

N. F. N° - 279757.3009/16-1
NOTIFICADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA
NOTIFICANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16/04/2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0038-06/20NF

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Dos dispositivos acima elencados que fundamentaram a exação fiscal não se infere nenhuma limitação ao crédito do ICMS destacado pela alíquota de 12% em função da condição da atividade econômica “1091102 - *Fabricação de produtos de padaria e confeitoria com predominância de produção própria*” exercida pela Impugnante. Notificação Fiscal IMPROCEDENTE. Instância única. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório foi lavrado em 23/12/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$14.419,40, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 01.02.06 – “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a entrada de mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento do imposto por substituição tributária, conforme demonstrativo Anexo A – Crédito Indevido Mercadorias ST, referente aquisições de pizzas, parte integrante do auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.*”

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 21 a 31, quando apresentou seu arrazoado.

Discorreu acerca da tempestividade da defesa, reproduziu a acusação fiscal e arguiu a improcedência sob a alegação de que os NCMs das mercadorias objeto da autuação conforme doc. 03 sic, fls. 52 a 54, demonstram que não houve destaque do ICMS-ST, como também que a NCM correspondem a 1902.20 que teria sido excluída da substituição tributária, conforme disse indicar o item 33.1 do ANEXO 1 do RICMS/BA.

Em seguida questionam a multa aplicada de 60%, pois afirmou que não houve comprovação de fraude e sua exorbitância fere o princípio do não confisco, fundamenta os argumentos em doutrina e jurisprudência.

Na informação fiscal à fls. 59 a 62 o Autuante explica que tanto o autuado como seu fornecedor exercem atividade industrial, sendo o primeiro inscrito com atividade econômica de 1091102 – Fabricação de Produtos de Padaria e Confeitoria, enquanto o segundo com a atividade 1091101 – Fabricação de Produtos de Panificação Industrial e que dada a atividade econômica do fornecedor, este estaria submetido à regra do art. 506-A e 506-G do RICMS/97 e posteriormente do arts. 373 e 379 do RICMS/12, os quais reproduziu e entendeu que exigiam do fornecedor a antecipação das operações relativas às suas aquisições de farinha de trigo de modo que as saídas subsequentes estariam com tributação encerrada, tendo observado entretanto que houve destaque do ICMS normal e este foi apropriado como crédito pela Impugnante.

Afirmou que a Impugnante se defendeu da pseudo acusação de ter se creditado do ICMS-ST, mas na verdade a autuação foi por creditar-se do ICMS normal destacada em documento fiscal referente a operação em que não incidiria o ICMS, por se tratar de operação com tributação encerrada.

Explicou que a obrigação de “mero destaque do ICMS” previsto nos arts. 506-G do RICMS/97 e 379 do RICMS/12 se aplica para fins de creditamento apenas nos estabelecimentos comerciais

adquirentes nas operações subsequentes. Descabendo, portanto, para o caso da Impugnante que se trata de estabelecimento industrial.

Acrescentou que as saídas da Impugnante são desonerados do ICMS e ainda por isso, em respeito ao princípio da não cumulatividade, esta está impedida de se apropriar dos referidos créditos fiscais.

Manteve a exigência integralmente.

É o relatório.

VOTO

O Notificação Fiscal contém uma única infração elencada que diz respeito a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS referente a entrada de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária em operação anterior, ou seja, com tributação encerrada.

Antes de adentrar ao voto, todavia, se faz *mister* esclarecer os fatos:

Segundo a acusação fiscal se tratam de mercadorias adquiridas de estabelecimento industrial e confeccionadas com farinha de trigo, de modo que estando o fornecedor obrigado a proceder à antecipação de suas aquisições de trigo por antecipação tributária encerrando a tributação, resultaria que as saídas de sua produção estariam desoneradas da tributação do ICMS. E por ter este verificado que a saída mercadoria objeto da autuação (PIZZA) declarada no documento fiscal sob o código NCM 1902.1900 foi objeto de destaque do ICMS, o qual, por conseguinte, fora apropriado pela Impugnante, efetuou junto a este a glosa dos créditos fiscais em tela.

O Notificante informou que fundamentou a sua cognição nos arts. 506-A e 506-G do RICMS/97 que foram absorvidos literalmente pelo RICMS/12, conforme os arts. 373 e 379, que prescrevem:

Art. 373. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso I do caput.

Art. 379. O documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas de estabelecimento fabricante ou de outro estabelecimento da mesma empresa, desde que fabricados neste estado com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterá o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes.

Nota: A redação atual do art. 379 foi dada pela Alteração nº 24 (Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14), **efeitos a partir de 15/08/14. Redação originária, efeitos até 14/08/14:**

“Art. 379. O documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterá o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes.”

*Parágrafo único. A transferência interna dos produtos de que trata este artigo, do estabelecimento fabricante para outro estabelecimento da mesma empresa, **deverá ocorrer sem destaque do ICMS.***

Dos dispositivos acima extraiu o Notificante que a despeito do art. 379 prevê o destaque de 12% à título de ICMS, este não poderia ser objeto de apropriação pela Impugnante, posto que essa prorrogativa se limitaria aos adquirentes cuja atividade econômica fosse de comércio e estando este atuando sob o código de atividade: “1091102 - Fabricação de produtos de padaria e confeitoraria com predominância de produção própria” não poderia se creditar do ICMS destacado.

Com relação ao mérito a defesa se limitou a afirmar que a mercadoria PIZZA NCM 1902.1900 não estaria enquadrada na substituição tributária, e por isso não haveria impedimento à apropriação do respectivo ICMS incidente na operação.

Vou ao voto.

A meu ver, dos dispositivos acima elencados que fundamentaram a exação fiscal não se infere nenhuma limitação ao crédito do ICMS destacado pela alíquota de 12% em função da condição da atividade econômica “*1091102 - Fabricação de produtos de padaria e confeitoraria com predominância de produção própria*” exercida pela Impugnante, nenhuma ilação neste sentido se pode extrair da interpretação do art. 379 do RICMS/12, acima reproduzido.

É que, a despeito da Notificada estar desenvolvendo atividade industrial, esta não é exclusiva, pois a própria atividade econômica à qual está vinculada: “*1091102 - Fabricação de produtos de padaria e confeitoraria com predominância de produção própria*” grifei, destaca essa particularidade. Deste modo, as aquisições de terceiros para fins de comercialização são passíveis de direito à apropriação do crédito.

Por outro lado, a antecipação a que trata o art. 373, conforme se depreende de seus incisos I e II, alcança apenas as saídas subsequentes de “*trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final*”, bem como “*às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso I do caput*”.

Cabe ainda esclarecer que a mercadoria PIZZA não se enquadra na exigência quanto ao destaque do ICMS exigido pelo art. 379 do RICMS/12, pois a NCM indicada no referido dispositivo regulamentar não diz respeito a esta mercadoria, conforme se extrai da tabela TIPI, veja-se:

NCM	DESCRICAÇÃO	ALÍO
19.02	- Massas alimentícias, mesmo cozidas ou recheadas (de carne ou de outras substâncias) ou preparadas de outro modo, tais como espaguete, macarrão, aletria, lasanha, nhoque, ravioli e canelone; cuscuz, mesmo preparado.	0
1902.1	- Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo:	0
1902.11.00	- Que contenham ovos	0
1902.19.00	- Outras	0
1902.20.00	- Massas alimentícias recheadas (mesmo cozidas ou preparadas de outro modo)	0
1902.30.00	- Outras massas alimentícias	0
1902.40.00	- Cuscuz	0

Deste modo, resta evidenciado que a despeito de ter havido erro no destaque do ICMS nos documentos fiscais objeto da autuação, este não foi para mais e sim para menos, pois a saída de PIZZA deveria sofrer o destaque do ICMS pela alíquota de 18% e não 12% como se efetivou. Portanto, não há cabimento para a infração imputada.

Destarte, voto pela improcedência da presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em instância UNICA julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. 279757.3009/16-1, lavrado contra a empresa **BOPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR/PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS RICCIO COUTINHO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

