

A. I. N° - 274068.0012/17-0  
AUTUADO - ATA KAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI.  
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.08.2019

## 2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0132-02/19

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A defesa apresentou provas que indicam erro da situação tributária adotada pela Autuante em parte de seu levantamento fiscal. Infração subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A defesa apresentou provas que indicam erro da situação tributária adotada pela Autuante em parte de seu levantamento fiscal. Infração subsistente em parte. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Defesa concordou com o lançamento e efetuou o pagamento. Infração subsistente. Indeferido pedido de perícia. Elementos constantes dos autos suficientes para elucidação da demanda. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 27/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$214.488,25, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

**Infração 01 - 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$3.374,13.

O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de notas fiscais constantes no anexo 4.1.

**Infração 02 - 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$211.004,62.

O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de cupons fiscais constantes no anexo 4.2.

**Infração 03 - 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$109,50.

O contribuinte deu saída em operação interestadual sem destacar o imposto.

Tudo conforme demonstrativos e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético.

Arquivo do Demonstrativo: ANEXO 4.3 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – BONIFICAÇÃO PARA OUTRO ESTADO. Anexos: NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital)

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos

documentos constantes às fls. 20 a 35, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir: Iniciou a peça defensiva explicando que o Auto de Infração representa lançamento de crédito fiscal de ofício referente 03 infrações, as quais descrevem, e ressalta que a Impugnante irá defender em parte as infrações 01 e 02, e reconhecer com pagamento integral à infração 03.

Em relação à Infração 01 ressalta que será reconhecido como devido o valor de R\$1.084,70, pois de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária.

Repisa que a Autuante alegou que a Impugnante teria realizado operações tributáveis como não tributáveis no exercício de 2013, mas ressalva que isso se deveu ao fato da Autuante ter desconsiderado que parte das mercadorias descritas no Anexo 4.1, eram isentas ou então estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, e que isso descharacteriza a exigência do imposto. Nesse sentido cita e reproduz o art. 290 do RICMS/12

Em seguida passa a discriminar as mercadorias que considera que eram isentas ou eram sujeitas ao regime da substituição tributária, tendo em vista que as suas NCM/SH estavam previstas no Anexo I do RICMS vigente à época, conforme diz demonstrar através da mídia que denominou (Doc. 02) e que consta às fls. 45, na qual diz conter um arquivo em formato Excel, identificado como “INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA” e que descreve conforme reproduzo em sua íntegra a seguir:

- 1) Linha 618 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 7592 (Doc. 03) - Purificador de Água – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:
  - a) NCM/SH identificada equivocadamente pela Autuante – **9506290**;
  - b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **3808.94.19**;
  - c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **25.2**.
- 2) Linhas 557 a 575 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 23254 (Doc. 04) – Pano Multiuso – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:
  - a) NCM/SH identificada pela Autuante – **39211400**;
  - b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **6307.10.00**;
  - c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **25.37**.
- 3) Linha 616 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 830.640 (Doc. 05) – Peru Sadia Temperado - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:
  - a) NCM/SH identificada pela Autuante – **2071200**;
  - b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **0207.25.00**;
  - c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **35**.
- 4) Linhas 603 e 604 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 094.459 (Doc. 06) – Pasta ETI carbonara e quatro queijos - Mercadorias sujeitas à Substituição Tributária:
  - a) NCM/SH identificada pela Autuante – **21069090**;
  - b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **1902.30.00**;
  - c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **33.1**.
- 5) Linhas 547 e 549 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 053.623 (Doc. 07) – Ondulatas queijo parmesão e queijo suíço - Mercadorias sujeitas à Substituição Tributária:
  - a) NCM/SH identificada pela Autuante – **19054000**;
  - b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **1904.10.00**;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 38.

6) Linhos 97 a 104 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 325.842 (Doc. 08) – Bala TOFFE chocolate - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

a) NCM/SH identificada pela Autuante – 21069060;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 1806.90.00;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 11.

7) Linhos 72 a 81 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 303.346 (Doc. 09) – Amendoin DORI com chocolate - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

a) NCM/SH identificada pela Autuante – 20079990;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 1806.90.00;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 11.

8) Linhos 576 a 599 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 002.687 (Doc. 10) – Pano de Prato Dona Julia - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

a) NCM/SH identificada pela Autuante – 39211400;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 6307.10.00;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 25.37.

9) Linhos 540 a 546 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 167.348 (Doc. 11) – Mocotó Bovino - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

a) NCM/SH identificada pela Autuante – 5040013;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0206.29.90;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 34.

10) Linhos 14 a 19 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 361.417 (Doc. 12) – Amendoin DORI com chocolate - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

a) NCM/SH identificada pela Autuante – 20079990;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 1806.90.00;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 11.”

Diz que parte das mercadorias contidas na mídia em anexo (Doc. 02), às fl., 45, as quais foram objeto da infração 01 estão sujeitas ao regime da substituição tributária, motivo pelo qual não há que se falar em prática de operações tributáveis como não tributáveis, já que o imposto foi devidamente recolhido à época. Afirma que o ocorrido foi que a Autuante desconsiderou a NCM/SH correta das mercadorias, motivo pelo qual acabou gerando essa suposta diferença a ser recolhida.

Complementa que a outra parte das mercadorias contidas na mídia em anexo e que também foram autuadas (Doc. 02), às fls. 45, eram isentas do recolhimento do ICMS, conforme também relata e reproduzo integralmente:

1) “Linhos 348 a 358 do arquivo Excel – Feijão – Mercadoria Isenta:

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “c” do RICMS/2012

2) Linhos 361 a 370 do arquivo Excel – Flocão de Milho - Mercadoria Isenta:

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/2012

**3) Linhos 84 a 94 do arquivo Excel - Arroz - Mercadoria Isenta:**

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “c” do RICMS/2012

**4) Linhos 663 a 676 do arquivo Excel – Ervilha – Mercadoria Isenta:**

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/2012;

**5) Linhos 677 a 690 do arquivo Excel – Kipolenta – Mercadoria Isenta:**

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/2012;

**6) Linhos 641 a 646 do arquivo Excel – Sal grosso – Mercadoria Isenta:**

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/2012;

**7) Linhos 238 a 272 do arquivo Excel – Creme de Milho – Mercadoria Isenta:**

\*Base legal da isenção: artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/2012;”

Remata dizendo haver demonstrado que parte da infração é improcedente, por conta de demonstrar que as mercadorias eram isentas ou estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Quanto à Infração 02 informa que a Impugnante irá reconhecer e efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 46.424,73, pois confirmou que de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assevera haver constatado que o mesmo equívoco cometido na infração 01, foi cometido também na infração ora em exame, tendo em vista que a Autuante levou em consideração a NCM/SH incorreta, motivo pelo qual não identificou que as mercadorias descritas no Anexo 4.2 estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Também em relação à infração 02, a Impugnante passou a demonstrar que parte das mercadorias objeto da autuação estava sujeita ao regime da substituição tributária, argumentando que as suas NCM/SH estavam previstas no Anexo I do RICMS vigente à época.

Para tanto, diz ter anexado à presente impugnação uma mídia (Doc. 02), às fls. 45 na qual diz conter um arquivo em formato Excel identificado como “INFRAÇÃO 02 - ANEXO 4.2 - ARGUMENTOS DEFESA”, onde identifica as mercadorias que pretende ver afastada da acusação fiscal e conforme descreve em sua peça defensiva e que reproduzo a seguir em sua íntegra.

**a) Linhos 147 a 150 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 003.454 (Doc. 13) – Mini Brinquedo – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:**

a) NCM/SH identificada pela Autuante – **9506200**;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **9503.00.50**;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **7**.

**b) Linhos 1580 a 1603 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 081.646 (Doc. 14) – Vaseline King - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:**

a) NCM/SH identificada pela Autuante – **27100062**;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **2710.19.91**;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **16.7**.

**c) Linhos 356 a 373 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 004.453 (Doc. 15) – Castanha Caju - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:**

a) NCM/SH identificada pela Autuante – **8024000**;

b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – **2008.19.00**;

c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - **38**.

d) Linhas 722 a 729 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 116.159 (Doc. 16) – Castanha Caju - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

- a) NCM/SH identificada pela Autuante – 29171210;
- b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 3402.20.00;
- c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 25.6.

e) Linhas 722 a 729 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 014.515 (Doc. 17) – Café Torrado - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

- a) NCM/SH identificada pela Autuante – 9012200;
- b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0901.21.00;
- c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 8.

f) Linhas 494 a 505 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 138.556 (Doc. 18) – Esponja de Banho LUX - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

- a) NCM/SH identificada pela Autuante – 96162000;
- b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 3924.90.00;
- c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 25.13.

g) Linhas 1422 a 1433 do arquivo Excel – Nota Fiscal nº 243.739 (Doc. 19) – Yokito Lanchinho - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

- a) NCM/SH identificada pela Autuante – 22081900;
- b) NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 1904.10.00;
- c) Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 38.

Aduz que é clara a necessidade de realização de uma revisão fiscal, para refazer o lançamento tanto da infração 01, quanto da infração 02, tendo em vista que as NCM/SH levadas em consideração pela Autuante não condizem com a realidade, conforme diz haver demonstrado através das explicações acima relatadas e dos documentos que afirma haver colacionado à presente.

Salienta que desde já requer a realização de diligência fiscal, a cargo da própria Auditora Fiscal Autuante ou, em complemento, pela Coordenadoria de Assuntos Técnicos (ASTEC), segundo o art. 37 do Decreto no 7592/99, que reproduz e apresenta os seguintes quesitos:

**“Infração 01:**

- a) As NCM/SH apontadas pela Auditora conferem com aquelas apontadas nas Notas Fiscais das mercadorias autuadas?
- b) As mercadorias descritas acima pelo Impugnante são sujeitas ao regime de substituição tributária ou à tributação normal?
- c) As demais mercadorias, que não foram apontadas pelo Impugnante nesta defesa, estão sujeitas ao regime de substituição tributária ou à tributação normal?
- d) O arroz, o feijão e o flocão de milho, e as demais mercadorias que constam como isentas no arquivo em formato Excel anexado à presente (Doc. 02 – “INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA”) correspondem a mercadorias isentas?

**Infração 02:**

- a) As NCM/SH apontadas pela Auditora conferem com as descritas nas documentações de suporte das mercadorias?

b) As mercadorias descritas acima pelo Impugnante são sujeitas ao regime de substituição tributária ou à tributação normal?;

c) As demais mercadorias, que não foram apontadas pelo Impugnante nesta defesa, estão sujeitas ao regime de substituição tributária ou à tributação normal?"

Ato contínuo a defesa aproveita para indicar seu assistente técnico, que diz estará à disposição para prestar toda e qualquer informação capaz de elucidar os aspectos contábeis que se vinculam aos lançamentos:

"(\*) MARCELO MORENO AMOR, CPF: 786.828.275-49, RG: CRC-BA 024707/O-3, com Endereço na Av. Luis Viana, Nº 6.312, Cond. Manhattan, Ed. SOHO-A Ap. 1101 – Patamares – CEP 41.680-400. E-mail: [marcelo.moreno@atakarejo.com.br](mailto:marcelo.moreno@atakarejo.com.br); Celular (71) 9 9721-3204"

Concluiu pedindo pelo deferimento do pedido de revisão fiscal formulado, e que se julgue o presente Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, homologando-se os recolhimentos feitos por conta do reconhecimento de parte dos débitos, e excluindo os lançamentos das operações que não eram tributáveis.

A Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 82 a 96 onde alinhou os seguintes arrazoados:

Incialmente destaca que a Impugnante reconheceu o valor de R\$ 1.084,70 referente à infração 01.

Diz que se baseou nos NCM's escriturados na Escrituração Fiscal Digital – EFD e nas notas fiscais de saída, todos de emissão da Impugnante e que foi a própria Impugnante que informou o NCM errado, e que isso pode ocasionar a classificação tributária do item erradamente.

Afirma que em relação ao item "2.1 - PURIFICADOR AGUA GRANULADO P/PIS 2500GR" – a Impugnante informou o NCM 9506290 e anexou a nota fiscal de entrada 7.592, às folhas 47, como prova que o NCM correto é 3808.94.19, que está no item 25.16 - Cloro estabilizado, ácidotricoloro, isocianúrico todos na forma líquida, em pó, granulado, pastilhas ou em tabletes e demais desinfetantes para uso em piscinas; flutuador 3x1 ou 4x1. E concorda que este item deverá ser anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Conforme plotagem que faz do DANFE N.º 000.062.761.

Quanto ao item "2.2 - PANOS MULTIUSO SEK 4905 BETTANIN 5UN" – diz que a Impugnante informou o NCM 3921.14.00 e anexou a nota fiscal de entrada 23.254, folhas 49, como prova que o NCM correto é 6307.10.00, que está no item 25.37- Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes. Concorda que este item também seja anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Conforme plotagem que faz do DANFE N.º 000.062.287.

Em relação ao item "2.3 - PERU SADIA TEMP CONG PRT KG" – salienta que a Impugnante informou o NCM 0207.12.00 e anexou a nota fiscal de entrada 830.640, folhas 51, como prova que o NCM correto é 0207.25.00, que está no item 35 - Produtos comestíveis resultantes do abate de aves. Afirma também que este deverá ser anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Conforme plotagem que faz do DANFE N.º 000.072.968.

Explica que o item "2.4 - PASTA ETI CARBONARA 180G e PASTA ETI QUATRO QUEIJOS 180G" – O impugnante informou o NCM 2106.90.90 e anexou a nota fiscal de entrada 94.459, folhas 53, como prova que o NCM correto é 1902.30.00, que está no item 33.1 - Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo. Afirma que estes itens em questão são recheados, e que, portanto não estão sujeitas a substituição tributária. Registra que estes itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Conforme plotagem que faz do DANFE N.º 000.060.126.

Tratando do item “2.5 - ONDULATAS QUEIJO PARMESAO 45GR e ONDULATAS QUEIJO SUI C/ERVAS FINAS 45GR” – afirma que a Impugnante informou o NCM 1905.40.00 e anexou a nota fiscal de entrada 53.623, folhas 55, como prova que o NCM correto é 1904.10.00, que está no item 38 - Salgados industrializados. Concorda que estes itens sejam anulados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Apresenta plotagem do DANFE 000.072.464.

Em relação ao item “2.6 - BALA TOFFE CHOCOLATE 150GR” – Informa que a Impugnante informou o NCM 2106.90.60 e anexou à nota fiscal de entrada 325.842, folhas 57, como prova que o NCM correto é 1806.90.00, que está no item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não. A mercadoria para ser enquadrada deve ter descrição e NCM de acordo com o Anexo 1 do RICMS/12. Entretanto diz que a descrição da mercadoria bala não se enquadra no item 11 e que sendo assim este item será mantido no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Apresenta a plotagem do DANFE 000.065.003.

Em análise ao item “2.7 - AMENDOIM DORI COM CHOCOLATE 100GR” – diz que a Impugnante informou o NCM 2007.99.90 e anexou a nota fiscal de entrada 303.346, folhas 59, como prova que o NCM correto é 1806.90.00, que está no item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não. Este item será anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Demonstra sua assertiva através da plotagem do DANFE 000.064.062.

Verificando o item “2.8 - KIT LIMPEZA 2 SACOS GRAT FRANELA 1UN, PANOS CHAO CRU D JULIA 1UN, PANOS ESFREGAO DONA JULIA 1UN, PANOS PRATO BARRADO D JULIA 1UN, PANOS PRATO D JULIA COLOR 1UN” – O impugnante informou o NCM 3921.14.00 e anexou a nota fiscal de entrada 2.687, folhas 61, como prova que o NCM correto é 6307.10.00, que está no item 25.37 - Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes. Confirma que este itens deverão anulados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Demonstra através da plotagem do DANFE 000.061.628.

Explica que o produto “2. 9 - MOCOTO BOVINO COMPRA KG “- O impugnante informou o NCM 0203.11.00 e anexou a nota fiscal de entrada 167.348, folhas 63, como prova que o NCM correto é 0206.29.90, que está no item 34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque. Afirma que este item será anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Aduz que o item “2.10 - \*AMENDOIM CHOCOLATE DORI 750GR” – O impugnante informou o NCM 2007.99.90 e anexou a nota fiscal de entrada 361.417, folhas 65, como prova que o NCM correto é 1806.90.00, que está no item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não. Diz que este também item será anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Passando a tratar das mercadorias que foram consideradas isentas pela Impugnante, a Autuante faz as seguintes considerações para cada item.

Diz que em relação ao item “3.1 – FEIJÃO”, a autuada considerou como isento de acordo como art. 265, II, alínea “c” do RICMS/12, conforme citado pela defesa com base na alínea “c”, do inciso II o art. 265 do RICMS/12, que reproduz, explica que a autuação que todos os itens de feijão constantes no anexo 4.1 têm o CFOP 6.929, foram destinados aos Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro, portanto em operações interestaduais que não estão contempladas com a isenção. Diz que estes itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Em relação ao item “3.2 – FLOCÃO DE MILHO” que a Impugnante alegou que é isento de acordo como art. 265, II, alínea “d” do RICMS/12, que reproduz, diz a Autuante que todos os itens de flocão de milho constantes no anexo 4.1 têm o CFOP 6.929, foram destinados ao Estado do Espírito Santo, tratando-se também de operações interestaduais e por isso não contempladas por isenção, que está restrita para operações internas. Assevera que estes itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

De referência ao item “3.3 – ARROZ” que o impugnante alegou ser isento de acordo como art. 265, II, alínea “c” do RICMS/12, que reproduz. Contudo aduz que o ARROZ RITTO 7 GRAOS MAETERRA 500GR, é uma mistura que contém arroz e outros grãos. Não é um produto só com arroz. Por este motivo diz a Autuante que não se enquadra na alínea c, do inciso II, do art. 265 do RICMS/12.

Ressalva que todos os demais itens de arroz constantes no anexo 4.1 têm o CFOP 6.929, foram destinados aos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, e por isso são operações interestaduais e não contempladas por isenção para operações internas. Assim afirma que estes itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Quanto ao produto “3.4 – ERVILHA”, que a Impugnante alegou ser isento de acordo como art. 265, I, alínea “a” do RICMS/12, e a alínea “d”, do inciso I da cláusula primeira do Convênio ICM 44/75, que reproduz, a Autuante informa que para a ervilha ser isenta, ela deve estar em estado natural. E que o item ERVILHA QUERO TP 200GR tem o NCM 2005, destinado a preparados ou conservados de produtos hortícolas, portanto não está no estado natural.

Quanto aos demais itens, tratam-se de ERVILHAS PARTIDAS, que também não está em estado natural. Conclui que os itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

De referência ao item “3.5 - KIPOLENTA E CREME DE MILHO” que a Impugnante alegou que a são isentos de acordo como art. 265, II, alínea “d” do RICMS/12, que reproduz, diz a Autuante que o produto derivado do milho para ser considerado fubá de milho e a farinha de milho devem só conter milho. E que caso o produto tenha adição de algum outro produto, como açúcar ou ferro, não se enquadra como fubá de milho e farinha de milho. Afirma que o KIPOLENTA YOKI 500GR tem adição de ferro e ácido fólico, conforme imagem da embalagem, que plotou no texto de sua informação fiscal. Afirma que estes itens serão mantidos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Em relação ao item “3.6 - SAL GROSSO” que a Impugnante alegou que se trata de produto isento de acordo como art. 265, II, alínea “d” do RICMS/12, que reproduz, afirma que o SAL GROSSO não é enquadrado como sal de cozinha, e que este item será mantido no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Concluiu a informação fiscal em relação à infração 01 afirmado que o seu valor fica modificado de acordo com o DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Portanto, conforme demonstrativo que indica, foi reduzido de R\$ 3.374,13 para R\$ 3.089,21.

Ao final dos esclarecimentos em relação aos produtos envolvidos na acusação fiscal que foram excluídos do demonstrativo relativo à infração 01, diz que estes referidos itens também foram objeto da infração 2, sendo também excluídos no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA.

Adentrando à infração 2, lembra que a Impugnante reconheceu o valor de R\$ 46.424,73, e reafirma a explicação dada quanto à infração 01, dizendo que a fiscalização tomou por base os NCM's escriturados na Escrituração Fiscal Digital – EFD e nas notas fiscais de saída, tudo de emissão do impugnante e que como demonstrado anteriormente, o impugnante informou o NCM errado, o que pode ocasionar a classificação tributária do item erradamente.

Em relação ao item “4.1 - \*MINE BRINQ AVIAO CARAMELO 6UN e MINE BRINQ APITO JUIZ KARAMELO 6UN” diz que a Impugnante informou o NCM 9506.62.00 e anexou a nota fiscal de entrada 3.454, folhas 67, como prova de que o NCM correto é 6503.00.50, como consta do item 7 - Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (puzzles) de qualquer tipo. Afirma que estes itens serão anulados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Tratando do item “4.2 – VASELLINA KING” que a Impugnante informou o NCM 2710.00.62 e anexou a nota fiscal de entrada 81.646, folhas 69, como prova que o NCM correto é 2710.19.91. e informou que NCM estaria no item 16.7. Diz a Autuante que a descrição do item 16.7 exclui o produto “resíduos de óleos, NCM 2710.19.9”. Sendo assim, concluiu que a Vaselina KING não está sujeito a substituição. Remata que este item será mantido no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Quanto ao item “4.3 - CASTANHA CAJU SAO BRAS 50GR e CASTANHA CAJU SAO BRAS 100GR” que a Impugnante informou o NCM 0802.40.00 e anexou a nota fiscal de entrada 4.453, folhas 71, como prova que o NCM correto é 2008.1900, e que consta no item 38 - Salgados industrializados. Aduz que estes itens serão anulados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

De referência ao item “4.4 - LIMP M USO YPE TIRA MANCHAS 500ML” que a Impugnante citou como item Castanha de Caju, explica que como já tratou deste produto acima e a nota refere-se a “multi uso”, será considerado o produto da nota fiscal Doc. 16 às fls. 73 (MULTIUSO YPE TIRA MANCHAS FRASCO 12 X 500ML).

Assevera que a Impugnante informou o NCM 2917.12.10 e que em sua defesa anexou a nota fiscal de entrada 116.159, folhas 73, como prova que o NCM correto é 3402.20.00, que está no item 25.6 - Outros agentes orgânicos de superfície (exceto sabões); preparações tensoativas, preparações para lavagem (incluídas as preparações auxiliares para lavagem) e preparações para limpeza (inclusive multiuso e limpadores), mesmo contendo sabão, (exceto as da posição 34.01). Afirma que este item será anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Tratando do item “4.5 – \*CAFE DO PONTO CAFETERIE GRAOS 1KG” explica que a Impugnante informou o NCM 0901.22.00 e que o café era em grão. Diz que o defendante anexou a nota fiscal de entrada 14.515, folhas 75, como prova que o NCM correto é 0901.21.00, que está no item 8 - Café torrado ou moído e que o item na realidade é café torrado. Concorda e afirma que este item será anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Analisando o item “4.6 ESPONJA BANHO LUX 1UN” diz que a Impugnante informou o NCM 9616.20.00 e anexou a nota fiscal de entrada 138.556, folhas 77, como prova que o NCM correto é 3924.90.00, e que este item consta do item 25.13 - Esponjas para limpeza. Concorda que este deve anulado no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Verificando o item “4.7 – SALGADINHO YOKITO” diz que a Impugnante informou o NCM 2208.19.00 e anexou a nota fiscal de entrada 243.739, folhas 79, como prova que o NCM correto é 1904.10.00, e que consta do item 38 - Salgados industrializados. Afirma que estes itens serão anulados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 - DILIGÊNCIA.

Ao final concorda em reduzir o valor da infração 2 de acordo com o DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 – DILIGÊNCIA, de R\$ 211.004,62 para R\$ 192.288,37.

Quanto ao pedido de realização de diligência entende que não se faz necessária, pois constam no

respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Concluiu a informação fiscal pedindo pela manutenção a ação fiscal entendendo pela procedência parcial do presente auto.

A Impugnante volta a se pronunciar, desta feita às fls. 189 a 197, para se manifestar acerca da informação fiscal.

Iniciando pela infração 01, a descreve e repete o argumento da peça inicial de que Autuante desconsiderou que parte das mercadorias descritas no Anexo 4.1 eram isentas ou então estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, tendo em vista que as suas NCM/SH estavam previstas no Anexo I do RICMS vigente à época.

Afirma que para contraditar o feito a Impugnante colacionou em sua defesa uma mídia (já anexada aos autos no Doc. 02, da impugnação apresentada), às fls. 45 dizendo conter um arquivo em formato Excel identificado como “*INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA*”, e que descreveu no corpo da impugnação, de forma exemplificativa, algumas mercadorias onde ocorreu o apontado equívoco.

Diz que a Autuante após a análise dos argumentos aduzidos no corpo da impugnação de forma ilustrativa, a Autuante reconheceu o equívoco cometido no momento da exigência do ICMS, uma vez que as mercadorias estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, razão pela qual anulou o débito no que tange às mercadorias que foram citadas, as quais frisou de que foram apontadas, de forma exemplificativa, no corpo da impugnação.

Assevera que em relação às demais mercadorias, onde afirma ter acontecido o mesmo equívoco, a Autuante, ao invés de ter anulado também, acabou ficando inerte.

Complementa que, vem nesta oportunidade demonstrar que além das mercadorias já citadas, existem outras onde ocorreu o mesmo equívoco, e isso consta da mídia (CD) que acompanhou, como prova, a impugnação. São elas:

“Linhas 138 a 150 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “*INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA*” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 01) que comprova a NCM/SH correta do Bicho Bovino Congelado – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

NCM/SH identificada equivocadamente pela Autuante – 0504.00.13;

NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0206.29.90;

Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 34.

Linhas 647 a 651 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “*INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA*” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 02) que comprova a NCM/SH correta do Sarapatel – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

NCM/SH identificada equivocadamente pela Autuante – 0602.29.90;

NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0206.30.00;

Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 34.

Linhas 635 a 639 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “*INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA*” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 03) que comprova a NCM/SH correta da Roupa Íntima Descartável Plenitud – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

NCM/SH identificada pela Autuante – 9619.00.00;

NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 9619.00.00;

Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 32.2.

Linha 652 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “INFRAÇÃO 01 - ANEXO 4.1 - ARGUMENTOS DEFESA” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 04) que comprova a NCM/SH correta do Bombom Garoto 200gr – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

*NCM/SH identificada pela Autuante – 1704.90.20;*

*NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 1806.90.00;*

*Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 11.”*

Remata dizendo que diante do que expôs, além das mercadorias inicialmente descritas no corpo da impugnação relativa a infração 01, existem outras mercadorias que também devem ser anuladas da autuação, tendo em vista do ICMS já ter sido recolhido pelo regime da substituição tributária.

Assevera que se verifica a necessidade de realização de mais uma revisão fiscal, no sentido de se refazer o lançamento da infração 01 relativo às mercadorias que estão identificadas na cor amarela, e como também as sujeitas ao regime de substituição tributária na planilha contida na mídia já anexada à impugnação no Doc. 02, às fls. 45, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, em razão do ICMS já ter sido devidamente recolhido.

Adentrando à infração 02, diz ter observado o mesmo erro do ocorrido na Infração 01, no momento em que aqui ela também levou em consideração a NCM/SH equivocada das mercadorias, razão pela qual não conseguiu identificar que o ICMS já havia sido recolhido por conta das mercadorias estarem sujeitas ao regime da substituição tributária.

Acrescenta que também de forma similar à revisão feita na infração 01, a Autuante reconheceu o equívoco cometido no momento da exigência do ICMS, uma vez que as mercadorias estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, razão pela qual anulou o débito no que tange às mercadorias que foram citadas APENAS no corpo da impugnação, mas não atentou que as referidas citações ocorreram de forma exemplificativa, deixando de proceder as coreções com relação às demais mercadorias na mesma situação e que foram devidamente identificadas na mídia (CD) anexada à Impugnação. São elas:

“Linhas 1259 a 1264 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “INFRAÇÃO 02 - ANEXO 4.2 - ARGUMENTOS DEFESA” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 05) que comprova a NCM/SH correta do Peru Seara Temperado – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

*NCM/SH identificada equivocadamente pela Autuante – 2071200;*

*NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0207.14.00 e 0207.25.00;*

*Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 35.*

“Linha 1651 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “INFRAÇÃO 02 - ANEXO 4.2 - ARGUMENTOS DEFESA” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 06) que comprova a NCM/SH correta da Ave Especial Mauricea – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

*NCM/SH identificada equivocadamente pela Autuante – 2071200;*

*NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0207.12.00;*

*Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 35.*

“Linhas 553 a 566 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “INFRAÇÃO 02 - ANEXO 4.2 - ARGUMENTOS DEFESA” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 07) que comprova a NCM/SH correta do Fígado Bovino - Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:

*NCM/SH identificada pela Autuante – 5040013;*

*NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0206.22.00;*

*Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 34.*

*Linhos 1252 e 1253 do arquivo Excel já anexado à impugnação no Doc. 02 “INFRAÇÃO 02 - ANEXO 4.2 - ARGUMENTOS DEFESA” – Nota Fiscal em anexo (Doc. 08) que comprova a NCM/SH correta do Peito de Peru Seara Temperado – Mercadoria sujeita à Substituição Tributária:*

*NCM/SH identificada pela Autuante – 2072700;*

*NCM/SH correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal – 0210.99.00;*

*Número do item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2013) onde contém a NCM/SH correta da mercadoria - 35.”*

Assevera que conforme diz haver demonstrado, além das mercadorias inicialmente descritas na impugnação relativa a infração 02, existem outras mercadorias que também devem ser anuladas da autuação, tendo em vista do ICMS já ter sido recolhido pelo regime da substituição tributária.

Em conclusão defende que é clara a necessidade de realização de uma nova revisão fiscal, no sentido de se refazer o lançamento da infração 02 relativo às mercadorias que estão identificadas na cor amarela e como sujeitas ao regime de substituição tributária na planilha contida na mídia já anexada à impugnação no Doc. 02, às fls. 45, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, em razão do ICMS já ter sido devidamente recolhido.

Requer que seja determinado a devolução do processo para a ilustre Auditora autuante, de forma que a mesma tome conhecimento dos esclarecimentos ora prestados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento, agora levando em consideração todas as inconsistências identificadas na mídia (CD) anexada como prova em sua impugnação, de forma a não se limitar aos exemplos citados no corpo da defesa e desta manifestação.

Requer ainda que após a realização da nova revisão fiscal em relação às mencionadas infrações e da constatação dos equívocos cometidos, que seja o Auto de Infração julgado improcedente, para determinar a anulação dos itens mencionados acima, bem como de todos os itens que seguramente ainda serão reconhecidos pela Autuante em sua nova informação fiscal a ser produzida na sequência.

Em segunda informação decorrente do pronunciamento da defesa quanto a primeira informação fiscal prestada pela Autuante, esta se pronuncia às fls. 218 a 222, nos seguintes termos:

Diz, em relação ao argumento de que na revisão fiscal relativa à infração 1 a Autuante não teria observado os itens constantes na planilha do DOC 2, que de acordo com o art. 8º, IV do RPAF as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações e conforme o art. 143 do RPAF, de forma que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

E que, sendo assim, não basta a Impugnante apenas fazer uma planilha para demonstrar as alegações. A planilha deve estar lastreada em documentos. Como a documentação está de posse da autuada, ela deve apresentar as respectivas notas fiscais, para comprovar sua alegação. E afirma que só foi possível examinar os dados da planilha que estavam acompanhados de notas fiscais. Como demonstrou e que reproduzo a seguir:

*“BUCHO BOV CONG KG - O impugnante informou o NCM 0504.00.13 e anexou a nota fiscal de entrada 167.873, folhas 199, como prova que o NCM correto é 0206.29.90, que está no item 34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque. Ocorre que esta nota fiscal está escriturada na EFD para o item 36161 - BUCHO BOVINO COMPRA KG, que não está relacionado nas infrações 1 e 2. Este item não merece reparo.*

*SARAPATEL - O impugnante informou o NCM 0602.29.90 e anexou a nota fiscal de entrada*

11.858, folhas 201, como prova que o NCM correto é 0206.30.00, que está no item 34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque. Ocorre que esta nota fiscal está escriturada na EFD para o item 36854 - SARAPATEL COMPRA KG, que não está relacionado nas infrações 1 e 2. Este item não merece reparo.

*ROUPA INTIMA DECARTÁVEL* – O impugnante alega que ROUPA INTIMA DESCARTÁVEL, NCM 9619.00.00, está no item 32.2 do Anexo 1 do RICMS/12. Ocorre que este item não corresponde à descrição: absorventes higiênicos, de uso interno ou externo – 9619. Este item não merece reparo.

*SD BOMBOM 200GR* - O impugnante informou o NCM 1704.90.20 e anexou a nota fiscal de entrada 133.476, folhas 205, como prova que o NCM correto é 1806.90.00, que está no item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não. Este item será anulado no ANEXO 4.6 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2.

Ao final concorda que o valor da infração 1 seja reduzido conforme os ANEXO 4.6 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2, do valor de R\$ 3.374,13 para R\$ 3.168,45.

Em relação à infração 2 tratando do mesmo argumento da Impugnante de que a Autuante não observou os itens constantes na mídia (CD), a mesma repete o argumento de que de acordo com o art. 8º, IV do RPAF as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações e conforme o art. 143 do RPAF.

E acrescenta que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Sendo assim, entende que não basta apenas fazer uma planilha para demonstrar as alegações.

Remata que a planilha deve estar lastreada em documentos. E como a documentação está de posse da autuada, ela deve apresentar as respectivas notas fiscais, para comprovar sua alegação. Dessa forma, afirmou a Autuante que só foi possível para a fiscalização examinar os dados da planilha acompanhados de notas fiscais. Como segue:

*PERU SEARA TEMPERADO KG* - O impugnante anexou a nota fiscal de entrada 377.898, folhas 207 e 208, como prova que o NCM correto é 0207.25.00, que está no item 35 - Produtos comestíveis resultantes do abate de aves. Este item será anulado no ANEXO 4.7 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2.

*AVE SPECIALE MAURICEA CONG TEMP KG* - O impugnante anexou a nota fiscal de entrada 53.220, folhas 210, como prova que o NCM correto é 0207.12.00, que está no item 35 - Produtos comestíveis resultantes do abate de aves. Este item será anulado no ANEXO 4.7 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2.

*FIGADO BOVINO* - O impugnante anexou a nota fiscal de entrada 104.020, folhas 212, como prova que o NCM correto é 0206.22.00, que está no item 34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque. Ocorre que esta nota fiscal está escriturada na EFD para o item 36552 - ADO BOVINO COMPRA KG, que não está relacionado nas infrações 1 e 2. Este item não merece reparo.

*PEITO PERU SEARA TEMP BOLINHA KG* - O impugnante anexou a nota fiscal de entrada 377.898, folhas 214 e 215, como prova que o NCM correto é 0207.27.00, que está no item 35 - Produtos comestíveis resultantes do abate de aves. Este item será anulado no ANEXO 4.7 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO -

**DILIGÊNCIA 2.**

Concluiu dizendo que o valor da infração 2 ficou reduzido conforme os ANEXO ANEXO 4.7 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2. De forma que o valor da infração 02 passou de R\$211.004,62 para R\$186.459,25.

Pede ao final manutenção da ação fiscal considerando sua procedência parcial.

Na assentada para julgamento do dia 22/05/2018 o colegiado da 2<sup>a</sup> JJF decidiu pela remessa deste PAF à INFRAZ de origem, conforme diligência às fls. 263 reproduzida a seguir:

**“2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**REMESSA DOS AUTOS À REPARTIÇÃO FISCAL DE ORIGEM**

*Considerando que o Autuante trouxe em sua informação fiscal às fls. 218 e 241, esclarecimentos e apresentou novos demonstrativos em que corrigiu o levantamento fiscal original, tendo em vista comprovação da defesa de que a Impugnante teria classificado suas mercadorias com o NCM incorreto;*

*Considerando também havermos verificado nos autos que os referidos esclarecimentos e os novos demonstrativos não foram levados ao conhecimento da Impugnante.*

*Deve ser o presente processo remetido para Infaz de origem, por decisão do Colegiado da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, para que:*

1. *seja dada ciência à Autuada do teor da informação fiscal constante das fls. 218 e 241, e procedida a concomitante reabertura do prazo de defesa de 10 (dez) dias;*
2. *seja a autuada intimada a apresentar todas as provas em seu poder em relação a alegação de que procedeu classificação incorreta referente ao NCM, para possibilitar à Autuante a proceder aos ajustes definitivos no levantamento fiscal;*
3. *deve a Autuante, caso seja apresentado pela defesa novos argumentos defensivos, providenciar informação fiscal pertinente;*

*Ao final, caso a Autuante tenha acatado as alegações defensivas e apresentado novos demonstrativos de levantamento fiscal, deve ser científica a autuada desses referidos demonstrativos e da nova informação fiscal, devendo ser reaberto o prazo de 10 (dez) dias para, em querendo, possa a defesa se pronunciar.”*

A defesa voltou a se pronunciar às fls. 269 a 275, diz que as infrações 01 e 02 devem ser ajustadas em virtude da NCM ter sido informada de forma imprecisa na EFD, tendo induzido à Autuante a erro por impossibilitá-la de identificar que as mercadorias constantes dos anexos 4.1 e 4.2, que apresentou em mídia às fls. 277 estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Afirma que em atendimento ao quanto solicitado na diligência às fls. 263 veio apresentar, desta feita, novamente uma planilha constante da mídia colacionada às fls. 277, onde afirma constar todas as mercadorias, distribuídas nos anexos 4.1 e 4.2, indicando suas NCMs corretas de acordo com as notas fiscais, sendo que às relativas à infração 01 – ANEXO 4.1 DOC. 02 fls. 280 a 287; infração 02 – ANEXO 4.1 DOC. 03 fls. 289 a 347; ambas as infrações – ANEXO 4.1 e 4.2 DOC. 04 fls. 349 a 404. Pede que o levantamento fiscal seja ajustado.

Diz que para comprovar as alegações aduzidas ao longo do processo, bastará que, com o número da nota fiscal, o Autuante localize a mercadoria na planilha e faça a comparação entre a NCM/SH considerada no momento da autuação (Coluna “M” da planilha) e a NCM/SH correta (Coluna “L” da planilha), a qual também estará descrita na descrição das notas fiscais, que estão sendo agora anexadas.

Complementa que após identificar a NCM/SH correta, será necessário apenas localizá-la no Anexo I do RICMS vigente no exercício de 2013, a fim de comprovar que a mercadoria é sujeita ao regime de substituição tributária, razão pela qual não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS por conta das operações, de fato, não serem tributáveis.

Pontua que tendo em vista a Autuante ter mantido no levantamento fiscal alguns produtos que

continua discordando, quais sejam: bucho bovino, sarapatel, fígado bovino, e roupa íntima descartável, afirma quer tais itens são sujeitos ao regime de substituição tributária por entender estarem descritos no ANEXO I do RICMS, conforme passou a explicitar caso a caso.

Explicou que no que tange aos produtos bucho bovino, fígado bovino e ao sarapatel, suas compras foram classificadas em um código “pai”, enquanto que suas vendas foram desmembradas em outros códigos, conforme a sua variação como: congelado, resfriado, a vácuo etc. Ressaltou, entretanto, que estas variações de códigos não implicam em acréscimo ou retirada de ingredientes das mercadorias, ou seja, as mesmas continuam sendo produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, razão pela qual se enquadrariam no item 34 do Anexo I do RICMS vigente no exercício de 2013, conforme passou a demonstrar.

Disse que o Bucho Bovino foi comprado (NF 167.873) através do código 36161 (BUCHO BOVINO COMPRA KG), e vendido pelos códigos 8273 (congelado) e 21806 (congelado a vácuo):

| CÓDIGO VENDA | DESCRIÇÃO                     | CÓDIGO COMPRA | DESCRIÇÃO              |
|--------------|-------------------------------|---------------|------------------------|
| 8273         | BUCHO BOV CONG KG             | 36161         | BUCHO BOVINO COMPRA KG |
| 21806        | *BUCHO BOVINO CONG A VACUO KG | 36161         | BUCHO BOVINO COMPRA KG |

Mesma situação descreveu para o Sarapatel. Foi comprado (NF 11.858) pelo código 36854 (SARAPATEL COMPRA KG), e vendido pelos códigos 8370, 24155 e 27014:

| CÓDIGO VENDA | DESCRIÇÃO                          | CÓDIGO COMPRA | DESCRIÇÃO           |
|--------------|------------------------------------|---------------|---------------------|
| 27014        | *SARAPATEL RESFRIADO FRIMASA BD KG | 36854         | SARAPATEL COMPRA KG |
| 24155        | *SARAPATEL MULTICARNES BAND KG     | 36854         | SARAPATEL COMPRA KG |
| 8370         | SARAPATEL KG                       | 36854         | SARAPATEL COMPRA KG |

O Fígado Bovino foi comprado (NF 104.020) pelo código 36552 (ADO BOVINO COMPRA KG), e vendido pelos códigos 8290 (congelado), 17868 (resfriado) e 20257 (em bife):

| CÓDIGO VENDA | DESCRIÇÃO              | CÓDIGO COMPRA | DESCRIÇÃO               |
|--------------|------------------------|---------------|-------------------------|
| 20257        | *BIFE DE FIGADO KG     | 36552         | FIGADO BOVINO COMPRA KG |
| 17868        | *FIGADO BOVINO RESF KG | 36552         | FIGADO BOVINO COMPRA KG |
| 8290         | FIGADO BOVINO CONG KG  | 36552         | FIGADO BOVINO COMPRA KG |

Inclusive, dizendo para comprovar o quanto dito acima, o ora Manifestante está anexando (Doc. 05), fls. 406 a 408, à presente manifestação as notas fiscais de aquisição de nºs 11.858, 167.873, e 104.020.

Por sua vez, em relação à roupa íntima descartável, asseverou que a mesma está classificada no CEST 20.048.00 e na Posição NCM/SH 9619.00.00 (Absorventes e tampões higiênicos, cueiros e fraldas para bebês e artigos higiênicos semelhantes, de qualquer matéria), tendo inclusive a mesma finalidade da fralda, como faz prova o documento ora colacionado (Doc. 06) fls. 410 e 411.

Dizendo ser oportuno, a defesa colacionou aos autos a nota fiscal nº 9610 (Doc. 07) fl. 413 a 415, onde disse poder-se notar que as roupas íntimas descartáveis foram sujeitas ao regime da substituição tributária, tendo inclusive o ICMS sido destacado pelo fornecedor no documento fiscal. Concluindo que as roupas íntimas descartáveis estão sim enquadradas no item 32.2, uma vez que nada mais são do que fraldas descartáveis para homens adultos.

Requer seja determinado a devolução do processo para a i. Autuante, para que a mesma tome conhecimento dos esclarecimentos e documentos ora colacionados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento levando em consideração as notas fiscais ora colacionadas (Docs. 02 – fls. 280 a 287 e doc 04 – fls 348 a 404) e as planilhas que estão sendo

anexadas novamente (Doc. 01 fls. 277 e 278).

Após manifestação da Autuante requer seja julgado IMPROCEDENTE este Auto de Infração, para determinar a anulação dos itens mencionados acima.

A Autuante volta a se pronunciar ás fls. 418 a 426, reproduz o texto da diligência, fl.263, disse que a defesa anexou planilhas e notas fiscais para comprovar a NCM correta, e que arguiu que bucho bovino, fígado e sarapatel são sujeitos a substituição e faz tem entrada com um código pai (COMPRA) e venda com outro código. Porém refuta a alegação dizendo que a alegação não procede, pois analisando as saídas, também existe ITEM COMPRA o que entendeu desfazer a tese da recorrente.

Em seguida passou a discriminar itens que em sua análise não podem ser considerados nem isento, nem da ST pelos motivos que alinha para cada um. Complementou que para se enquadrar no regime de substituição tributária – ST, não basta ter apenas o NCM previsto no anexo próprio do RICMS-2012, a descrição da mercadoria também deve estar de acordo com o referido anexo. Concluindo que os itens abaixo deverão ser mantidos no levantamento fiscal:

*“LASANHA PRE COZ FORTALEZA SEM 200GR – NF 442.337, folhas 283, é massa pré-cozida não esta incluída na ST.*

*LUVA LIMPPANO 35100 MULTIUSO 1UN e LUVA LIMPPANO G35200 MULTIUSO 1UN – NF 151.379, folhas 285, não é luva para procedimento médico ou luva cirúrgica. É luva para limpeza doméstica.*

*FARINHA ROSCA POLIGRAOS 500GR – NF 45.838, folhas 286, a nota fiscal não tem NCM.*

*MASSA PASTEL FORNO MASSA LEVE 300G – NF 428.471, folhas 289, massa de pastel não está na ST.*

*LASANHA PRE COZ FORTALEZA SEM 200GR – NF 437.857, folhas 290, é massa pré-cozida não esta incluída na ST.*

*BROCOLIS CONG PERDIGAO 300GR – NF 841.712, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*MASSA NHOQUE MASSA LEVE 500GR e PIZZA BABY MASSA LEVE 350GR – NF 357.977, folhas 298, massa nhoque é a base de batata e pizza é massa pré-cozida, portanto estão fora da ST.*

*MANDIOCA TOLETE SEARA CONG 1KG – NF 362.968, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*PERNIL SEARA SUINO S/OSS ASS C/MOLH KG – NF 377.899, folhas 304, tem NCM 1602.41.00, que não está na ST.*

*SEMENTE GIRASSOL BOMTRATO 500GR – NF 412.942, folhas 412.942, não tem dispositivo legal para dar isenção a este item.*

*\*HIPOGLOS POMADA AMENDOAS 80GR – 207.562, folhas 306, NCM 3304.99.90, que não está na ST.*

*SALGADINHO YOKITOS BACON 50GR e SALGADINHO YOKITOS NAQUINH QJ 60GR – Estes itens não estão na NF 243.739. Estes itens foram encontrados na NF 209.894, folhas 12, tem o NCM 19059090, mas não é a base de farinha de trigo e sim de milho. Não está na ST.*

*CORNETA ANIV REGINA 10UN – NF 255.781, folhas 309, tem NCM 9208.90.00 que não está na ST.*

*\*MILHO VERDE CONG SEARA 1KG e MILHO VERDE CONG SEARA 300GR - NF 285.752, folhas 311, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*ESPONJA BANHO LUX 1UN – NF 138.556, folhas 313, NCM 3924.90.00, é esponja para higiene*

pessoal e não para material limpeza doméstica.

\*BROCOLIS FLORETE CONG SEARA 1KG, \*BROCOLIS FLORETE CONG SEARA 300GR e JARDINEIRA SEARA CONG 300GR – NF 142.068, folhas 314, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.

ESPONJA LIMPPANO SALVA UNHAS REDONDA – NF 148.065, folhas 315, NCM 6805.30.90, é esponja para higiene pessoal e não para material limpeza doméstica.

\*SODA CAUSTICA FORCA AZUL 300GR – NF 151.020, folhas 316, NCM 2815.11.00 não está na ST.

\*MANDIOCA PALITO PERDIGAO CONG 400GR – NF 184.973, folhas 323, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.

\*PANO MULTI USO RS SCOTCH BRIT 5UN – NF 136.368, folhas 326, NCM 5603.13.50 não está na ST.

\*MOP LIMPPANO REFIL ALGODAO 1UN – NF 102.400, folhas 331, NCM 5207.10.00 não está na ST.

VASELINA KING 500ML e VASELINA LIQ KING 1LT – NF 81.646, folhas 335, NCM 2710.19.91 é exceção no item 16.7 do Anexo 1 do RICM/BA. Não é item da ST.

MASSA PASTEL e MASSA PIZZA – NF 69.807, folhas 336, são massa pré-cozida e não estão na ST.

MEXILHAO DESC C SUL CONG 1KG – NF 59.932, folhas, 337, o art. 265, II, “e” do RICMS/BA estabelece isenção para pescado exceto molusco.

PEDRA POMES LETI 1UN – NF 53.055, folhas 339, tem NCM 6805.30.90, mas a descrição não se enquadra nos itens 24.30 - abrasivos naturais ou artificiais, em pó ou em grãos, aplicados sobre matérias têxteis, papel, cartão ou outras matérias ,mesmo recortados, costurados ou reunidos de outro modo e 25.13 - esponjas para limpeza do Anexo 1 do RICMS/BA.

LIXA P/PES LETI SOFT LINE 1UN e LIXA UNHA TRADICIONAL LETI 10UN - NF 50.889, folhas 340, tem NCM 6805.30.90, mas a descrição não se enquadra nos itens 24.30 - abrasivos naturais ou artificiais, em pó ou em grãos, aplicados sobre matérias têxteis, papel, cartão ou outras matérias ,mesmo recortados, costurados ou reunidos de outro modo e 25.13 - esponjas para limpeza do Anexo 1 do RICMS/BA.

\*BOLSA MULTIUSO LUXCAR 1897 1UN – NF 21.416, folhas 342, não tem este item.

LUVA MICROFIBRA LUXCAR 1UN - NF 21.416, folhas 342, NCM 6307.10.00, não consta no PROTOCOLO ICMS 41.

MASSA PASTEL – NF 5.784, folhas 346, massa de pastel não está na ST.

\*CABIDE PRESSAO PAREDE 0676 VIK2UN – NF 807, folhas 347, tem NCM 3924.14.00 mas a descrição não se enquadra nos itens 24.10, 25.13 e 32.2.

PUXA SACO DONA JULIA 1UN – NF 2.687, folhas 351, tem NCM 6307.10.00, mas a descrição não é produto de limpeza.

SARAPATEL KG – NF 11.858, folhas 356, tem o NCM 0206.3000, mas o NCM correto é 0504.00 – tripas, bexigas e estômagos de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). Inclusive a NF 11.858 usa o CFOP 5.102.

\*BOLSA MULTIUSO LUXCAR 1897 1UN – NF 15.212, folhas 359, tem NCM 4202.12.20, mas a descrição não está de acordo com item 27.5 - maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.

\*GRAFITE SPRAY LUXCAR 130GR e GRAFITE EM PO LUXTRON REF 2505 1UN – NF 20.833, folhas 360, têm NCM 2504.90.00, que não é ST.

*PANO CHAO CRU D JULIA 1UN – NF 23.254, folhas 363, tem NCM 5603.12.90, que não está na ST.*

*PANO ESFREGAO DONA JULIA 1UN - NF 23.254, folhas 363, nesta nota não tem este produto.*

*BOLSA P/FERRAMENTAS LUXCAR 9245 1UN - NF 32.042, folhas 364, tem NCM 4202.12.20, mas a descrição não está de acordo com item 27.5 - maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*LUVA P/LAVAR CARRO LUXCAR 2401 1UN – NF 34.113, folhas 366, tem NCM 6307.10.00, mas não tem descrição conforme item 25.37 - rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*LUVA P/LAVAGEM F5 1UN – NF 43.821, folhas 368, tem NCM 9603.90.00, mas a descrição não está de acordo com os itens 25.40 - vassouras, rodos, cabos e afins e 27.37 - apagador para quadro do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*ERVILHA PARTIDA POLIGRAOS 500GR – NF 47.831, folhas 370, ervilha partida é seca e não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*FARINHA ROSCA KG – NF 47.831, folhas 370, não tem NCM claro.*

*FARINHA ROSCA POLIGRAOS 500GR – NF 47.831, folhas 370, não tem NCM claro.*

*SODA CAUSTICA – NF 49.358, folhas 371, tem NCM 2815.12.00, que não está na ST.*

*BUCHO BOVINO – Este item não consta da NF 167.348, folhas 377. Esta nota trata do item BUCHO BOVINO COMPRA KG, que não está nos anexos. Além do mais bucho é estômago e o NCM correto é 0504.00 – tripas, bexigas e estômagos de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). Inclusive a NF 11.858 usa o CFOP 5.101.*

*TORRONE C/AMENDOIM 90GR – NF 138.098, folhas 379, tem NCM 17049090, que não está na ST.*

*ESPONJA BANHO STA MARIA MAS+ESF UM – NF 106.343, folhas 380, tem NCM 68053090, mas é esponja para higiene pessoal e não para material limpeza doméstica.*

*BALDE C/ESCORR MOP 39001 LIMPPAN 1UN – NF 118.633, folhas 382, tem o NCM 3924.90.00, mas a descrição não está de acordo com o item 25.13 - Esponjas para limpeza.*

*\*BATATA PALITO ONE FRY CONG P/FRIT 2.5KG – NF 1.964.488, folhas 383, item congelado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*AREIA LIMP CAT HIGIEN GATOS 2500GR – NF 915.169, folhas 389, tem NCM 3808.94.19, mas a descrição não está no Anexo 1 do RICMS/BA.*

*\*PANOS UMED VEJA CITRUS 20UN – NF 450.943, folhas 388, tem NCM 3402.20.00, que não é o NCM de pano ,6307.1, do item 25.37 do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*\*AMENDOIM CHOCOLATE DORI 750GR - NF 361.417, folhas 392, tem 1806.90.00, mas a descrição não está de acordo com o item 11 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras reparações de confeitoraria, recheados ou não do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*MASSA PARA PASTEL e PIZZA –NF 348.366, folhas 393, não estão na ST.*

*\*AMENDOIM COB C/MEL 150GR – NF 303.346, folhas 394, tem NCM 2008.11.00, mas a descrição não se enquadra no item 38 – salgados industrializados do Anexo 1 do RICMS/BA, pois tem mel e não é salgado.*

*AMENDOIM DORI COM CHOCOLATE 100GR– NF 303.346, folhas 394, tem 1806.90.00, mas a descrição não está de acordo com o item 11 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras reparações de confeitoraria, recheados*

*ou não do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*BALA TOFFE CHOCOLATE 150GR – NF 325.842 – folhas 395, tem NCM 1806.90.00, mas a descrição não está de acordo com o item 11 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras reparações de confeitoraria, recheados ou não do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*CREME AVELA NUTELA 150GR – NF 328.005, folhas 396, NCM 1806.90.00, mas a descrição não está de acordo com o item 11 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras reparações de confeitoraria, recheados ou não do Anexo 1 do RICMS/BA.*

*ALECRIM DESIDRAT KITANO 6GR – NF 243.736, folhas 399, item desidratado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*O KIPOLENTA YOKI 500GR - NF 243.736, folhas 399, tem adição de ferro e ácido fólico, conforme imagem da embalagem. O produto KIPOLENTA não é de milho puro, portanto não se enquadram na alínea “d”, do inciso II o art. 265 do RICMS/BA.*

*OREGANO KITANO 3GR - NF 243.736, folhas 399, item desidratado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*SALSA DESID KITANO 8GR- NF 243.736, folhas 399, item desidratado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*ERVILHA PARTIDA YOKI 500GR - NF 234.765, folhas 401, ervilha partida é seca e não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

*Os demais produtos foram excluído dos ANEXO 4.8 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO – DILIGÊNCIA 3 e ANEXO 4.9 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 3.*

*FOLHA LOURO KITANO YOKI 4GR – NF 192.790, item desidratado não está amparado pela isenção do inciso I e § 4º do Conv. ICM 44/75. Não está nem em estado natural e nem em estado resfriado.*

Concluindo ao final que mediante as considerações apresentadas, mantêm a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações.

A defesa faz novo pronunciamento às fl. 437, disse ter encontrado dificuldades em analisar toda a documentação num curto espaço de tempo tendo em vista que os anexos colacionados pela informação fiscal contêm mais de 1000 itens, e pede prorrogação do prazo de em 15 dias, o qual foi deferido pelo Inspetor Fazendário.

A defesa se pronuncia mais uma vez fls. 442 a 454, e tratando do título “INFRAÇÃO 01 – DA NECESSIDADE DE AJUSTE ATRAVÉS DA ANÁLISE DA PLANILHA CONTIDA NA MÍDIA/CD ORA ANEXADA”, disse que a Autuante não reconheceu alguns itens como isento e nem como sujeitos ao regime da substituição tributária pelos motivos que apontou, mas que, contudo, vem demonstrar que houve alguns equívocos, conforme passou a demonstrar.

Para tanto disse ter colacionado à presente manifestação uma Mídia/CD (Doc. 01) fl. 456 onde disse estar discriminado, na “aba” Infração 01 – argumentos”, os fundamentos pelo qual os produtos devem ser excluídos da autuação.

*“a) NF em substituição ao Cupom Fiscal, tendo em vista que a tributação foi oferecida neste por se tratar de venda a adquirente não contribuinte do ICMS:*

*- Nesta infração a Autuante considerou como se o ora Peticionante tivesse dado saída de mercadorias tributadas como não tributadas.*

- Contudo, em virtude de tais mercadorias terem sido comercializadas para adquirentes não contribuintes do ICMS, o Peticionante fez constar no momento da saída o CFOP 6.929, razão pela qual a tributação foi oferecida no Cupom Fiscal, ao invés de em Nota Fiscal, conforme prevê expressamente o caput do art. 50, do Convênio S/N, de 15 de dezembro de 1970:

Art. 50. Nas operações em que o adquirente seja pessoa natural ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, será emitido o Cupom Fiscal ou, no lugar deste, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, em ambos os casos, emitidos por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

- Assim, resta demonstrado, d. v., que nas mercadorias onde conste o CFOP 6.929, não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS, visto que este foi devidamente tributado por meio do Cupom Fiscal.

**b) Tributação conforme NF do fornecedor. Convênio ICM 44/75:**

- As mercadorias que estão enquadradas neste item devem ser consideradas como isentas por dois motivos. O primeiro por conta de nas Notas Fiscais estar identificado o CST 040, que se refere à operação isenta. O segundo em razão de as mercadorias estarem incluídas no inciso I, da cláusula primeira, do Convênio 44/75, visto que estão em estado natural, tendo apenas sido embaladas e em alguns casos estarem resfriadas, o que é plenamente possível em virtude do quanto previsto no §§ 4º e 5º do mencionado Convênio.

**c) Mercadoria sujeita ao regime da ST, conforme já reconhecido pela própria Autuante em outro processo idêntico ao presente:**

- Este item, que se refere ao Sarapatel e ao Bucho Bovino, será abordado, separadamente, a seguir em tópico próprio.

**d) Tributação conforme NF do fornecedor:**

- A única mercadoria enquadrada neste item é a farinha de rosca, que possui a NCM/SH 1905.90.90 (Nota fiscal nº 58194 em anexo – 02), contida no item 33.1, do Anexo I, do RICMS/2012, vigente em 2013. Desta forma, conclui-se que esta mercadoria é sim sujeita ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a mesma deve ser retirada da autuação.”

Passando a tratar do título “INFRAÇÃO 02 – DA NECESSIDADE DE AJUSTE ATRAVÉS DA ANÁLISE DA PLANILHA CONTIDA NA MÍDIA/CD ORA ANEXADA”, disse que neste caso a Autuante também não reconheceu alguns itens como isento e nem como sujeitos ao regime da substituição tributária pelos motivos que apontou, mas que a Impugnante passará a demonstrar a seguir, conforme disse ter colacionado à presente manifestação uma Mídia/CD (Doc. 01) fl. 456, onde afirma estar discriminado, na “aba” Infração 02 – argumentos, os fundamentos pelo qual os produtos devem ser excluídos da autuação, sendo eles:

**“Tributação conforme NF do fornecedor. Convênio ICM 44/75:**

- As mercadorias que estão enquadradas neste item devem ser consideradas como isentas por dois motivos. O primeiro por conta de nas Notas Fiscais estar identificado o CST 040, que se refere à operação isenta. O segundo em razão de as mercadorias estarem incluídas no inciso I, da cláusula primeira, do Convênio 44/75, visto que estão em estado natural, tendo apenas sido embaladas e em alguns casos estarem resfriadas, o que é plenamente possível em virtude do quanto previsto no §§ 4º e 5º do mencionado Convênio.

**Mercadoria sujeita ao regime da ST, conforme já reconhecido pela própria Autuante em outro processo idêntico ao presente:**

- Este item, que se refere ao Sarapatel e ao Bucho Bovino, será abordado, separadamente, a seguir em tópico próprio.

**É produto para limpeza. Foto anexa:**

- A i. Autuante considerou em sua informação fiscal que a mercadoria (ESPONJA LIMPPANO SALVA UNHAS REDONDA) é utilizada para higiene pessoal e que, portanto, não seria material de limpeza doméstica. Contudo, ao analisar a foto em anexo (Doc. 03), verifica-se que se trata de esponja para lavar pratos, panelas, etc, razão pela qual está sim sujeita ao regime de substituição tributária.

**Tributação conforme NF do fornecedor:**

- A única mercadoria enquadrada neste item é a farinha de rosca, que possui a NCM/SH 1905.90.90 (Nota fiscal nº 58194 em anexo – 02), contida no item 33.1, do Anexo I, do RICMS/2012, vigente em 2013. Desta forma, conclui-se que esta mercadoria é sim sujeita ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a mesma deve ser retirada da autuação.

**Acórdão JJF nº 0127-01/16:**

- Em relação a estas mercadorias, que se refere à pizza e massa de pizza, a i. Autuante considerou que as mesmas não estavam sujeitas ao regime de ST. Contudo, como se pode visualizar nas notas fiscais em anexo (Doc. 04), tais mercadorias contém a NCM/SH 1902.11.00, a qual se enquadra no item 33.1 do Anexo I, do RICMS/2012, vigente no exercício de 2013.

- Inclusive, como forma de comprovar a alegação acima, o Peticionante está colacionando à presente manifestação o v. acórdão de nº 0127-01/16, proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste Eg. CONSEF, no qual foi decidido que a pizza e a massa de pizza estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Veja-se:

*"O fiscal autuante, na informação, após afirmar que o contribuinte contestou 08 produtos, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens: JG BAN CARICIA LISTR, JG BAN MF TAUPE 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G e PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G e BACALHAU DESSAL CONGEL 1.3KG. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, de acordo com os documentos de fls. 112 a 123.*

*No que diz respeito às demais mercadorias, JG BAN CARICIA LISTR, JG BAN MF TAUPE 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G e PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, efetivamente estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.*

**Acórdão JJF nº 0168-01/16:**

- Em relação a estas mercadorias, que se refere à massas de pastel, a i. Autuante considerou que a mesma não estava sujeita ao regime de ST. Contudo, como se pode visualizar nas notas fiscais em anexo (Doc. 05), tais mercadorias contém a NCM/SH 1902.11.00, a qual se enquadra no item 33.1 do Anexo I, do RICMS/2012, vigente no exercício de 2013.

- Inclusive, como forma de comprovar a alegação acima, o Peticionante está colacionando à presente manifestação o v. acórdão de nº 0168-01/16, proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste Eg. CONSEF, no qual foi decidido que a pizza e a massa de pizza estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Veja-se:

*"Inicialmente, cumpre registrar que coaduno totalmente com as exclusões das mercadorias feitas pelo autuante na Informação Fiscal, haja vista que, corretamente excluídas por se tratarem de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, indevida a exigência fiscal. Entretanto, no que concerne à manutenção de mercadorias, considero que cabe a exclusão de parte das mercadorias mantidas, haja vista que não têm tributação normal, mas sim estão sujeitas ao regime de substituição tributária ou gozam de isenção nas operações de saídas.*

*Assim é que, a análise dos códigos NCMs com as respectivas denominações dos produtos permite concluir que entre os produtos impugnados pelo autuado - mantidos pelo autuante na Informação Fiscal -, descabe a exigência por estarem sujeitos ao regime de substituição tributária os seguintes produtos:*

*MASSA PASTEL FESTA M.LEVE 500G – NCM 1902.11.00;*

*MASSA PASTEL FORNO M.LEVE 300G – NCM 1902.11.00*

*MASSA PASTEL M LEVE 400G CUMB – NCM 1902.11.00;”*

Abordando acerca do título “*INFRAÇÕES 01 E 02 - DA NECESSIDADE DE RECONHECER O BUCHO BOVINO E O SARAPATEL COMO MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*”, disse que apesar de a Autuante ter considerado que o Sarapatel e o Buchó Bovino possuem a NCM/SH 0504.00, e que, portanto, não estariam sujeitos à substituição tributária, a Impugnante ressalta que o NCM/SH destas mercadorias são, na verdade, 0206.3000 e 0206.2990, respectivamente, conforme se pode visualizar nas 02 Notas Fiscais em anexo (Doc. 06), razão pela qual elas são sim sujeitas ao regime da substituição tributária, por conta de estarem enquadradas no item 34 do Anexo I vigente no exercício de 2013, do RICMS/2012.

Inclusive, dizendo como forma de comprovar que as mencionadas mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária, colacionou também à presente manifestação as Instruções Normativas nºs 04/2009 e 04/2016 (Doc. 07) fls. 473 a 478, que se referem à Pauta Fiscal, tendo reproduzido em seu texto.

Rematou que da leitura das referidas IN nota-se que o bucho bovino e o sarapatel são sim sujeitos ao regime da substituição tributária, razão pela qual devem ser excluídos da infração 02.

Ressalta que **em um caso idêntico ao presente (AI nº 274068.0015/17-0), com as mesmas partes, a i. Autuante cancelou o Buchó Bovino por conta de ter reconhecido que o mesmo estava sujeito à substituição tributária**, como se pode observar na informação fiscal que ora se colaciona (Doc. 08) fl. 480 a 481, que reproduziu.

Destacou ser clara a necessidade de realização de uma **NOVA REVISÃO FISCAL, PELA PRÓPRIA AUDITORA**, no sentido de se **refazer o lançamento da infração 02 relativo às mercadorias mencionadas acima em virtude de as mesmas estarem sujeitas ao regime da substituição tributária**, motivo pelo qual agiu corretamente o ora Peticionante ao ter deixado de recolher o ICMS no momento da comercialização.

Concluiu requerendo seja determinado a devolução do processo para a i. Autuante, de forma que a mesma tome conhecimento dos esclarecimentos ora prestados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento com o cancelamento das mercadorias contidas na infração 02 que sejam relacionadas ao sarapatel e ao bucho bovino por conta de estarem enquadrados no item 34 do Anexo I, do RICMS/2012, ou seja, sujeitos à substituição tributária.

Requeru também que após a realização da nova revisão fiscal em relação às mencionadas infrações e da constatação dos equívocos cometidos, que este Auto de Infração seja JULGADO IMPROCEDENTE, para determinar a anulação dos itens mencionados acima.

A Autuante se manifesta mais uma vez, fls. 484 a 487, diante das últimas alegações defensivas teceu as seguintes considerações reproduzidas na íntegra.

*“ESPONJA LIMPPANO SALVA UNHAS REDONDA - O produto é de limpeza, conforme foto folhas 460. Este produto foi excluído do ANEXO 4.10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4 e ANEXO 4.11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4.*

*BUCHO BOV CONG KG e SARAPATEL – Estes itens são da ST e foram excluídos do ANEXO 4.10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4 e ANEXO 4.11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4.*

*FARINHA ROSCA POLIGRAOS 500GR e FARINHA ROSCA KG – O impugnante informou nas notas fiscais de saída o NCM 1904.20.00, conforme imagem abaixo, induzindo a fiscalização a erro. Só na quarta manifestação defensiva foi que o contribuinte anexou documentação, folhas 458, comprovando o NCM correto 1905.90.90, que está no item 33.1 - Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, wafers e similares; macarrão instantâneo –1902.1; 1905; 1902.3. Estes itens foram excluídos no ANEXO 4.10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO – DILIGÊNCIA 4 e ANEXO 4.11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4.*

*NOTA FISCAL EM SUBSTITUIÇÃO A CUPOM FISCAL – A impugnante alega que as NF foram emitidas em substituição aos cupons fiscais, tendo em vista que a tributação foi oferecida neste por se tratar de venda a adquirente não contribuinte do ICMS. A alegação não procede, pois no cupom não saiu a tributação, porque a parametrização para venda em cupom leva em consideração a situação de venda interna e na emissão de nota fiscal para venda interestadual tem de levar em consideração a situação interestadual. Os produtos que tiveram a alegação da isenção, só tem isenção interna. Os produtos que tiveram a alagação de substituição têm de ter o destaque do imposto normal na saída. Todas as notas fiscais têm o CFOP 6.929 - Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF e todos os destinatários têm CNPJ.*

*ALECRIM DESIDRAT KITANO 6GR, ERVILHA PARTIDA POLIGRAOS 500GR, SALSA DEDIDRATADA e CONGELADOS – A impugnante alega que a tributação está conforme Conv ICM 44/75. A alegação não procede, porque produtos desidratados e secos não se encontram em estado natural, portanto não estão sujeitos a isenção do Convênio COM 44/75.*

*OREGANO - A impugnante alega que a tributação está conforme Conv ICM 44/75. A alegação não procede, porque OREGANO não está listado no Convênio COM 44/75.*

*MASSA DE PIZZA, PIZZA e MASSA PARA PASTEL – A impugnante alega que de acordo com o ACÓRDÃO JJF Nº 0127-01/16 e o ACÓRDÃO JJF Nº 0168-01/16 os produtos são da ST. A alegação não procede, pois este não é o entendimento predominante no CONSEF, por serem produtos pré-cozidos.*

Explicou que se o Egrégio Colégio concordar com a metodologia o valor das infrações 1 e 2 ficarão conforme os ANEXO 4.10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO – DILIGÊNCIA 4 e ANEXO 4.11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4.", sendo que verificando os referidos anexos, a infração 01 foi reduzida de R\$3.374,13 para R\$ 2.992,66 e a infração 02 foi reduzida de R\$211.004,62 para R\$ 81.250,36.

Concluiu pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, pela procedência parcial do presente auto.

A defesa se pronuncia mais uma vez às fl. 538 e informou que apesar dos ajustes realizados até o momento, continua inconformado com o fato de as Massas para pizza, pastel e lasanha não terem sido consideradas como sujeitas ao regime da Substituição Tributária, nos termos dos acórdãos nºs 0127-01/16 e 0168-01/16, dentre outros precedentes deste CONSEF.

Requeru ao final sejam os itens reclamados acima excluídos do levantamento fiscal.

A Autuante também voltou a se pronunciar as fl. 541, disse que a Impugnante nada apresentou de novo em sua última intervenção e ratificou suas informações fiscais constantes das fls. 82 a 161, 218 a 243, 418 a 431 e 484 a 531.

Pede pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

É o relatório.

## VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Preliminamente, analisando o pedido de perícia, avalio que os documentos constantes dos autos são suficientes para a perfeita cognição quanto ao feito, prescindindo, portanto, de uma avaliação pericial, sobretudo considerando a qualidade técnica da revisão fiscal procedida pela Autuante a partir dos documentos fiscais privativos da Impugnante que foram disponibilizados pela defesa em sustentação às suas alegações.

Registro que o Auto de Infração demandado trata de lançamento de crédito fiscal de ofício, referente a 03 infrações, e ressalto que a defesa impugnou em parte as infrações 01 e 02, e reconheceu com pagamento integral à infração 03. Portanto, ressalto que a infração 03 não faz parte da presente demanda.

Em relação à Infração 01 que trata da acusação de que a Impugnante teria realizado através de notas fiscais, operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a Impugnante reconheceu como devido o valor de R\$ 1.084,70, confessando que de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária e, portanto não estavam com a fase de tributação encerrada, mas que por equívoco saíram sem a devida tributação.

É importante registrar também que em relação à infração 02, que trata da acusação de que a Impugnante teria realizado através de cupons fiscais, operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a Impugnante também reconheceu parte da infração que perfaz o montante de R\$ 46.424,73, pois confirmou que de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária e assim foram consideradas.

Verifiquei que em ambas as acusações fiscais, houve situação em que a Autuante considerou mercadorias como tributadas, mas que, entretanto, de fato não caberia à incidência do ICMS nas operações de saídas.

Reconheço como válidas as explicações da Autuante de que a Impugnante tendo informado erroneamente o NCM das mercadorias, ocorreram algumas situações em que o software utilizado nos procedimentos de auditoria fiscal, como não poderia ser diferente, ao adotar o NCM incorreto, chegou a resultados também equivocados, por considerar erroneamente mercadorias que de fato eram isentas ou já estavam com tributação encerrada, por referirem-se a mercadorias sujeitas à substituição tributária, como se tributadas fossem.

Configura-se nos autos de que em três oportunidades, quando da impugnação inicial às fls. 19 a 35 e em seu segundo pronunciamento em manifestação após a informação fiscal às fls. 189 a 197, e por fim em atendimento à diligência requerida pela 2ª JJF, fl. 263, a defesa apresentou os documentos fiscais de aquisição dos produtos para comprovar o seu equívoco ao identificar as mercadorias na ocasião das operações de saídas com NCM errado, fato ocorrido em relação a saídas tanto por nota fiscal quanto por cupom fiscal, e verifiquei que os documentos que comprovaram o NCM correto foram objeto de minudente análise pela Autuante, resultando, em algumas situações, na exclusão do item do levantamento fiscal.

É sabido que as provas documentais devem ser apresentadas na primeira oportunidade de defesa, conforme §5º do art. 123 do Regulamento do Processo administrativo Fiscal – RPAF, a menos que

se demonstre que a impossibilidade, se refira ou se destine a contrapor fatos, razões ou direito supervenientes.

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

(...)

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

Todavia, apesar da preclusão delineada pelo dispositivo supra mencionado, foi disponibilizado em diversas oportunidades, seja em fase de impugnação, seja posteriormente em fase instrução para que a defesa apresentasse seu contraditório e exercesse plenamente o seu direito de defesa, a despeito de se tratar de provas que estavam em seu poder e que referia a conhecimento que detém de suas mercadorias objeto de comércio, confirmando, ainda por isso mesmo, o inexorável exercício da ampla defesa.

Destarte, considerando que foi avaliado pela Autuante, em sede de revisão fiscal, todas as provas documentais apresentadas pela defesa em sua primeira manifestação;

Considerando que mesmo após a preclusão de seu direito de apresentar provas ainda lhe foi permitido trazê-las aos autos, em mais duas oportunidades após a impugnação vestibular, tendo sido objeto de avaliação e devido cômputo pela Autuante a favor da Impugnante;

Considerando que está precluso o seu direito quanto a apresentação de provas documentais, segundo art. 123 do RPAF, nada mais podendo trazer em sede de primeira instância administrativa;

Considerando que analisei todas as considerações apresentadas pela Autuante acerca do conjunto probatório e posso afiançar que estão absolutamente corretas as suas considerações e conclusões sobre as correções aplicadas ao seu levantamento fiscal, conforme minudentemente relatado.

Considerando que após as diversas oportunidades de revisão, se verifica do último pronunciamento defensivo que a Impugnante ainda resiste apenas sobre as mercadorias: Massas para pizza, pastel e lasanha, por considerá-las mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

Passo a tecer considerações sobre estas últimas, inicialmente abordando acerca das motivações esboçadas pela defesa que teve por espeque as decisões proferidas nos acórdãos n.ºs 0127-01/16 e 0168-01/16, das quais divirjo tendo em vista que estas decisões não levaram em consideração o fato de que estas mercadorias que têm por características serem pré cozidos, ou terem passados por qualquer outro tipo de preparo, que são elementos excludentes das mesmas do regime de substituição tributária, *ex vi* do item 33 e 33.1 do ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS 2012, reproduzido abaixo:

|      |  |
|------|--|
| 33   | Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo  |
| 33.1 | Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; <u>preparações à base de farinha de trigo</u> a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e <u>outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo</u> ; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo –1902.1; 1905; 1902.3 |

Destarte, acato as provas documentais consideradas pela Autuante até aqui produzidas pela defesa e as respectivas alterações propostas ao valor do levantamento fiscal e voto pela procedência parcial do presente auto de infração, considerando a aplicação do demonstrativo de débito a seguir:

| INFRAÇÃO 01 |               |
|-------------|---------------|
| MÊS         | VALOR JULGADO |
| jan-13      | 47,88         |
| fev-13      | 528,55        |
| mar-13      | 344,51        |
| abr-13      | 892,74        |
| mai-13      | 148,28        |
| jun-13      | 131,65        |
| jul-13      | 185,54        |
| ago-13      | 51,77         |
| set-13      | 80,77         |
| out-13      | 76,63         |
| nov-13      | 186,83        |
| dez-13      | 317,51        |
| TOTAL       | 2.992,66      |

  

| INFRAÇÃO 02 |               |
|-------------|---------------|
| MÊS         | VALOR JULGADO |
| jan-13      | 6.372,82      |
| fev-13      | 4.920,93      |
| mar-13      | 12.449,22     |
| abr-13      | 5.625,65      |
| mai-13      | 5.897,86      |
| jun-13      | 7.962,08      |
| jul-13      | 4.855,38      |
| ago-13      | 6.940,83      |
| set-13      | 6.753,18      |
| out-13      | 7.045,82      |
| nov-13      | 4.809,12      |
| dez-13      | 7.617,49      |
| TOTAL       | 81.250,38     |

Assim o presente auto de infração passa a ter seu valor corrigido quanto a infração 01 de R\$3.374,13 para R\$2.992,66 e quanto a infração 02 de R\$211.004,62 para R\$81.250,38, mantendo-se a infração 03 com o valor original de R\$109,50. Ficando o valor total reduzido de R\$214.488,25 para R\$84.352,52.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0012/17-0, lavrado contra a empresa **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.352,54**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de Julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR