

N. F. Nº - 279757.3009/16-1  
NOTIFICADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA  
NOTIFICANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA  
ORIGEM - DAT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/04/2020

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 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 confeitaria 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 arrazoadado.

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 Confeitaria, 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 exigiriam 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, contera 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, contera 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 prerrogativa 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 confeitaria 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 confeitaria 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 confeitaria 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	DESCRIÇÃO	ALÍQ.
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 ÚNICA julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **279757.3009/16-1**, lavrado contra a empresa **BOMPREGO 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

