

**PROCESSO** - A. I. Nº 298958.0014/19-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0193-02/20-VD  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/09/2021

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0200-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração parcialmente afastada, mantendo-se o acolhimento dos elementos de provas produzidas em primeiro grau administrativo. Mantida a exclusão de operações de aquisições de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra pela Parcial Procedência da autuação, ao determinar a exclusão de parte das mercadorias presentes no levantamento fiscal.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado, ao tempo da prolação da decisão, do montante de R\$579.401,69 (fl. 164).

O Auto de Infração fora lavrado em 24/09/2019 e notificado ao Autuado em 03/10/2019. A única acusação de que o mesmo cuida, atinente aos períodos de apuração dos exercícios fiscais de 2016 e 2017, foi a seguinte:

*Infração 01 – 01.02.96*

*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.*

*(...)*

*Enquadramento Legal: Art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 C/C art. 310, inciso II do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.*

*Multa Aplicada: Artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96.*

Afirmou a 2ª JJF que, com efeito, a Infração foi parcialmente elidida, consoante fundamentação a seguir transcrita:

**VOTO**

*Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$319.437,94.*

*Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.*

*Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03, 05, 10, 105 e 134, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-10 e CDs de fls. 11, 106 e 135); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator.*

*Tendo em vista que as incorreções apontadas e relativas a existência de produtos nas planilhas suporte que não*

*correspondem aos indicados nas NFs foram devidamente sanadas na forma prevista no § 1º, do art. 18 do RPAF, rejeito a arguição de nulidade:*

*Art. 18.*

*...*

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

*Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).*

*Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criada e desenvolvida por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA, com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, único com validade jurídica a provar a favor e em contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).*

*Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 06-10 e CDs constantes nas fls. 11 e 106 e 135), cujas planilhas identificam: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, valor item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS e penalidade objetos da autuação, na conformidade com a infração.*

*Passo à análise de mérito da infração impugnada.*

*Acusa-se indevido uso de crédito fiscal de ICMS, por entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a alegação defensiva é que: a) Na planilha suporte da autuação constam NF-es descrevendo como enquadradas na ST mercadorias que não constam descritas nos documentos fiscais; b) Existência de equívocos na interpretação quanto a inclusão de mercadorias na sistemática da ST; c) exorbitância e inconstitucionalidade da multa proposta.*

*Para o item “b. Da legitimidade do crédito fiscal – Produtos sujeitos a tributação normal do ICMS (crédito x débito)”, o Impugnante relacionou as mercadorias objeto de glosa de crédito, mas que, conforme legislação confrontada, teria direito ao crédito fiscal pelas aquisições:*

#### **PESCADOS – ISENÇÃO REVOGADA PELO DECRETO Nº 16.738/2016**

*Expressa que as operações autuadas são posteriores a 01/01/2016, data em que o decreto passou a considerar tal produto como sujeito à tributação normal de apuração (crédito x débito), conforme plotagem do texto do dispositivo revogado.*

#### **PESCADOS (SALGADOS/SECOS/COZIDOS OU ENLATADOS)**

*Fala que além dos itens anteriores, a fiscalização também glosou crédito fiscal referente a aquisição de pescados salgados e/ou secos, tais como FILE BACALHAU ALASKA NORONH KG, PEIXE LACERD e POST BACAL ALAS KG NORONH 1KG, cuja norma baiana nunca tratou como isentos ou não tributados, conforme art. 265, II, “e” do RICMS-BA, retro plotado.*

*Aduz que, da mesma forma, também não procede a glosa de crédito fiscal sobre aquisição de pescados enlatados (NCM 1604), como SALMÃO EM AZEITE GDC, SALMÃO NATURAL GDC, SALMÃO NATURAL GDC 125GR e SARDINHA LIMÃO GDC.*

#### **PRODUTOS EM CONSERVA OU DESIDRATADOS**

*Reproduzindo o art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012, e Cláusula primeira do Conv. ICMS 44/75, diz que a fiscalização glosou o crédito fiscal referente aquisição de produtos hortifrutícolas em conserva ou desidratados, sem base legal, pois isentos são apenas os produtos em estado natural.*

#### **DOCES**

*Também entende equivocado o enquadramento de isentos para os doces: AMORAS 25GR, BANANADA DA BAHIA e MANGO CHUTNEY OR GOU.*

#### **BRIQUEDOS**

*Diz que o autuante também se equivoca ao considerar os produtos “RESPONDA SE PUDER” e “PEIXE PALHACO INFLAV” como isentos, mas são brinquedos normalmente tributáveis.*

#### **SALAMINHO e GV PAIO (NCM 1601)**

*São produtos classificados na NCM 1601, normalmente tributáveis.*

#### **NECESSAIRE (NEC ORGANICA MED, NEC ORGANICA GRD e NEC ORGANICA PEQ)**

*Mercadorias classificadas na NCM 4202.32.00, também não albergados por isenção, nem enquadrados na substituição tributária.*

*Contra-arrazoando a Impugnação, reanalisando o procedimento fiscal, ainda que detectando as alegadas inconsistências entre algumas mercadorias identificadas com NF-es objeto da autuação na planilha suporte, com as descritas nas NF-es, o Autuante informou que os dados foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD efetuada pelo autuado. Então, considerando que a ferramenta de auditoria utilizada apenas importa as informações, foi o próprio contribuinte quem as gerou. Sem embargo, alertado sobre elas, por ocasião da Informação Fiscal, tomando os dados das NF-es, sanou as inconsistências neste ponto e, demonstrando o que afirma, anexou os arquivos das NF-es de entrada originais (CD constante à fl. 106, cuja cópia foi entregue ao Impugnante).*

*Quanto aos equívocos apontados pelo Impugnante na interpretação dos itens na sistemática da ST (letra “b”, acima), acatando o que entendeu pertinente, revisou o procedimento fiscal, conforme anunciado, excluindo mercadorias com erro em sua nomenclatura, bem como os seguintes produtos: DOCES, BRINQUEDOS, SALAMINHO e GV PAIO e NECESSAIRE, ocasião em que reduziu a exação de R\$319.437,94 para R\$121.893,21.*

*Achando insuficiente o ajuste efetuado na exação, o Autuado se manifesta às fls. 110-116. Registrou o reconhecimento parcial quitando o valor de R\$3.063,78.*

*Contudo, diz que embora o Autuante tenha informado que reconheceu a improcedência da cobrança e tenha excluído os produtos “doce” e “nécessaire” no levantamento fiscal, esses produtos seguiram constando na planilha refeita, conforme plotagem efetuada, razão pela qual reiterou a exclusão desses produtos.*

*Na oportunidade, acertadamente alertou para o fato de que o Autuante não contestou suas alegações defensivas a respeito e seguiu pontuando produtos sujeitos à tributação “normal” mantidos no levantamento fiscal:*

#### **PRODUTOS EM CONSERVA OU DESIDRATADO (PEPINO TING e ASPARGOS VERDES INT)**

*Novamente reproduzindo o art. 265, I, “a” do RICMS-BA e Cláusula Primeira I do Conv. ICMS 44/75, bem como voto do Acórdão CJF nº 0247-11/14, defende a legitimidade do crédito fiscal relativo a tais produtos.*

#### **PESCADOS – ISENÇÃO REVOGADA PELO DECRETO Nº 16.738/2016**

*Repisa o argumento inicial de tratar-se de operações posteriores a 01/01/2016, data em que o decreto passou a considerar tal produto como sujeito à tributação normal de apuração (crédito x débito), conforme plotagem do texto do dispositivo revogado.*

#### **PESCADOS (SALGADOS/SECOS/COZIDOS OU ENLATADOS)**

*Reproduzindo parte do Acórdão CJF Nº 0362-11/13, também repisa o argumento defensivo inicial para a aquisição de pescados salgados e/ou secos, tais como FILE BACALHAU ALASKA NORONH KG, PEIXE LACERD e POST BACAL ALAS KG NORONH 1KG, cuja norma baiana nunca tratou como isentos ou não tributados, conforme art. 265, II, “e” do RICMS-BA, bem como também improcede a pretensão fiscal em glosar o crédito fiscal sobre a aquisição de pescados, ocorridas após 01/06/2016, ou, a qualquer tempo, em se tratando de aquisição de pescado “tipo bacalhau”.*

*Notificado para ciência da manifestação do sujeito passivo, o Autuante prestou nova Informação Fiscal (fls. 131-133), acertadamente acolhendo o protesto defensivo para: BANANA DA BAHIA, NEC ORGANICA e NEC ORGANICA GRD, PRODUTOS EM CONSERVA OU DESIDRATADO (PEPINO TING e ASPARGOS VERDES INT) e de PESCADOS, itens que diz ter excluído em novas planilhas suporte produzidas, estas constantes na mídia CD que anexa (fl. 135).*

*Nessa ocasião manteve a glosa de créditos relativos aos produtos FILE BACALHAU ALASKANORO 1KG, PEIXE LACEERD, POSST BACAL ALAS KG NORON 1KG, etc., para o período janeiro a junho 2016, por entender serem peixes congelados e dessalgados e não “bacalhau”, razão pela qual os mantém na autuação, os*

excluindo para os demais períodos.

Diante do acatamento parcial das alegações do Impugnante, novamente refez as planilhas suporte reduzindo a exação de R\$121.893,21 para R\$7.810,12.

Intimado da nova Informação Fiscal, o Impugnante volta aos autos às fls. 141-151. De logo observa que o valor remanescente de R\$7.810,12 inclui R\$3.063,78 já quitado e a diferença (R\$4.746,34) corresponde à glosa de crédito de ICMS sobre aquisição de pescado, o que frisa não proceder, pois, “pescado”, independentemente do tipo passou a ser normalmente tributado, conforme alteração pelo Decreto 16.738/2016, a partir de 01/06/2016.

Ressalta e demonstra com plotagem de parte da planilha ultimamente revisada, que mesmo reconhecendo não haver isenção a partir de 01/06/2016, ela contempla operações com mercadorias sujeitas a tributação “normal” a partir de 31/05/2016, mais especificamente com PESCADOS (qualquer tipo) que ante a revogação da letra “e” do inciso II do art. 265, passou a ser normalmente tributável.

Também plotando parte da planilha refeita, diz que a Fiscalização manteve a glosa o crédito fiscal de R\$599,05 de operações ocorridas até 31/05/2016, por entender, “sem qualquer comprovação ou embasamento técnico, que o “FILE BACALHAU ALASKA NORONH KG”, “PEIXE LACERD” e “POST BAC ALAS KG NORONH IKG”, são peixes congelados e dessalgados e NÃO de bacalhau”, o que ele, Impugnante, denega, conforme imagens coladas ao texto, realçando se tratar de pescado “tipo bacalhau”, salgados e desfiados, que o art. 265, II, “e”, do RICMS-BA, jamais tratou como mercadoria isenta ou não tributada, entendimento este pelo próprio CONSEF, conforme Acórdão CJP Nº 0362-11/13.

Pois bem. Do contraditório acima exposto e ressaltando que os ajustes efetuados pelo autor do feito decorreram de consubstanciadas razões do Impugnante, e considerando o valor reconhecido devido pelo Impugnante, é fato que a lide se resume a R\$4.746,34 resultante da diferença entre R\$7.810,12 que o Autuante acusa devido e R\$3.063,78 reconhecido devido pelo sujeito passivo. Analisando os últimos demonstrativos suporte, fruto da última Informação Fiscal, de fato, constata-se referir-se às seguintes mercadorias:

- a) FILE CAÇÃO FRESCATO, FILE DE SARDINHA 400, FILE DE TILAPIA CONG, FILE POLACA AL, FILE POLACA CG 500G, FILE TILÁPIA CONG 250G, PEIXE CASTANHA POSTA, PEIXE LACERD, PEIXE SARD INT CONG, POST PIRAMUTUBA KG, POSTA CORVINA, POSTA SALMÃO (operações ocorridas em junho 2016);
- b) FILE BACALHAU ALASKA e PEIXE LACERD (operações ocorridas entre janeiro a maio 2016);
- c) BACALHAU LINGS (operações ocorridas em janeiro 2017).

Tratando-se de operações internas, para decidir a quem cabe razão no que resta da lide, se ao Autuante que entende direito a crédito fiscal não haver por conta da aquisição, ou ao sujeito passivo que entende não existir vedação ao uso do crédito fiscal, convém e basta a seguinte normativa:

RICMS-BA/2012

Art. 265. São isentas do ICMS:

...

II - as saídas internas de:

e) revogada;

Nota: A alínea “e” do inciso II do caput do art. 265 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/06/16.

Redação originária, efeitos até 31/05/16:

“e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;”

Assim, é de decidir o restante do contraditório da seguinte maneira:

Para as mercadorias das letras “a” e “c”:

Sendo pescado e operações ocorridas posteriores a 01/06/2016, a razão cabe ao Impugnante, já que a isenção vigeu até 31/05/2016, em face da revogação da norma de isenção pelo Decreto nº 16.738/2016, com efeitos a partir de 01/06/2016.

Para as mercadorias da letra “b” ((operações ocorridas entre janeiro a maio 2016);

Como argumenta o Impugnante, por se enquadrarem na regra de exceção exposta no art. 265, II, “e”, do RICMS-BA/2012, vigente no período de ocorrência, suas saídas internas não estavam submetidos à isenção tributária, propiciando, portanto, o uso de crédito fiscal por suas entradas.

Quanto à multa proposta: a) é a legislada para o caso; b) por tratar de descumprimento de obrigação tributária

*principal, prejudicado está o pedido de seu afastamento ou redução; c) em face do disposto no art. 167 do RPAF, o argumento de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma em vigor não pode ser apreciada no âmbito deste órgão administrativo judicante.*

*Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito corresponde ao do valor reconhecido pelo Impugnante, conforme extrato do pagamento de fl. 140.*

Foi interposto Recurso de Ofício.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo não interpôs Recurso Voluntário.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 05/07/2021, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 12/07/2021, para julgamento.

Fez a sustentação oral na sessão de julgamento a advogada Mirely Chiappetta dos Santos, OAB/PE nº 30.444.

É o relatório.

### VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 2ª JJF, ao excluir do lançamento as operações realizadas com mercadorias que foram equivocadamente interpretadas como incluídas na sistemática da substituição tributária, ou relativas a operações subsequentes, efetivamente tributadas. Houve intenso contraditório, e a decisão de primeiro grau operou-se a partir das provas dos autos.

Importante destacar, que o Autuado reconheceu parcialmente a infração e procedeu os recolhimentos. Do mesmo modo, ao longo do contraditório, o Autuante revisou o lançamento e procedeu a expressiva redução dos valores, acatando parcialmente a argumentação defensiva.

Desnecessário dizer mais. Reputo como corretas as exclusões, fruto da intrincada legislação tributária, e que se operaram a partir de elementos de prova e argumentação suficientemente robustos.

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0014/19-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, no valor de **R\$3.063,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrido desta decisão, e posteriormente encaminhar ao setor competente para a homologação do valor já recolhido, e enviar para o devido arquivamento do PAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS