

A.I. Nº - 298628.0019/20-9
AUTUADO - N&E COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, reduziu os valores originalmente autuados. Acusações parcialmente subsistentes. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, reduziu os valores originalmente autuados. Infração parcialmente subsistente. 3. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Fato não impugnado. Acusação mantida. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, reduziu os valores originalmente autuados. Infração parcialmente subsistente. 5. BASE DE CÁLCULO, ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, reduziu os valores originalmente autuados. Infração parcialmente subsistente. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Fato não impugnado. Acusação mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, teve sua expedição ocorrida em 29/09/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$46.715,67, mais multas, em decorrência das seguintes acusações:

1 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$782,11, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte”*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

2 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$464,49 referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte”*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$525,59 em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte”*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 – *“Deixou de recolher ICMS no total de R\$5.876,49 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo anexo a*

esse PAF que será entregue ao contribuinte". Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

5 – *"O contribuinte recolheu a menor ICMS no total de R\$179,48, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscal, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte"*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

6 – *"Recolheu a menor ICMS no total de R\$3.370,23, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte"*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

7 – *"Recolheu a menor ICMS no total de R\$33.940,98 em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte"*. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

8 – *"Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativo anexo a esse PAF que será entregue ao contribuinte"*. Multa no total de R\$1.576,30 com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação parcial ao lançamento, conforme fls. 54 a 64, aduzindo inicialmente a tempestividade da peça defensiva e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em seguida passou a arguir a nulidade da notificação, ao argumento de que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar a nota fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração imputada.

Pontuou o que deve conter no Auto de Infração, a exemplo da identificação do infrator, descrição correta da infração, indicação dos dispositivos legais dados por infringidos e capitulação da penalidade, elementos estes importantes para elaboração da defesa. Com isso, sustentou que com a falta da discriminação das notas fiscais, bem como de todos os elementos obrigatórios por lei, o lançamento encontra-se eivado de nulidade por afronta ao prevista pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional.

Acrescentou que além da nulidade acima apontada, a autuação não descreve, como deveria, a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando novo cerceamento de defesa.

Ao adentrar ao mérito da autuação, após tecer algumas considerações jurídicas acerca do lançamento tributário, passou a se referir a infração 01, cujo valor lançado foi na ordem de R\$782,11, a título de utilização indevida de créditos fiscal decorrentes de aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

A este respeito pontuou que os produtos Aji Sal Ajinomoto e Sal Rosa Sonia do Himalaia, foram devidamente tributados, vez que não fazem parte dos produtos isentos de acordo com o art. 265 do RICMS/BA, pelo fato de serem produtos sofisticados, não estão incluídos na cesta básica. Acrescentou que os produtos Filé de Merluza e Corvina Espalmada Salgada, possuíam isenção até 31/05/2016, conforme art. 265, II, alínea "e" do RICMS/BA.

Com isso reconheceu como devida a parcela que totaliza a quantia de R\$215,66, a qual foi objeto de inclusão no pedido de parcelamento nº 17918200 o qual foi deferido em 09/12/20.

No tocante a infração 02, no valor de R\$464,49, que se refere a utilização indevida de créditos fiscais, apresentou os seguintes questionamentos:

- Protetor de fogão térmica, não faz parte do Anexo I da ST, por se tratar de produto destinado ao

uso doméstico;

- Moela Cong. Sadia Bandeja – está inserido no item 05.04 – outros produtos de origem animal, não especificados e nem compreendidos em outros capítulos, portando deverá ser classificado na posição 0504.00.90 da NCM, sendo tributado pelo ICMS;

- Luva Mucambo REFOC Preto M, não faz parte do Anexo I da ST, o qual é tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, por se tratar de material destinado à limpeza doméstica e outros usos, exceto cirúrgicos e de procedimentos médicos;

- Cadeado Papaiz não faz parte do Anexo I da ST, e se trata de produto tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, tendo saída da substituição tributária em 31/12/15;

- Pão de queijo Cong Massa Leve T 400g não faz parte do Anexo I da ST pois não está preparado para o consumo, e, por se tratar de massa pronta para assar a NCM correta é 1901.20.00.

- White Lub Super 300 ml não faz parte do Anexo I da ST, sendo tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, cujo NCM correto seria 3824.99.41, e possui menos de 40% de derivados de petróleo na sua composição.

- Castanha do Pará, diz que é produto tributado normalmente, conforme art. 265, inciso I, “a” do RICMS.

Com esses argumentos reconheceu como devido o valor de R\$100,89, o qual também está incluído no parcelamento do débito.

Em relação a infração 03, que se refere a utilização indevida de crédito fiscal, onde foi reclamado ICMS no valor de R\$525,59, se insurgiu quanto a exigência referente a Nota Fiscal nº 1762-1 arguindo que é permitido a utilização do crédito no percentual de 12% (art. 269, X, “a”, 2) do RICMS/BA, tendo se apropriado em valor inferior ao que era de direito, ocorrendo uma perda no valor de R\$95,04 considerando que o valor do crédito correto seria de R\$108,00.

Com isso, considera devido apenas o valor de R\$512,63, o qual se encontra incluído no parcelamento do débito, em razão da ocorrência do mês de junho/15 no valor de R\$71,51 ser devida apenas a quantia de R\$58,55.

No que diz respeito a infração 04, onde foi reclamado o valor de R\$5.876,49 em razão de terem sido praticadas operações tributáveis como não tributáveis, arguiu que houve divergência de valores na autuação, na medida em que as mercadorias Coquetel Syn Lemon Ice 300ml e Vinho Dom Bosco Tinto 750ml, foram substituídos conforme Anexo I, item 2, enquanto que os produtos Gancho S Est para açougue, referente a nota fiscal nº 14390 foi lançada no mês 04/2015 com o CFOP 1102, Camisa Estagiário Fort, constante da Nota Fiscal nº 1371 foi lançada no mês 09/15 com o CFOP 1556 enquanto que o produto Farinha de Rosca Kg, fora substituído, Anexo I, item 11, cujo NCM correto é 1905.40.00.

Desta maneira reconheceu como devido o valor de R\$5.850,17 para a presente infração, que integra também o parcelamento do débito.

No que pertine a infração 05, no valor de R\$179,48 declarou que reconheceu o débito, o qual também se encontra incluído no parcelamento do débito.

Quanto a infração 06, no valor de R\$3.370,23 referente a recolhimento a menos por aplicação incorreta da alíquota do imposto, apontou uma série de produtos que considera terem sido tributadas corretamente, as quais estão discriminados às fls. 60 e 60v, sustentando, ao final, ser devido apenas a quantia de R\$447,93, o qual também integra o parcelamento do débito.

No tocante a infração 07, onde foi exigido ICMS no montante de R\$33.940,98 a título de erro na determinação do valor da base de cálculo, indicou equívocos que teriam sido cometidos pelo autuante em relação a diversas mercadorias que indicou, fl. 61, os quais, ao seu entender, foram corretamente tributados à alíquota de 07%, de acordo com o art. 268, XXV do RICMS/BA, com vigência até 31/01/2017, outros, de igual forma também tributados à alíquota de 07% com base no inciso XXIX do mesmo artigo, enquanto que a *pasta liq p/sapato inglesa 60 ml e polvilho granado*

foram tributados à alíquota de 18% na forma mencionada.

Desta forma reconheceu como devido apenas o valor de R\$17.036,92 o qual também se encontra incluído no parcelamento do débito.

Finalmente, em relação a infração 08, onde foi aplicada penalidade no valor de R\$1.576,30 declarou reconhecer o débito, o qual está incluído no parcelamento.

Passou a se insurgir em relação ao percentual da multa aplicada a qual não obedeceu, ao seu entendimento, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, citando o Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Ao final requereu que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, com a homologação dos valores pagos através do parcelamento do débito requerido, além da redução da multa aplicada, a qual considera irrazoável e desproporcional.

Requereu, finalmente, que as intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas ao seu representante legal subscritor da presente defesa.

Às fls. 70v a 72 foram juntados os documentos relacionados ao extrato do parcelamento do débito requerido através do Processo nº 1791820-0, onde consta o deferimento do mesmo e a indicação do pagamento da parcela inicial do débito tributário que foi reconhecido.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 81 a 90, onde em relação a infração 01 que se relaciona a utilização indevida de créditos fiscais referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, onde acolheu o argumento defensivo de que os produtos Aji Sal Ajinomoto e Sal Rosa Tia Sonia do Himalaia, de que se referem a produtos normalmente tributados, procedente a exclusão das parcelas exigidas e apontando o débito remanescente desta infração no valor de R\$215,66, tal como suscitado pela defesa.

No que diz respeito a infração 02, cujo valor reclamado foi na ordem de R\$464,49, referente a utilização indevida de créditos fiscais decorrentes aquisições de mercadorias inseridas na substituição tributária, o autuante acolheu os argumentos defensivos de que os produtos protetor de fogão térmica, luva Mucambo, cadeado Papaiz, pão queijo congelado massa leve e castanha do Pará não estão incluídos da substituição tributária, razão pela qual acolheu o argumento defensivo e os excluiu da autuação.

Manteve, entretanto, a exigência tributária em relação ao produto moela congelada Sadia Bandeja, cadastrado pelo autuado na NCM 02071400, não sendo acolhido o argumento defensivo por não se encontrar na ST, e, também, não foi acolhido o argumento referente ao produto White Lub Super 300ml em razão do próprio autuado ter realizado todas as operações de vendas deste produto como sujeito ao regime da ST, conforme análise efetuada através das planilhas Anexos I e II da presente informação fiscal.

Com isso, reduziu o valor exigido nesta infração para R\$251,80, diferentemente, portanto, do valor pleiteado pelo autuado na ordem de R\$100,89.

Em relação a infração 03, cuja exigência foi no valor de R\$525,59, em razão de crédito fiscal utilizado a mais em face de destaque incorreto no documento fiscal, acolheu o argumento defensivo relacionado a Nota Fiscal nº 1762-1 onde é permitido a utilização do crédito fiscal considerando a alíquota de 12%. Com isso reduziu a exigência deste item para o valor de R\$512,63, conforme pleiteado pelo autuado.

No tocante a infração 04, onde foi exigido ICMS no total de R\$5.876,49 por ter sido praticado operações tributáveis como não tributáveis, acolheu o argumento defensivo no sentido de que os produtos Coquetel Syn Lemon Ice, Vinho Dom Bosco Tinto e Farinha de Rosca, constam da substituição tributária.

Não acolheu, entretanto, o argumento de que os produtos Gancho Est para açougue por se referir a Nota Fiscal nº 993 de 2016 e não a Nota Fiscal nº 14.390 lançada no mês 04/15 e, por igual, o item relacionado ao produto Camisa Estagiário Fort que se relaciona à Nota Fiscal nº 993 de 2016 e não

da Nota Fiscal nº 1371 citada pelo autuado.

Com base nos argumentos acima reduziu a presente infração para o valor de R\$5.862,79.

Observou que em relação às infrações 05 e 08 não houve contestação pela defesa, com o reconhecimento do débito relacionados as mesmas em sua integralidade.

Naquilo que se relaciona a infração 06 onde foi exigido ICMS no total de R\$3.370,23, a título de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação, acolheu os argumentos defensivos de que as operações ocorreram com base na tributação correta em relação aos seguintes produtos: peixe miraguaia, bacalhau, bagre, canjiquinha de milho Yoki, plub macho Brasil, champanhe líder 600ml, canjica amarela Sinhá, tapioca poligrão, goma de mandioca hifdratada rosa, moça brigadeiro, moça fiesta, tapioca tia Sonia, pão de queijo tradicional mineiro e coquetel, cera líquida, interruptor 1 tecla, tomada 2p, iogurte Neston por se tratar de bebida láctea, leite fermentado desnatado Molico e light, pão de queijo Fleischmann e leite fermentado Activa.

Por outro lado, não acolheu o argumento defensivo relacionado ao produto Iogurte Vale Gutinho, pelo fato deste se referir a “bebida láctea valeguinho mor vale” que não está incluído na ST.

Por igual não acolheu os argumentos defensivos relacionados aos produtos “mistura para pão integral adinor 5kg” pois está enquadrado no item 26 do Anexo I do RICMS/BA, registro para fogaço, item 24.83 do Anexo I e iogurtes por constarem do item 21 do Anexo I do RICMS.

Desta maneira, reduziu a exigência deste item para o valor de R\$665,06 consoante demonstrado nas planilhas 11 e 13 da presente Informação Fiscal.

No que pertine a infração 07 onde foi exigido ICMS no total de R\$33.940,98 em face de imposto recolhido a menos por erro na determinação da base de cálculo, o autuante acolheu os argumentos defensivos de que os produtos a seguir foram tributados corretamente com base na alíquota de 7% prevista pelo art. 268 incisos XXV e XXIX do RICMS/BA, quais sejam: Composto Láctea Ideal 200g, Leite em pó integral Big Leite 200g, leite líquido Alimba 1L, leite em pó integral Big Leite 120g, leite líquido Alimba desnatado 1L, leite Nan 1 Pro 400g, leite Ninho Instantâneo 800g, leite Ninho Integral 800g, leite Ninho integral LV 900, leite em pó Ninho Fases 1 + 800g, lite Leitíssimo Int Bx Lactose 1L, lei liq Leitíssimo desnatado 1L, e Leite Leitíssimo integral.

Acolheu, também o argumento defensivo de que o produto pasta líquida p/sapato inglesa 600ml foi tributado à alíquota de 18%, o mesmo ocorrendo em relação ao produto polvilho Granado 100g.

Entretanto, diferentemente do quanto indicado pelo autuado como devido no presente item ao equivalente a R\$17.036,92, após as exclusões acima restou demonstrado como devido o valor de R\$23.966,49.

Em conclusão citou que apesar do art. 127, § 8º do RPAF/BA determinar que não há necessidade de ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou de levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo autuado, que considera o caso da presente Informação Fiscal, recomendou que cópia da mesma seja encaminhada ao autuado.

Entretanto, em seguida, sugeriu o encaminhamento do presente processo ao CONSEF para que sejam adotadas as providências de praxe, até porque o contribuinte está impedido de nova manifestação, conforme disposto no art. 123, parágrafo 1º, do RPAF/BA.

Em 29 de abril de 2021, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

“No Auto de Infração em tela, onde constam 08 (oito) imputações, houve o reconhecimento pelo autuado do débito relacionado às infrações 05 e 08, as quais foram incluídas no parcelamento de débito diferido pela Sefaz.

No que diz respeito as infrações 01 e 03 o autuante acolheu os argumentos defensivos e processou as exclusões pleiteadas pela defesa.

Entretanto, em relação as infrações 02, 04, 06 e 07, ocorreu o acolhimento parcial pelo autuante dos argumentos

defensivos, ocasionando uma redução do débito reclamado em relação às mesmas em valor inferior ao pleiteado pelo sujeito passivo.

*Ocorre, entretanto, que o autuante, quando da informação fiscal, se posicionou no sentido de que apesar do art. 127, § 8º do RPAF/BA determinar que não há necessidade de ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou de levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo autuado, que, segundo o mesmo, é o caso da presente Informação Fiscal, **recomendou que cópia da mesma (informação fiscal) seja encaminhada ao autuado.***

Em vista da recomendação supra pelo formatada pelo autuante e para que no futuro não venha a ser alegado cerceamento ao direito de defesa, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Intimar o autuado para que o mesmo se pronuncie a respeito do resultado apresentado pelo autuante através da Informação Fiscal de fls. 81 a 90, fazendo entrega ao mesmo de cópia integral da referida informação fiscal, juntamente com cópia da mídia de fl. 91, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, se assim o desejar, contado a partir da data do recebimento da intimação.

*2 – Ocorrendo manifestação pelo autuado, que deverá ser acompanhada de mídia digital **em formado word**, o autuante também deverá se pronunciar, cuja manifestação, por igual, deverá ser acompanhada de **mídia digital em formado word**.*

3 – Deverá, também, o autuante, apresentar o demonstrativo do débito remanescente, por infração, contendo o valor por data de ocorrência e de vencimento, em formato excel.

Após o atendimento, o PAF deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da sua instrução e posterior julgamento”.

Em 17 de maio de 2021 foi expedida intimação ao autuado, nos termos acima postos, fl. 97, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

A intimação foi entregue em 25 de maio de 2021, conforme Aviso de Recebimento – AR de fl. 98, entretanto não consta dos autos manifestação pelo autuado.

VOTO

O autuado arguiu em preliminar a nulidade do lançamento, por ausência de identificação por falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores, assim como os demais elementos obrigatórios por lei, reportando-se, neste sentido ao Art. 142 do CTN. Dessa forma, suscitou cerceamento ao seu direito de defesa.

Arguiu também a nulidade do lançamento, posto que, ao seu entendimento, as infrações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como os juros aplicáveis para o cálculo das multas delas advindas, acarretando novo cerceamento ao seu direito de defesa.

Da análise levada a efeito nas peças constitutivas dos presentes autos, vejo que não podem ser acolhidas as nulidades suscitadas pela defesa. Isto porque, as notas fiscais estão devidamente identificadas nas planilhas elaboradas pelo autuante, inclusive com indicação do número da chave de acesso, atendendo, portanto, a todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Quanto ao argumento relacionado à legislação aplicável à multa e aos acréscimos legais, atende ao previsto pela Lei nº 7.014/96, indicada no Auto de Infração, com citação da sujeição de acordo com a legislação vigente, consoante consta no demonstrativo de débito, inclusive com os percentuais de redução da multa quando cabível, inexistindo, portanto, qualquer cerceamento ao direito de defesa do autuado.

Quanto ao mérito da autuação, o autuado não se insurgiu em relação às infrações 05 e 08, nos valores respectivos de R\$179,48 e R\$1.576,30, as quais ficam mantidas.

No que tange à infração 01, cujo valor lançado foi de R\$782,11, a título de utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, a arguição defensiva se reportou aos produtos Aji Sal Ajinomoto e Sal Rosa Sonia do Himalaia,

afirmando que ambos foram regularmente tributados vez que não fazem parte dos produtos isentos constantes do art. 265 do RICMS/BA, pelo fato de serem produtos sofisticados e por não estarem incluídos na cesta básica e quanto aos produtos Filé de Merluza e Corvina Espalmada Salgada, sustentou que estes possuíam isenção até 31/05/2016, conforme art. 265, II, alínea “e” do RICMS/BA.

O autuante acolheu os argumentos defensivos em relação aos produtos Aji Sal e Sal Rosa, e reduziu a infração 01 para a quantia de R\$215,66, valor este reconhecido como devido pelo autuado, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03	
OCORRÊNCIA	JULGADO
MAI/16	9,85
JUN/16	38,20
JUL/16	38,48
OUT/16	58,28
NOV/16	49,67
DEZ/16	21,18
TOTAL	215,66

Concordo com a redução levada a efeito pelo autuante. Infração parcialmente subsistente.

No tocante à infração 02, no valor de R\$464,49, que se refere a utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias inseridas na substituição tributária, foram apresentados pelo autuado os seguintes questionamentos:

- Protetor de fogão térmica, não faz parte do Anexo I da ST, por se tratar de produto destinado ao uso doméstico;
- Moela Cong. Sadia Bandeja – está inserido no item 05.04 – outros produtos de origem animal, não especificados e nem compreendidos em outros capítulos, portando deverá ser classificado na posição 0504.00.90 da NCM, sendo tributado pelo ICMS;
- Luva Mucambo REFOC Preto M, não faz parte do Anexo I da ST, o qual é tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, por se tratar de material destinado à limpeza doméstica e outros usos, exceto cirúrgicos e de procedimentos médicos;
- Cadeado Papaiz não faz parte do Anexo I da ST, e se trata de produto tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, tendo saída da substituição tributária em 31/12/15;
- Pão de queijo Cong Massa Leve T 400g não faz parte do Anexo I da ST pois não está preparado para o consumo, e, por se tratar de massa pronta para assar a NCM correta é 1901.20.00.
- White Lub Super 300 ml não faz parte do Anexo I da ST, sendo tributado, sendo tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, cujo NCM correto seria 3824.99.41, e possui menos de 40% de derivados de petróleo na sua composição.
- Castanha do Pará, diz que é produto tributado normalmente, conforme art. 265, inciso I, “a” do RICMS.

Com esses argumentos, reconheceu como devido o valor de R\$100,89.

O autuante acolheu os argumentos defensivos em relação aos produtos: protetor de fogão térmica, luva Mucambo, cadeado Papaiz, pão queijo congelado massa leve e castanha do Pará por não estarem na substituição tributária, com o que concordo.

Manteve, entretanto, a exigência tributária em relação ao produto Moela congelada Sadia Bandeja, cadastrado pelo autuado na NCM 02071400, não sendo acolhido o argumento defensivo por não se encontrar na ST, e, também, não foi acolhido o argumento referente ao produto White Lub Super 300ml em razão do próprio autuado ter realizado todas as operações de vendas deste produto como sujeito ao regime da ST, conforme análise efetuada através das planilhas Anexos I e II da presente informação fiscal.

Com relação ao produto moela congelada, o mesmo está classificado na NCM 17.087.00, item

11.31.1 do Anexo I RICMS/2016, como sujeito a ST. Apesar do autuado o classificar na NCM 02071400, se trata de produto comestível resultante do abate de frango, portanto deve ser afastada da autuação a exigência a ele pertinente.

Já em relação ao produto White Lub, apesar do autuante afirmar que foi o próprio autuado quem o considerou como sujeito a ST, portanto, não pode ser objeto de utilização de crédito fiscal nas aquisições, o fato é que o mesmo não faz parte do Anexo I da ST, sendo tributado de acordo com o art. 15 da Lei nº 7.014/96, cujo NCM correto seria 3824.99.41, e possui menos de 40% de derivados de petróleo na sua composição.

Desta maneira, não deveria ter ocorrido a glosa do crédito, e sim a exigência do imposto nas operações de saídas.

Com isso, concordo com as demais reduções levadas a efeito pelo autuante, e considerando a infração 02 parcialmente subsistente no valor de R\$100,89, conforme fl. 93, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06	
OCORRÊNCIA	JULGADO
ABR/16	14,62
MAI/16	17,66
JUL/16	33,92
NOV/16	5,57
DEZ/16	29,12
TOTAL	100,89

No que diz respeito à infração 03, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$525,59, o autuado se insurgiu quanto a exigência referente a Nota Fiscal nº 1762-1 arguindo que é permitido a utilização do crédito no percentual de 12% (art. 269, X, “a”, 2) do RICMS/BA, tendo se apropriado em valor inferior ao que era de direito, ocorrendo uma perda no valor de R\$95,04, considerando que o valor do crédito correto seria de R\$108,00.

Com isso, considera devido apenas o valor de R\$512,63, o qual se encontra incluído no parcelamento do débito, em razão da ocorrência do mês de junho/15, no valor de R\$71,51, ser devida apenas a quantia de R\$58,55.

O autuante, após analisar o argumento defensivo, o acolheu, reduzindo a infração 03 para o valor de R\$512,63, com o que concordo, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 03 - 01.02.41	
OCORRÊNCIA	JULGADO
JUN/16	58,55
JUL/16	286,38
AGO/16	167,70
TOTAL	512,63

No que diz respeito à infração 04, onde foi reclamado o valor de R\$5.876,49, em razão de terem sido praticadas operações tributáveis como não tributáveis, o autuado arguiu que houve divergência de valores na autuação, na medida em que as mercadorias Coquetel Syn Lemon Ice 300ml e Vinho Dom Bosco Tinto 750ml, foram substituídos conforme Anexo I, item 2, enquanto que os produtos Gancho S Est para açougue, referente a Nota Fiscal nº 14390 foi lançada no mês 04/2015 com o CFOP 1102, Camisa Estagiário Fort, constante da Nota Fiscal nº 1371, foi lançada no mês 09/15 com o CFOP 1556, enquanto que o produto Farinha de Rosca Kg, fora substituído, Anexo I, item 11, cujo NCM correto é 1905.40.00.

Desta maneira, reconheceu como devido o valor de R\$5.850,17, para a presente infração.

O autuante, por sua vez, acolheu o argumento defensivo no sentido de que os produtos Coquetel Syn Lemon Ice, Vinho Dom Bosco Tinto e Farinha de Rosca, constam da substituição tributária.

Não acolheu, entretanto, o argumento de que os produtos Gancho Est para açougue por se referir a Nota Fiscal nº 993, de 2016, e não a Nota Fiscal nº 14.390, lançada no mês 04/15, e por igual, o item

relacionado ao produto Camisa Estagiário Fort que se relaciona à Nota Fiscal nº 993 de 2016 e não da Nota Fiscal nº 1371 citada pelo autuado.

Com base nos argumentos acima, o autuante reduziu a presente infração para o valor de R\$5.862,79, em consonância com o constante na mídia de fl. 91, valor este que acolho, restando parcialmente subsistente neste valor a infração 04, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 04 - 02.01.03

OCORRÊNCIA	JULGADO
JAN/16	452,55
FEV/16	284,93
MAR/16	422,52
ABR/16	1.991,00
MAI/16	451,96
JUN/16	364,39
JUL/16	510,11
OUT/16	344,66
NOV/16	222,80
DEZ/16	817,87
TOTAL	5.862,79

No que pertine à infração 06, que se relaciona a imposto recolhido a manos no total de R\$3.370,23, o autuado apresentou à fl. 60, uma série de questionamentos relacionados a ambos os exercícios, colacionando documento com os apontamentos e justificativas que entendeu pertinentes. Nesse rumo entendeu como devido apenas a quantia de R\$447,93.

O autuante, após as análises que considerou necessárias, sob a ótica da aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação, acolheu os argumentos defensivos de que as operações ocorreram com base na tributação correta em relação aos seguintes produtos: peixe miraguaia, bacalhau, bagre, canjiquinha de milho Yoki, plub macho Brasil, champanhe líder 600ml, canjica amarela Sinhá, tapioca poligrão, goma de mandioca hidratada rosa, moça brigadeiro, moça fiesta, tapioca tia Sonia, pão de queijo tradicional mineiro e coquetel, cera líquida, interruptor 1 tecla, tomada 2p, iogurte Neston por se tratar de bebida láctea, leite fermentado desnatado Molico e light, pão de queijo Fleischmann e leite fermentado Activa.

Por outro lado, não acolheu o argumento defensivo relacionado ao produto Iogurte Vale Gutinho, pelo fato deste se referir à “bebida láctea valeguinho mor vale” que não está incluído na ST e, por igual, não acolheu os argumentos defensivos relacionados aos produtos “mistura para pão integral adinor 5kg” pois está enquadrado no item 26 do Anexo I do RICMS/BA, registro para fôgo, item 24.83 do Anexo I e iogurtes por constarem do item 21 do Anexo I do RICMS.

Com isto, reduziu a exigência deste item para o valor de R\$665,06 consoante demonstrado nas planilhas 11 e 13, presentes na Informação Fiscal, CD fl. 91, com o que, ante as justificativas do autuante, também acolho.

Infração 06 parcialmente subsistente, no valor de R\$665,06 conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 06 - 03.02.02

OCORRÊNCIA	JULGADO
OUT/15	114,06
NOV/15	156,12
DEZ/15	188,54
JAN/16	1,68
MAR/16	25,79
ABR/16	10,16
MAI/16	4,06
JUN/16	132,30
JUL/16	13,65
OUT/16	17,34
NOV/16	1,36
TOTAL	665,06

Por fim, no que tange à infração 07, onde foi exigido ICMS no montante de R\$33.940,98, a título de erro na determinação do valor da base de cálculo, o autuado indicou equívocos que teriam sido cometidos pelo autuante em relação a diversas mercadorias citadas à fl. 61, os quais, ao seu entender, foram corretamente tributados à alíquota de 07%, de acordo com o art. 268, XXV do RICMS/BA, com vigência até 31/01/2017, outros, de igual forma, também tributados à alíquota de 07% com base no inciso XXIX do mesmo artigo, enquanto que a *pasta liq p/sapato inglesa 60 ml e polvilho granado* foram tributados à alíquota de 18% na forma mencionada.

Desta forma, reconheceu como devido apenas o valor de R\$17.036,92.

O autuante, após processar as análises que julgou pertinentes, se posicionou no sentido do acolhimento dos argumentos defensivos de que os produtos a seguir foram tributados corretamente, com base na alíquota de 7% prevista pelo art. 268 incisos XXV e XXIX do RICMS/BA, quais sejam: Composto Láctea Ideal 200g, Leite em pó integral Big Leite 200g, leite líquido Alimba 1L, leite em pó integral Big Leite 120g, leite líquido Alimba desnatado 1L, leite Nan 1 Pro 400g, leite Ninho Instantâneo 800g, leite Ninho Integral 800g, leite Ninho integral LV 900, leite em pó Ninho Fases 1 + 800g, leite Leitíssimo Int Bx Lactose 1L, leite liq Leitíssimo desnatado 1L, e Leite Leitíssimo integral.

De igual forma, acolheu o argumento defensivo de que o produto pasta líquida p/sapato inglesa 600ML foi tributado à alíquota de 18%, o mesmo ocorrendo em relação ao produto polvilho Granado 100g.

Entretanto, diferentemente do quanto indicado pelo autuado como devido no presente item ao equivalente a R\$17.036,92, após as exclusões acima apontou como devido o valor de R\$23.996,49.

Após a análise de ambos os argumentos, concluiu pela subsistência parcial da infração 07, no valor de R\$23.996,49, na forma apurada pelo autuante, fl. 93 conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 07 - 03.02.05	
OCORRÊNCIA	JULGADO
JAN/16	349,04
FEV/16	2.201,34
MAR/16	2.477,92
ABR/16	1.221,93
MAI/16	1.428,08
JUN/16	1.260,72
JUL/16	2.025,43
OUT/16	2.841,08
NOV/16	4.868,28
DEZ/16	5.322,67
TOTAL	23.996,49

Vale aqui, o registro de que as questões envolvidas na presente autuação são de ordem eminentemente fáticas, e que demandaram análises e posicionamentos pontuais.

Objetivando evitar questionamentos futuros por parte do autuado em relação ao resultado apontado pelo autuante, quando da Informação Fiscal, o presente PAF foi convertido em diligência, no sentido de que o autuado se manifestasse quanto ao resultado apontado pelo autuante, consoante se verifica nos autos, entretanto não houve ou não consta qualquer manifestação do mesmo neste sentido o que me levou acolher o resultado apontado pelo autuante após as exclusões processadas e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$33.109,30, de acordo com a configuração abaixo:

- Inf. 01 - R\$215,66 – Demonst. fl. 93; P.Parte.
- Inf. 02 - R\$100,89 – Demonst. fl. 93; P. Parte.
- Inf. 03 – R\$512,63 – Demonst. fl. 93; P. Parte.
- Inf. 04 – R\$5.862,79 – Planilha mídia CD fl. 91; P. Parte.

- Inf. 05 – R\$179,48 – Demonst. fl. 93 – P. Parte.
- Inf. 06 – R\$665,06 - Planilha mídia CD fl. 93; P. Parte.
- Inf. 07 – R\$23.996,49 – Demonst. fl. 93 – P. Parte.
- Inf. 08 – R\$1.576,30 – Demonst. fl. 93.

Recomenda-se, por fim, que sejam homologados os valores já recolhidos pelo autuado, mediante parcelamento do débito, através do Processo nº 1791820-0.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298628.0019/20-9**, lavrado contra **N&E COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.533,00**, acrescido das multas de 60% previstas pelo Art. 42, incisos VII “a” e II “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.576,30**, com previsão no inciso IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05. Deverão ser homologados os valores já recolhidos, mediante parcelamento de débito nº 1791820-0.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA