

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0004/18-8
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0168-03/19
ORIGEM - INFAS ITABUNA (COSTAS DO CACAU)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM ISENÇÃO. Os pescados autuados deixaram de ser isentos, conforme o Decreto nº 16.738/16, de 20/05/2016, ficando isento somente os pescados realizados por pescador profissional artesanal – Art. 265, incisos I e II, “j”. Exclui-se os créditos fiscais de entradas referentes aos “Pescados”, autuado indevidamente. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida deste item. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ajuste realizado pelo Autuante em sede de informação fiscal, reduz o valor originalmente lançado. Exclui-se, na fase recursal, a mercadoria pó para sorvete, pois essa mercadoria não é o mesmo produto que é comercializado nas redes de fast-foods e não se compara ao que está descrito e enquadrado no regime da ST. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida deste item. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO EXCEDENTE. Fatos demonstrados nos autos. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida deste item. 2. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Na peça recursal, faz várias ponderações, além de argumentações sobre transferências, contudo, não traz nenhuma evidência que na autuação ocorreu erro na apuração do imposto, sendo que os papéis de trabalho estão devidamente especificados e claros, tendo em contrariedade as questões de transferências, nas quais se exclui os valores. Infração parcialmente subsistente, conforme o incidente de uniformização da PGE/PROFIS. Modificada a Decisão recorrida deste item. Indeferido pedido de diligência. Rejeitada preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 14/09/2018, exigindo crédito tributário no valor de R\$287.357,26, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.03 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2016, junho a julho, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$12.892,29, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 01.02.06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$66.154,59, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a destaque a maior de imposto

no documento fiscal, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$82.929,48, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 03.02.04 - *recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$38.757,10, acrescido da multa de 60%.*

O autuado impugna o lançamento fls.53/69. Presta a informação fiscal, o autuante, às fls.75/78. A JJF decidiu pela Procedência Parcial conforme abaixo:

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe, é composto por cinco infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, o defensor arguiu a necessidade da lavratura do auto de infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa. Não tendo sido observado esse requisito, disse que o auto de infração seria nulo.

Não acato esta reclamação, visto que carece de suporte jurídico. Noto que, o § 1º, do art. 39 do RPAF/BA, sobre a matéria, assim estabelece, in verbis:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

§ 1º. O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ademais, considerando que o SEAI – Sistema de Emissão de Auto de Infração é automatizado, se torna improvável a lavratura no estabelecimento do Autuado. Assim, não acato esta preliminar arguida, pois observo que não é motivo de nulidade esta alegação defensiva.

O defensor alegou que a autuação deve ser realizada com clareza e precisão, e no presente caso, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório, visto que foram omitidos a discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal.

No que tange a esta alegação, embora o Autuado não especifique objetivamente, a que infração estaria se referindo, compulsando os autos, verifico que este argumento carece de suporte fático e jurídico. Consta deste processo os demonstrativos inerentes a cada infração. Estas planilhas foram anexadas ao processo e gravadas na mídia CD, que integra o auto. As notas fiscais e valores foram devidamente discriminados, com todos os dados necessários a sua defesa, conforme fls. 14 a 44 do PAF. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue em mãos, à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração, conforme documento à fl. 46 do PAF.

Desta forma, embora o Autuado não fundamente esta arguição, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas, estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

*No mérito, na autuação foram apuradas as seguintes irregularidades: **Infração 01.** utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto; **Infração 02.** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária; **Infração 03.** utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a destaque a maior de imposto no documento fiscal; **Infração 04.** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento fiscal comprobatório do direito ao referido crédito; **Infração 05.** recolheu a menos o ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.*

O defensor na sua peça impugnativa, não rebateu objetivamente estas infrações, com exceção da infração 02. Limitou-se a discorrer a respeito de teses tributárias de renomados juristas. Citou e transcreveu dispositivos da Constituição Federal e Acórdãos das jurisprudências dos Tribunais Federais e Superiores Tribunais do país, sem correlacionar estas respeitáveis teses com as irregularidades apuradas pela fiscalização.

Nesta toada, o Autuado, nas razões de defesa, discorreu longamente sobre Princípios constitucionais e tributários, mostrou conhecimento a respeito do direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, citando inclusive, as exigências legais para que exerça efetivamente o direito a utilização do crédito. Entretanto, deixou de trazer aos autos, elementos capazes de demonstrar qualquer erro supostamente cometido

pelo fiscal Autuante, ao caracterizar estas infrações.

A infração 02, rebatida objetivamente pelo deficiente, trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Em sua defesa, o autuado listou mercadorias que em seu entendimento não estariam submetidas ao regime de substituição tributária. Nesse caso, sendo do regime normal de tributação, teria direito ao respectivo crédito.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que analisou, caso a caso, cada uma das mercadorias apontadas pela defesa, determinando o respectivo enquadramento no Anexo 01 do RICMS/2012. Acatou a alegação do impugnante quando procedente, excluindo a mercadoria que se encontrava fora do regime de substituição tributária, na época de ocorrência do fato gerador. Elaborou novo demonstrativo de débito.

Observo que o Autuado tomou conhecimento da informação fiscal e não mais questionou os dados sobre a infração 02. Voltou a discorrer sobre aspectos principiológicos da legislação, que entende deveriam ser observados pela fiscalização e mais uma vez, sem associar aos fatos discutidos nos autos.

Sendo assim, acolho as conclusões do Autuante e o novo demonstrativo que dá suporte à infração 02, remanesce no valor de R\$65.975,09, conforme fls. 79/92.

Nesta seara, verifico que o Autuado deixou de observar as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, que estabelecem: “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, assim como, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Considerando que o sujeito passivo não carreou aos autos, elementos de prova necessários e com o condão de elidir integralmente a acusação fiscal, concluo pela procedência parcial do Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado com decisão de piso, apresenta Recurso Voluntário às fls. 121 a 125.

Incialmente, diz que a decisão de piso não verificou a legalidade das situações, sendo rejeitadas as alegações de legalidade sem verificação do mérito das questões levantadas pela fiscalização em cada uma das infrações.

Pede pela verificação das planilhas que demonstram a formação da infração, da base de cálculo e determinam o *quantum* exigido, conforme abaixo:

INFRAÇÃO 1: afirma que não foi verificado que no montante está incluso R\$ 5.563,93 de créditos glosados sobre “pescados”, produto que deixou de ser isento pelo Decreto nº 16.738/16, e foram glosados os créditos a ele pertinentes a partir da data de vigência do referido Decreto. Os seguintes produtos foram indevidamente inclusos na planilha.

PEIXE SARDINHA ESPALMADA 1KG
PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG
PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG
PEIXE FILE MERL/POLACA CONG PCT 1KG
PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG
PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG
PEIXE TILAPIA POSTA PCT 1KG
PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG
PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG
PEIXE PESCADA INTEIRA KG
PEIXE FILE POLACA/ MERLUZA CONG PCT 1K

Pede pela retificação do valor cobrado, pela exclusão dos valores relativos a esses produtos.

INFRAÇÃO 2: disse que desconsideraram as alegações defensivas, no qual sequer ponderou a validade das mesmas, unicamente porque não houve manifestação por parte da empresa.

Ave temperada – Cita o autuante o item 11.31.1, do Anexo 1, do RICMS, onde se enquadra produto resultante do abate de aves, simplesmente temperada. Verificando o dispositivo entende-se que o mesmo se refere a processos simples de preparo como salmoura, salga, defumação, secagem e tempero simples. Não é o caso desses produtos que são preparados para consumo pelo “descongelamento/esquente” em forno. Não são simplesmente temperados e sim, totalmente temperados e acondicionados de forma a não exigir mais qualquer preparação salvo o descongelamento e trazido para a temperatura a gosto do consumidor.

Massa para Pastel e outras massas frescas - são diferentes das massas enquadradas no regime de substituição tributária, essas não cozidas, nem preparadas de outro modo, ou seja, massa “dura”. As para pastel, de marcas que trabalham exclusivamente com esse tipo produto, são massas congeladas, não endurecidas, que podem ser encontradas em quaisquer estabelecimentos revendedores de produtos alimentares.

Pão de Queijo – Reconhece o não enquadramento, mas não retira os valores da planilha de cálculo.

Pó para sorvete – Neste item o autuante se superou na imaginação para querer enquadrar um simples pó para elaboração caseira de sorvete com preparado para fabricação de sorvete em máquina. Sua criação consegue querer comparar uma máquina para fazer sorvete, como as utilizadas nas grandes redes (Bobs, MD, etc) com um simples liquidificador doméstico.

Sustenta que também deixou de ser observado pelo órgão julgador que as operações listadas foram de transferências entre estabelecimentos, com debitação no remetente e creditação no destinatário. Ora, tais operações nem eram para ser tributadas e o foram indevidamente. Consequentemente não gerou qualquer prejuízo ao erário estadual visto que debitado e creditado em idêntico valor, em operações entre estabelecimentos dentro do Estado.

Por tudo isso é que a creditação indevida, se mantida, resultará automaticamente e necessidade de devolução do valor pago também indevidamente no estabelecimento remetente. Razões para modificação da decisão ora recorrida.

INFRAÇÃO 3: diz que não foi observado pelo órgão julgador que as operações listadas foram de transferências entre estabelecimentos situados no Estado da Bahia, com debitação no remetente e creditação no destinatário. Da mesma forma que no item anterior, tais operações nem eram para ser tributadas e o foram indevidamente. Consequentemente não gerou qualquer prejuízo ao erário estadual visto que debitado e creditado em idêntico valor, em operações entre estabelecimentos dentro do Estado.

INFRAÇÃO 5: volta sustentar que foi verificado:

- a) Que operações de devolução devem ser feitas com incidência da mesma alíquota sobre a mesma base de cálculo das operações de aquisição. Portanto o lançamento relativo a essas operações está correto.
- b) A mesma situação deve ser observada para as operações de devolução, registrada pelo CFOP 5927, por se tratar de estorno de crédito.
- c) Que relativamente às operações de transferências, vale o mesmo princípio requerido para as infrações 2 e 3.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Rebeca Brandão de Jesus.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão de piso, combatendo as infrações 01, 02, 03 e 05, sendo que a imputação 4 não trouxe nenhuma argumentação, portanto, subsistente desde já. O valor histórico de R\$287.357,26, onde a JJF julgou Procedente em Parte. Os argumentos recursais são os seguintes:

Quanto à **infração 1**, o contribuinte questiona que os pescados autuados deixaram de ser isentos, conforme o Decreto nº 16.738/16, de 20/05/2016, ficando isento somente os pescados realizados por pescador profissional artesanal:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

j) pescado, realizada por pescador profissional artesanal devidamente classificado no Registro Geral da Pesca da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, bem como as operações internas subseqüentes com o mesmo produto.

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

Por esta razão, solicita a exclusão dos créditos fiscais de entradas referentes aos “Pescados”, autuado indevidamente conforme Planilha vide fls. 14, verso e mídia fl. 45, a seguir:

INFRAÇÃO 01 - CRÉDITO INDEVIDO SOBRE PRODUTOS ISENTOS

DT ENTR	DOC	CFOP	ALIQ	NCM	CODIGO	DESCRICAÇÃO DO ITEM	VC	ICMS
10/01/17	452350	1152	18	'03031900'	277242	PEIXE SARDINHA ESPALMADA 1KG	39,00	7,02
09/11/17	521133	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	2.018,25	363,29
09/11/17	521133	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	697,50	125,55
09/11/17	521133	1152	18	'03047500'	74940	PEIXE FILE MERL/POLACA CONG PCT 1KG	383,10	68,96
10/11/17	521612	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	510,00	91,80
10/11/17	521612	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	425,25	76,55
14/11/17	522344	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	820,50	147,69
14/11/17	522344	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	850,50	153,09
14/11/17	522344	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	609,00	109,62
14/11/17	522344	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	606,60	109,19
14/11/17	522344	1152	18	'03027100'	550	PEIXE TILAPIA POSTA PCT 1KG	237,75	42,80
16/11/17	522880	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	680,40	122,47
16/11/17	522880	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	243,60	43,85
16/11/17	522880	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	505,50	90,99
21/11/17	523778	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	164,10	29,54
21/11/17	523778	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	510,30	91,85
21/11/17	523778	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	303,30	54,59
21/11/17	523778	1152	18	'03027100'	550	PEIXE TILAPIA POSTA PCT 1KG	237,75	42,80
23/11/17	524464	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	202,20	36,40
28/11/17	11538	1202	18	'38249989'	3315	PEIXE PESCADEIRA INTEIRA KG	10,28	1,85
28/11/17	20419	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	144,97	26,09
28/11/17	525468	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	505,50	90,99
28/11/17	525474	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	324,90	58,48
28/11/17	525474	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	1.036,50	186,57
28/11/17	525474	1152	18	'38249989'	3315	PEIXE PESCADEIRA INTEIRA KG	544,50	98,01
30/11/17	526406	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	324,90	58,48
30/11/17	526406	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	518,25	93,29
30/11/17	526406	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	269,40	48,49
30/11/17	526406	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	2.551,50	459,27
30/11/17	526406	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	487,20	87,70
30/11/17	526406	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	458,32	82,50
30/11/17	526406	1152	18	'03027100'	550	PEIXE TILAPIA POSTA PCT 1KG	237,75	42,80
05/12/17	527526	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	510,30	91,85
05/12/17	527526	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	458,32	82,50
06/12/17	46	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	0,06	0,01
07/12/17	527953	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	162,45	29,24
07/12/17	527953	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	518,25	93,29
07/12/17	527953	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	269,40	48,49
07/12/17	527953	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	850,50	153,09
07/12/17	527953	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	487,20	87,70
07/12/17	527953	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	458,32	82,50
12/12/17	529151	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	510,30	91,85
12/12/17	529151	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	303,30	54,59
14/12/17	529951	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	324,90	58,48
14/12/17	529951	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	310,95	55,97
14/12/17	529951	1152	18	'03038910'	2158	PEIXE CORVINA INTEIRA CONGELADA KG	269,40	48,49
14/12/17	529951	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	1.020,60	183,71
14/12/17	529951	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	365,40	65,77
14/12/17	529951	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	303,30	54,59
19/12/17	302	1202	18	'03049900'	74940	PEIXE FILE POLACA/ MERLUZA CONG PCT 1K	18,69	3,36
19/12/17	530943	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	310,95	55,97
19/12/17	530943	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	850,50	153,09
19/12/17	530943	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	121,80	21,92
19/12/17	530943	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	404,40	72,79
21/12/17	531649	1152	18	'03028990'	8433	PEIXE ANCHOVA INTEIRA CONG KG	162,45	29,24
21/12/17	531649	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	103,65	18,66
21/12/17	531649	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	680,40	122,47
21/12/17	531649	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	121,80	21,92
21/12/17	531649	1152	18	'03027100'	550	PEIXE TILAPIA POSTA PCT 1KG	237,75	42,80
26/12/17	532693	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	103,65	18,66
26/12/17	532693	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	510,30	91,85
26/12/17	532693	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	121,80	21,92
28/12/17	533241	1152	18	'03038990'	4169	PEIXE CASTANHA INTEIRA CONGELADA KG	310,95	55,97
28/12/17	533241	1152	18	'03038910'	65566	PEIXE CORVINA POSTA CONGELADA PCT 1KG	850,50	153,09
28/12/17	533241	1152	18	'03035300'	200967	PEIXE SARDINHA INT CONG PCT 1KG	243,60	43,85
29/12/17	533850	1152	18	'03035300'	251730	PEIXE SARDINHA/SAVELHA EVISC CONG PCT 1KG	1.176,00	211,68
TOTAL NO PERÍODO							30.910,71	5.563,93

Destarte, acolho os argumentos apresentados pelo contribuinte, e voto que a Infração 1 é parcialmente procedente, devendo o seu valor ser alterado de R\$ 12.892,29, para R\$ 7.328,36.

No que pertine aos argumentos da **infração 2**, questiona que 4 produtos (**Ave Temperada; Massa**

para Pastel; Pão de Queijo e Pó para Sorvete), que não estão enquadrados nos produtos sujeitos a Substituição Tributária do Anexo I, e que são produtos que houveram transferência entre filiais e uma sobre devolução de mercadorias:

Para o produto de **ave temperada**, alega que os seus produtos são totalmente temperados e acondicionados, de forma a não mais exigir qualquer preparação, salvo descongelamento. Informo que a sua justificativa não tem como prosperar, a regra estabelecida no ANEXO-I do RICMS/2012, enquadra claramente aves temperadas como produto sujeito à Substituição Tributária. Assim, não concordo com a justificativa apresentada, e acolho o posicionamento do Autuante, mantendo o produto na autuação.

Na questão da mercadoria **massa para pastel** e **outras massas frescas**, onde alega que são diferentes das Massas enquadradas no regime da Substituição Tributária, informando que a Massa de Pastel que trabalha, é congelada e não endurecida.

Analizando os NCMs que foram faturados as Massa para Pastel, constatei o seguinte:

NCM	PRODUTO
1902.30.00	<i>Massas alimentícias tipo instantânea</i>
1902.20.00	<i>Massas alimentícias recheadas (mesmo cozidas ou preparadas de outro modo)</i>
1902.19.00	<i>Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, que não contenham ovos</i>

Verifiquei que todo o faturamento de Massa de Pastel foi com os NCMs acima mencionados, deste modo, todos estão enquadrados no Anexo-I da ST, por este motivo, acolho o posicionamento do Autuante, mantendo também o produto na autuação.

Já o **pão de queijo**, nada localizado como Pão de Queijo no Anexo I, o Autuante classificou, o pão de queijo no NCM 1905.90.9, como Salgadinho e não como Pão de Queijo.

Pesquisando o NCM 1905.90.90, vejo que preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou de leite; produtos de pastelaria - Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes – Outros.

Vejo que o pão de queijo é um alimento muito difundido no Brasil, sendo apreciado por pessoas de várias regiões e classes sociais. A sua composição varia, já que muitas são as receitas criadas pela população. Este texto dará ênfase na composição química do pão de queijo, cuja preparação é à base de cereais, farinhas, amidos, féculas, e seus principais componentes são o polvilho doce ou azedo e o queijo. Desta modo, não deveria estar enquadrado no Regime da Substituição Tributária, além de ter uma outra composição de receita, não é vendido como pronto para consumo, tem que ser levado ao forno, para só depois, ser consumido.

No caso dos Salgadinhos tratados no NCM 1905.9090, refere-se aos salgadinhos tipo Doritos, Elma Chips, Ruffles, Cheetos, Cebolitos, e muito outros que estão embalados em sacos plásticos e prontos para o consumo. Para o produto em questão, verifico que sua composição é justamente uma forma de salgadinho pré-cozido através de sua composição de produção, grande exemplo de outro salgadinho desta mesma situação é a coxinha, que pode ser congelada e frita depois, o mesmo acontece com o produto autuado, ele é congelado e assado antes de ser consumido. Outro motivo para manutenção do produto, é que o contribuinte faturou estes produtos com o NCM 1905.9090 e 1901.2000, ambos produtos enquadrados no Regime da Substituição Tributária, por esta razão a autuação está correta para este produto.

Para o produto **pó para sorvetes**, alega o autuante (fl. 77), que a empresa destaca que o seu produto seria diferente deste previsto no enquadramento da infração e acredita mesmo que por ser 150g será preparado à mão. Para este fato, diz o fiscal que não, pois disse que também tem preparação numa máquina como liquidificador. Esta especificação de ser um ambiente residencial ou industrial, não está sequer ventilada no dispositivo:

“Base legal para o enquadramento extraído do Anexo-I

Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas NCM :1806, 1901 e 2106”.

O recorrente critica a argumentação do autuante em querer comparar um simples pó para elaboração caseira de sorvete, com o preparado para a fabricação de sorvete em máquina como nas Redes Bobs e MacDonald e outros.

Vejo que de acordo com o quadro acima, os produtos autuados são pó para sorvete produzido pela Yoki – embalagem de 150g. Para dirimir a dúvida criada pelas partes, fiz uma pesquisa sobre este Pó para Sorvete da Yoki, e constatei a seguinte orientação de como preparar o produto. Na embalagem consta que não se deve usar liquidificador, e sim usar uma Batedeira e se não tiver uma batedeira, usar um batedor de clara em neve.

Concordo com o entendimento do recorrente quando sustentou que essa mercadoria não é o mesmo produto que é comercializado nas redes de fast-foods e não se compara ao que está descrito e enquadrado com tributação no regime da Substituição Tributária do ANEXO-I, portanto, não está correta a autuação. Por este motivo, excluo da autuação a mercadoria pó para sorvete no valor de R\$866,58. Portanto, esta infração de R\$65.975,09 (valor remanescido da 1ª Instância), passa para R\$65.108,51, conforme o demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Auto de Infração	3ª JJF	2ª CJF
31/01/2016	951,22	951,22	910,51
29/02/2016	626,47	626,47	589,61
31/03/2016	1.032,43	1.032,43	990,93
30/04/2016	894,44	894,44	850,28
31/05/2016	1.111,46	1.106,15	1.059,83
30/06/2016	1.027,76	1.022,37	974,97
31/07/2016	1.145,81	1.145,81	1.112,77
31/08/2016	1.763,17	1.763,17	1.713,61
30/09/2016	1.695,84	1.689,96	1.673,44
31/10/2016	1.119,25	1.119,25	1.102,73
30/11/2016	1.187,60	1.183,09	1.166,57
31/12/2016	1.575,94	1.550,99	1.538,86
31/01/2017	1.690,20	1.690,20	1.690,20
28/02/2017	1.105,62	1.098,90	1.098,90
31/03/2017	1.982,89	1.975,69	1.975,69
30/04/2017	1.198,50	1.127,95	1.127,95
31/05/2017	2.303,70	2.298,26	2.271,98
30/06/2017	1.407,09	1.407,09	1.360,20
31/07/2017	1.668,86	1.645,79	1.593,23
31/08/2017	3.360,92	3.360,92	3.297,96
30/09/2017	1.802,18	1.796,46	1.747,47
31/10/2017	1.732,48	1.732,48	1.682,36
30/11/2017	11.863,61	11.861,93	11.787,78
31/12/2017	21.907,15	21.894,07	21.790,68
Total	66.154,59	65.975,09	65.108,51

Nas questões trazidas sobre **transferências entre filiais** do mesmo contribuinte, levantadas para as infrações 3 e 5. Convém lembrar, que nas transferências internas está assegurado o direito de não tributar a operação, contudo, se a empresa tributou como produtos enquadrados no Regime da Substituição Tributária, a filial destinatária está vedada de se creditar, cabe direito a filial de origem pleitear o imposto recolhido indevidamente.

Nestas alegações de transferências entre filiais, verifiquei as planilhas de todas as infrações, sendo que só foram encontradas como consistentes para a infração 5, com CFOP 5152 - *Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*, no qual identifiquei sendo transferências efetivas. Assim, excluo da autuação todas as transferências, conforme o incidente de uniformização da PGE/PROFIS já conhecido por todos.

A **infração 5**, o contribuinte também, em sua peça recursal, faz outras ponderações, além de argumentações sobre transferências, contudo, não traz nenhuma evidência que ocorreu erro na apuração do imposto. Verifiquei que o demonstrativo foi colocado à disposição do contribuinte, e contém todos os cálculos Nota Fiscal a Nota Fiscal, informando o valor recolhido a menor, qual o valor correto, e o valor a ser ainda recolhido. Assim, só excluo os valores referente às

transferências, passando o valor de R\$38.757,10, para R\$37.642,10, conforme o demonstrativo de débito abaixo:

MÊS/ANO	VLR. REMANESCENTE
jan/16	127,64
fev/16	145,19
mar/16	2.202,73
abr/16	134,30
mai/16	43,70
jun/16	282,77
jul/16	124,85
ago/16	103,35
set/16	139,79
out/16	156,22
nov/16	156,41
dez/16	1.941,40
jan/17	1.960,67
fev/17	2.383,02
mar/17	2.186,32
abr/17	2.384,77
mai/17	2.178,58
jun/17	3.366,16
jul/17	3.116,21
ago/17	2.368,72
set/17	3.367,92
out/17	1.898,51
nov/17	6.054,07
dez/17	818,80
Total Geral	37.642,10

Em relação à **infração 3**, o contribuinte questiona que se trata de transferência entre filiais, que não houve prejuízo para o erário da Bahia, pois houve débito na filial remetente e crédito na filial de destino. Como já foi dito, consultei todas infrações e não encontrei transferências para esta infração.

Convém destacar, novamente, que a filial só tem direito ao crédito quando a legislação permite, o fato do crédito ter vindo à maior, não lhe dá o direito de se creditar integralmente, e a filial de origem poderá pleitear o resarcimento do pagamento do imposto à maior junto a SEFAZ.

Por esta razão a autuação está correta, mantendo a decisão de piso.

No argumento cingido das **devoluções de mercadorias** recebidas, cabe ao contribuinte comprovar que elas foram tributadas na sua saída, e como nada foi apresentado, deixo de apreciar o seu questionamento.

Deste modo, não procede a reclamação da Autuada para a infração 2, prevalece a autuação, mantendo a decisão de piso.

Concluo pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, no qual o Auto de Infração fica no valor de R\$279.632,25, sendo as infrações 1, 2 e 5, são conforme indicado no voto acima, pois a infração 1 passa de R\$12.892,29, para R\$7.328,36, respaldado pelo art. 265, incisos I e II, “j” do Decreto nº 16.738/16, a imputação 2 passa de R\$65.975,09, para R\$65.108,51 (com a exclusão do produto pó p/sorvete), e a infração 5 passa de R\$38.757,10, para R\$37.642,10 devido a exclusão dos valores referente às transferências. Mantendo reformado a decisão de piso com os resultados destacados abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	12.892,29	12.892,29	7.328,36	60%
02	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	66.154,59	65.975,09	65.108,51	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	82.929,48	82.929,48	82.929,48	60%
04	PROCEDENTE/N.PROVIDO	86.623,80	86.623,80	86.623,80	60%
05	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	38.757,10	38.757,10	37.642,10	60%
TOTAL		287.357,26	287.177,76	279.632,25	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206958.0004/18-8, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$279.632,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS