22.023, 33.244, 1.061.228, 110.702, 513.273, 513.278, 517.053, 520.048, 521.547. Por sua vez, as mercadorias da nota fiscal 1.061.227 estão enquadradas no item 2.6 do Dec. 14.213 de 2012.

Quanto ao item 2.2, folha 79 – diz que as mercadorias foram remetidas por estabelecimentos atacadistas, portanto estão enquadradas no item 2.1 do Dec. 14.213 de 2012.

- -Infração 03 - Estado de Goiás

Registra que foram retiradas as notas fiscais do item 3.1, folha 79.

- - Infração 04

Consigna que foram efetuadas as correções para carga tributária de 7%.

- - Infração 06 –

Diz que o item 1 não considerou a GNRE emitida por CNPJ 07.737.933/0001-05, valor R\$207,64, folha 290, pois a mesma tem como favorecido o Estado de Minas Gerais.

Quanto ao item 2, diz que foram retirados os “baldes”, “escadas de alumínio” e “caixa inf. Decora baby”, “massa para pizza”, “massa para pastel” e “massa para empanada”, todas pertencentes à NCM 1902.1, estão enquadradas no item 11.16 do Anexo 1 do RICMS vigente à época do fato gerador.

“Pipoca Gulozinha”, pertencente à NCM 1904.1, é um tipo de pipoca que é feita com a canjica do milho, que é um cereal, através do processo de expansão. Destaca que o produto está enquadrado no item 11.7 do RICMS vigente à época do fato gerador.

Item 3 - mercadoria remetida por estabelecimento atacadista, enquadrada no item 4.2 do Dec. 14.213 de 2012.

Item 4 – diz que foi efetuado as devidas correções.

Item 5 - diz que foi efetuado as devidas correções.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$67.454,44, relativo a seis irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$11.221,40, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$78.675,84, sendo impugnadas parcialmente as infrações 2, 3, 4 e 6. Por sua vez, as infrações 1, 5, 7 e 8, foram acatadas pelo defendente, inclusive com manifestação expressa nos autos de que estaria efetuando o parcelamento do débito que considera devido, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe de forma parcial em relação às infrações 2, 3, 4 e 6.

A infração 2 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 14/19 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 08. Lançado ICMS no valor de R\$625,67, 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 de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Consigna o sujeito passivo que, no caso em tela, em relação ao demonstrativo dos valores apurados na ação fiscal, o autuante considerou como indevidos os créditos apropriados pela empresa em relação aos seguintes produtos: “*balde Arqplast*”, “*balde Plasvale*”, “*balde Novixa Sekito*”, “*massa pizza*”, “*massa lasanha*”, “*massa pastel*”, “*massa p/pastel*”, “*massa empanada*”, “*cadeado*”, “*escada prima alumínio*” e “*pipoca Gulozinha*”, “*anil*”, “*óleo de peroba*”, alegando que tais mercadorias estariam sujeitas à Substituição Tributária, o que contesta.

Aduz que o Anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012, vigente à época, não contemplava tais mercadorias. Do total de R\$625,67, apurado pelo Autuante, reconhece apenas o valor de R\$230,60, conforme demonstrativo que aponta à fl. 77 dos autos.

Em sede de informação fiscal, o autuante concordou com as considerações de defesa, exceto em relação a “*Pipoca Gulozinha*”, pertence à NCM 1904.1. Diz que este tipo de pipoca é feita com a canjica do milho, que é um cereal, através do processo de expansão. Neste contexto destaca que o produto está enquadrado no item 11.7 do RICMS vigente à época do fato gerador. Por sua vez, diz que “*massa empanada*”, ou seja, massa destinada a fazer empanadas, é um produto pertencente à NCM 1902.1, que estava enquadrada no item 11.16, do Anexo 1 do RICMS vigente à época do fato gerador.

Após as exclusões dos itens que entendeu restarem procedentes as arguições da defesa, elaborou novo demonstrativo de débito da infração de 2, alterando o valor de R\$625,67 para o valor de R\$357,53 na forma do novo demonstrativo de débito às fls. 332/335 dos autos, o qual foi dado ciência ao defendente na forma da legislação, conforme documento de fl. 368, em que se tem o registro do recebimento pelo autuado ou representante legal, o qual se manteve silente.

Entendo, portanto, restar subsistente parcialmente a infração 2 no valor de R\$357,53, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr.	Data Vencto.	Valor Histórico– R\$
30/11/2016	30/11/2016	343,13
31/12/2016	31/12/2016	14,40
Total da Infração 2		357,53

A infração 3, diz respeito à utilização indevida de créditos fiscais, relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS, não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar n.º 24/75, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 20/23 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$40.428,80, com enquadramento nos art(s). 1º e 8º da Lei Complementar n.º 24/75, c/c §§ 1º e 2º, do art. 1º e art. 2º do Decreto n.º 14.213/12, e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei n.º 7.014/96.

O sujeito passivo diz que, conforme dispõe o § 1º, do art. 1º do Decreto 14.213/12, “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único do próprio Decreto.” Neste contexto, da análise do levantamento dos créditos apurados pela Fiscalização, aduz que não se observou vários casos que não estão contemplados no Anexo Único do referido Decreto, como *mercadorias oriundas dos Estados do Espírito Santo, de Minas Gerais e de Goiás, que relaciona na manifestação de defesa às fls. 78,79 e 80 dos autos.*

Em sede de informação fiscal, o autuante às fls. 329/330 dos autos, em relação às mercadorias oriundas do Estado do Espírito Santo, diz que foram retiradas as notas fiscais citadas no item 1.1 da defesa à fl. 78 dos autos. Quanto às mercadorias acobertadas pelas notas fiscais citadas no item 1.2 da defesa à fl. 79, registra que foram emitidas por estabelecimentos atacadistas, portanto aduz que estão enquadradas no item 4.2 do Dec. 14.213 de 2012.

Relativamente às mercadorias oriundas do Estado de Minas Gerais objeto do item 2.1 da defesa à fl. 79 dos autos, diz que foram retiradas da autuação as notas fiscais 22.023, 33.244, 1.061.228, 110.702, 513.273, 513.278, 517.053, 520.048, 521.547. Por sua vez, as mercadorias objeto da nota fiscal 1.061.227, estão enquadradas no item 2.6 do Dec. 14.213 de 2012. Quanto ao item 2.2, à fl. 79 dos autos, diz que as mercadorias foram remetidas por estabelecimentos atacadistas, portanto estão enquadradas no item 2.1 do Dec. 14.213 de 2012.

Por sua vez, em relação às mercadorias oriundas do Estado de Goiás, registra que foram retiradas as notas fiscais do item 3.1 da defesa, constante da fl. 79 dos autos.

À fl. 336 dos autos, o agente Fiscal autuante produz novo demonstrativo de débito da Infração 3, após as exclusões que entendeu serem devidas com a manifestação de defesa do sujeito passivo, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr.	Data Vencto.	Valor Histórico– R\$
31/10/2016	31/10/2016	154,67
30/11/2016	30/11/2016	5.996,13
31/12/2016	31/12/2016	2.079,31
Total da Infração 3		8.230,11

Na realidade, o demonstrativo de débito remanescente da Infração 3 acima destacado, relaciona a utilização de crédito decorrente de operações de aquisições de mercadorias originárias dos Estados do Espírito Santo e de Minas Gerais que concederam crédito presumido vedado pelo

Decreto Estadual nº 14.213/12.

Segundo determinações do aludido Decreto, era vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias oriundas de Estados alinhados ao Decreto, como é o caso em debate, somente seria admitido nos percentuais indicados e efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo único do Decreto nº 14.213/12, para as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista.

Todavia foi editada a Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017, que permitiu aos Estados e ao Distrito Federal editarem convênio específico para a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos sem o aval do CONFAZ, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, a exemplo dos especificados no Decreto Estadual nº 14.213/12 decorrente de operações oriundas dos Estados do Espírito Santo e de Minas Gerais.

Neste sentido, a Lei Complementar dispôs, entre outras situações, que os Estados deveriam listar todos os atos normativos que concederam benefícios fiscais e depositá-los na secretaria do CONFAZ, além do efeito retroativo às disposições, o que afasta todo o eventual passivo existente decorrente de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos sem o aval do CONFAZ, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Em decorrência dessas disposições, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Com o advento do Convênio ICMS 190/17, foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos por legislação estadual ou distrital, publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

As disposições da LC 160/17, com a consequente edição do Convênio ICMS 190/2017, objetivou pacificar a enorme litigância acerca da matéria, a *“guerra fiscal do ICMS”*, convalidando todos os incentivos fiscais concedidos à margem do CONFAZ, afastando passivos eventualmente existentes nos entes Federativos do Estado Brasileiro.

Em cumprimento ao prazo estabelecido no inciso I, da cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17, o Estado da Bahia, por exemplo, publicou no seu Diário Oficial, em 17.03.2018, a relação dos atos normativos relativos a incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, por meio do Decreto nº 18.270/18.

Neste contexto, também os Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, envolvidos no saldo remanescente da lide deste item do Auto de Infração em tela, publicaram nos seus respectivos Documentos Oficiais, a relação dos atos normativos relativos aos incentivos que manejaram, convalidando no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), como parte do pacote de medidas após a aprovação do Convênio ICMS 190/17.

Assim, tendo o Convênio nº 190/2017, regulamentado o conteúdo da LC nº 160/2017, que autorizou os Estados e o Distrito Federal a convalidarem os incentivos fiscais de ICMS concedidos à margem do CONFAZ, e cumpridas as regras estipuladas, além do efeito retroativo às disposições, fica afastado todo o eventual passivo existente.

Estando, pois, convalidados os incentivos fiscais objeto da Infração 3, remidos estão os créditos tributários suporte ao saldo remanescente apontado acima, decorrente de utilização indevida de créditos fiscais, que tiveram origem nas entradas interestaduais de mercadorias, contempladas

com benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da LC nº 24/75, conforme orientação do Decreto nº 14.213/2012, que tratava sobre a glosa de créditos fiscais, também revogado por meio do Decreto nº 18.219/2017, com efeito válidos a partir de 27 de janeiro de 2018, na data da sua publicação.

Assim, tendo o Convênio nº 190/2017, regulamentado o conteúdo da LC nº 160/2017, que autorizou os Estados e o Distrito Federal a convalidarem os incentivos fiscais de ICMS concedidos à margem do CONFAZ, e cumpridas as regras estipuladas, além do efeito retroativo às disposições, fica afastado todo o eventual passivo existente decorrente desse contexto, que é o objeto do saldo remanescente deste item da autuação.

Convalidado os incentivos fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, os quais se relacionam os créditos fiscais glosados objeto do saldo remanescente da Infração 3 acima destacado, entendendo restar insubsistente este item da autuação. Infração 3 insubsistente.

A infração 4, se relaciona a recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 24/27, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$12.898,70, 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.

O sujeito passivo consigna em sede de defesa, que o art. 268, inc. XXV do RICMS/BA, vigente na época, previa a redução da base de cálculo de “leite em pó” e “composto lácteo em pó”, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 7% (sete por cento). Entretanto, diz que isso não foi levado em consideração pelo auditor fiscal.

Acosta, em sede de defesa, as notas fiscais de aquisição dos respectivos produtos recebidos com redução da base de cálculo, por se tratar de mercadorias “envasadas” no Estado da Bahia, portanto, “industrializadas” neste Estado.

Observa que a DITRI, através do Parecer 27102/2015 de fls. 235/236, emitido ao estabelecimento matriz, assim expõe:

“Para fins de caracterização do processo industrial e aplicabilidade da carga reduzida estabelecida no art. 268, inciso XXV, do RICMS/BA, devem ser adotados os critérios estabelecidos no art. 4º do RIPI - Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, instituído pelo Decreto Federal nº 7.212/2010, e que incluem, entre os processos caracterizados como industriais, a colocação de embalagem de apresentação, ainda que em substituição da original, exceto quando a embalagem colocada se destinar apenas ao transporte do produto (acondicionamento ou reacondicionamento). Dessa forma, tratando-se de leite em pó ou composto lácteo embalado neste Estado (colocação de embalagem de apresentação), ou submetido a outros processos caracterizados como industrialização, será aplicável a redução de base de cálculo estabelecida no art. 268, inciso XXV, do RICMS/BA, de forma que a carga tributária incidente sobre as operações internas corresponda a 7% (sete por cento).”

Por outro lado, frisa que o Decreto nº 16.151/2015, alterou a redação do inciso XXV, substituindo a expressão “fabricados” por “industrializados”. Neste contexto, após efetuar as correções que entende serem devidas para a autuação, apresenta quadro indicando que o débito a ser mantido na Infração 4 é de R\$10.462,04.

Em sede de Informação Fiscal, à fl. 330, dos autos o agente Fiscal manifesta por acatar as considerações de defesa, em que diz afirmar ter efetuado as correções dos termos da autuação para carga tributária de 7%. Então, apresenta novo demonstrativo de débito da Infração 4 às fls. 348/353 dos autos, no valor de R\$10.462,04, mesmo montante acatado pela defesa.

Não vendo nada que desabone as alterações efetuadas, entendo, portanto, restar subsistente parcialmente a infração 4 no valor de R\$10.462,04, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr.	Data Vento.	Valor Histórico – R\$
30/11/2016	30/11/2016	4.778,22
31/12/2016	31/12/2016	5.683,82

Total da Infração 4	10.462,04
----------------------------	------------------

A infração 6 diz respeito a ter efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de outubro, novembro de dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 58/63, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$8.254,89, com enquadramento nos artigos 8º, inc. II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa às fls. 82, 83 e 84 dos autos, diz que da análise do levantamento fiscal, observa-se alguns equívocos cometidos pelo auditor fiscal. Registra que analisando os demonstrativos dos valores recolhidos referentes à substituição tributária, observa que a Fiscalização não incluiu vários recolhimentos efetuados através de GNRE, sendo que os valores apurados na autuação compõem basicamente dos DAEs com código 1145 e algumas GNREs em nome da empresa destinatária. Destaca à fl. 82, na forma de demonstrativo, os recolhimentos que não foram considerados no levantamento fiscal.

Diz, também, observar erro na aplicação da substituição tributária aos produtos “*massa para pizza*”, “*massa para pastel*” e “*massa para empanada*”; “*pipoca*”; “*balde*”; “*escada de alumínio*”; “*caixa inf. decora baby*”, uma vez que o Anexo 1 do RICMS/12 não contempla tais mercadorias, sendo, portanto, tributadas normalmente – NF 33.244, 92.719, 92.720, 92.810, 92.811, 92.949, 93.349, 93.350, 14.937, 295.180, 93.663, 93.664, 683.880 e 434.395 (fls. 291/310).

Registra, também, que houve erro no cálculo da substituição tributária referente à apuração do crédito do ICMS da Nota Fiscal nº 936.174 (fl. 311), origem do Espírito Santo, em relação aos produtos importados “*massa rena superior*”, adquiridos com alíquota de 4%, quando considerou apenas o crédito de 1,1%. O Anexo Único do Decreto 14.213/12 não contempla a glosa do imposto em relação às mercadorias importadas com origem do Espírito Santo (ES).

Consigna que o auditor fiscal desconsiderou o crédito integral de 12% no cálculo da substituição tributária em relação aos produtos da cesta básica “*macarrão e espagueti*” – Nota Fiscal nº 222.459 (fl. 312). Argui que a Lei 7.014/96, art. 26, § 4, Inciso IV não prevê o estorno do imposto em tais casos.

Por fim, diz que houve erro na aplicação da MVA (Margem de Valor Agregado) em relação à Nota Fiscal nº 60.064 (fl. 314), uma vez que o fornecedor é optante do Simples Nacional (fl. 315) – CNPJ 07.737.933/0001-05 – *Delicius Indústria de Alimentos Ltda – ME*. A margem correta é de 70% e não 92,80%, conforme prevê o Artigo 295, § 3º do RICMS/BA.

Efetuada essas correções acima, aduz que o demonstrativo de débito da Infração 6 calculado é o apresentado a seguir:

ITENS	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO
Antecipação calculada	R\$ 4.077,19	R\$ 16.081,47	R\$ 7.716,76
Recolhimentos (1)	R\$ 3.480,73	R\$ 12.992,92	R\$ 6.280,58
Recolhimentos (2) GNRE	R\$ 1.570,25	R\$ 2.578,58	R\$ 541,79
Antecipação a pagar	R\$ (-) 973,79	R\$ 509,97	R\$ 894,39

Em sede de Informação Fiscal à fl. 330 dos autos, o autuante observa que, do item 1 da defesa relativo à Infração 6, não considerou a GNRE emitida por CNPJ 07.737.933/0001-05, no valor de R\$207,64 (fl. 290), pois a mesma tem como favorecido o Estado de Minas Gerais.

Quanto ao item 2 da defesa, relativo à Infração 6, observa que foram retirados os “*baldes*”, “*escadas de alumínio*” e “*caixa inf. Decora baby*”, “*massa para pizza*”, “*massa para pastel*” e “*massa para empanada*”, todas pertencentes à NCM 1902.1, estão enquadradas no item 11.16 do Anexo 1 do RICMS vigente à época do fato gerador. Todavia, o produto “*pipoca gulozinha*”, pertencente à NCM 1904.1, diz que é um tipo de pipoca que é feita com a canjica do milho, que é

um cereal, através do processo de expansão. Destaca que o produto está enquadrado no item 11.7 do RICMS vigente à época do fato gerador.

Quanto ao item 3 da defesa, relativo à Infração 6, diz relacionar a mercadoria remetida por estabelecimento atacadista, enquadrada no item 4.2 do Dec. 14.213 de 2012. Por sua vez, em relação aos itens 4 e 5 da defesa, relativo à Infração 6, diz ter efetuado as devidas correções.

Então, o agente Fiscal, após as correções efetuadas, apresenta novo demonstrativo de débito da Infração 6 às fls. 348/353 dos autos, registrando o valor remanescente de R\$4.310,22, o qual foi dado ciência ao defendente na forma da legislação, conforme documento de fl. 368, em que se tem o registro do recebimento pelo autuado ou representante legal, o qual se manteve silente.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas, entendo, portanto, restar subsistente parcialmente a infração 6 no valor de R\$4.310,22, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr.	Data Vencto.	Valor Histórico- R\$
31/10/2016	31/10/2016	0,00
30/11/2016	30/11/2016	1.988,57
31/12/2016	31/12/2016	2.321,65
Total da Infração 6		4.310,22

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o montante da autuação é o seguinte:

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO
Infração 1	122,68	122,68
Infração 2	625,67	357,53
Infração 3	40.428,80	0,00
Infração 4	12.898,70	10.462,04
Infração 5	5.123,70	5.123,70
Infração 6	8.254,89	4.310,22
Infração 7	810,40	810,40
Infração 8	10.411,00	10.411,00
TOTAL	78.675,84	31.597,57

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 **281394.0009/17-3**, lavrado contra **SUPERMERCADO FAE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.376,17**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$15.252,47, e de 100% sobre o valor de R\$5.123,70, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.221,40**, previstas nos incisos IX e XI da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Fevereiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR