

N.F. Nº - 281394.0034/20-8
NOTIFICADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.07.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Assim, a apropriação indevida de crédito fiscal por meio de mercadorias tributadas pelo regime de substituição é ilícito tributário violando as disposições contidas no artigo 290 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, bem como o inciso II do §4º do art. 29 Lei de nº 7.014/96. Infração subsistente. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 30/09/2020 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$4.703,95 mais multa de 60%, equivalente a R\$2.882,39e acréscimo moratório no valor de R\$894,38 perfazendo um total de R\$8.420,72 em decorrência do cometimento de uma única infração cujo o período apuratório se fez nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2017:

Infração 01 – 01.02.06– Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Enquadramento Legal: Artigo 9º e art. 29 §4º inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12. Multa tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 19 a 20v), e documentação comprobatória às folhas 21 a 28, protocolizada na CORAP SUL/PA T. FREITAS na data de 08/12/2020 (fl. 18).

A Notificada, em seu arrazoado, alega que o Notificante incorreu em alguns equívocos quando informa que a empresa utilizou, indevidamente, de crédito fiscal de ICMS. Em mercadorias que são submetidas ao regime de substituição tributária.

Explica que os produtos Algodão 50gr Bola Bellacotton UN e Algodão Hidrófilo 25gr Caixinha Bellacotton UN foram adquiridos por nossa empresa Rondelli Comércio e Transporte (atacado) conforme NF 39051 de 25/06/2017 do fornecedor FLEXICOTTON ind. E Com. de Produtos de Hig. Pessoal S/A e vendida para a Notificada conforme NF 107540 de 17/07/2017 e que pode ser observado que na nota fiscal do fornecedor FLEXICOTTON os produtos são tributados e, por consequência, por este motivo a nossa empresa Supermercados Rondelli se apropriou do crédito. Portanto o referido produto é tributado.

Acrescenta que o produto Amendoim 500gr Torrado Juparana Un conforme NF 028620 de 03/02/2017 o fiscal considerou como sendo tipo aperitivo por isso considerou como sendo ST. Este produto é utilizado na culinária para fazer tortas, doces, bolos, etc. sendo que, por isso, no produto não contem sal e, portanto, não se pode considerar como aperitivo.

Defende que os produtos Creme 140gr Nutella Avela/cacau Ferrero Rocher e Creme 350gr Nutella Avela/Cacau Ferrero Rocher, Creme Avela 400gr Avela/Cacau Nocciolino e Creme Chocolate e Avela 350gr Chocolate/Avela Tunas que o Notificante classificou como sendo chocolate não se trata desse tipo de produto, como pretendeu o Notificante, posto que, na realidade, é uma pasta de avelã que contém os ingredientes: Açúcar, Óleo de Palma, Avelã (13%), Leite em pó desnatado (8.7%), cacau com gordura reduzida (7.4%), Emulsificante: lecitina (soja), Vanilina, portanto não poderia ser classificado como chocolate. Para que possamos enquadrar um produto como sendo ST deve existir a correlação da descrição do produto e NCM e, portanto, observamos que o produto não pode ser considerado como chocolate já que em sua composição em sua maioria é creme de avelã.

Afirma que o produto Desengripante 300ml Lubrificante M500 foi adquirido por nossa empresa Rondelli Comercio e Transporte (atacado) conforme NF 145183 de 23/06/2017 do fornecedor Baston do Brasil Produtos Químicos Ltda. e vendida para a Notificada conforme NF 107755 de 19/07/2017 e que pode ser observado que na nota fiscal do fornecedor Baston o produto é tributado e além disso, o produto não consta no anexo I do RICMS/BA e portanto o contribuinte considera como tributado.

Assinala que, por conseguinte, apenas reconhece o débito no valor de R\$3.203,78 e que portanto, de ser julgada pela improcedência parcial da Notificação

Finaliza em face do exposto que, nos termos do quanto já esclarecido nesta peça defensiva, decretada a improcedência parcial da Notificação Fiscal.

Verifico não haver Informação Fiscal, distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 30/09/2020 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$4.703,95 mais multa de 60%, equivalente a R\$2.882,39 com acréscimo moratório no valor de R\$894,38 perfazendo um total de R\$8.420,72 em decorrência do cometimento de uma única infração (01.02.06) de utilizar-se indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, cujo o período apuratório se fez nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2017:

O enquadramento legal utilizado baseou-se no artigo 9º e art. 29 §4º inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12 e multa tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei de nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

A Notificada, em seu arrazoado, alega que o Notificante incorreu em alguns equívocos quando informa que a empresa utilizou, indevidamente, de crédito fiscal de ICMS. Explica que os produtos Algodão 50gr Bola Bellacotton UN e Algodão Hidrófilo 25gr Caixinha Bellacotton UN foram tributados pelo fornecedor FLEXICOTTON como normal e por este motivo a Notificada se apropriou do crédito. Que o produto Amendoim 500gr Torrado Juparana Un é utilizado na culinária para fazer tortas, doces, bolos, etc. não contem sal e, portanto, não se pode considerar como aperitivo conforme consta no Anexo 1 do RICMS.

Que os produtos Creme 140gr Nutella Avela/cacau Ferrero Rocher e Creme 350gr Nutella Avela/Cacau Ferrero Rocher, Creme Avela 400gr Avela/Cacau Nocciolino e Creme Chocolate e Avela 350gr Chocolate/Avela Tunas que o Notificante classificou como sendo chocolate, na realidade, é uma pasta de avelã que contém os ingredientes: Açúcar, Óleo de Palma, Avelã (13%), Leite em pó desnatado (8.7%), cacau com gordura reduzida (7.4%), Emulsificante: lecitina (soja), Vanilina, portanto não poderia ser classificado como chocolate. Que o produto Desengripante 300ml Lubrificante M500 foi vendido para a Notificada tendo sido tributado como normal pelo fornecedor, além do produto não constar no anexo I do RICMS/BA e portanto a Notificada considera como tributado.

Assinala que, por conseguinte, apenas reconhece o débito no valor de R\$3.203,78 e que portanto, de ser julgada pela improcedência parcial da Notificação

Observe que a questão posta em julgamento que no mérito cinge-se à assertiva de ter a Notificada se utilizado indevidamente de crédito fiscal referente à entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, nos períodos compreendidos entre os meses do exercício de 2017.

É sabido que as operações sujeitas à substituição tributária normalmente não geram crédito para o adquirente, pois a suposição é de que este fará suas vendas posteriores utilizando a mesma forma de tributação, ou seja, considerando que o ICMS devido em toda a cadeia de comercialização do produto já foi recolhido. Assim, as situações em que uma operação sujeita à substituição tributária pode gerar crédito do ICMS para o adquirente são aquelas nas quais o adquirente realizará posteriores operações com tributação normal, ou seja, sem aplicação da substituição tributária, quebrando a cadeia de tributação iniciada com a retenção.

Assim passo à análise da questão do mérito, em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total que são os identificados, atualmente, nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº 142/18, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um Código Especificador da Substituição Tributária - CEST. No entanto, os produtos que estão na Substituição Tributária ou Antecipação Total no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12

Nesta seara verifiquei, no Anexo 1 do RICMS/BA, vigente para o ano de 2017, que as mercadorias, contidas nas notas fiscais, Algodão 50gr Bola Bellacotton UN e Algodão Hidrófilo 25gr Caixinha Bellacotton constam possuírem os NCMS de nºs. 3005.90.19 e 3005.90.90, e o CEST 13.011.00 as quais estão relacionadas neste anexo em seu item 9.11 conforme exposto na figura a seguir extraída deste anexo:

| | | | | | | | |
|------|-----------|------|---|--|--|--|--------|
| 9.11 | 13.011.00 | 3005 | Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, penos, sinapismos, e outros, acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários, não impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Neutra | Conv. ICMS 76/94 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RN, RS, SC, SE, TO Prot. ICMS 99/09: BA e PR Prot. ICMS 105/09: BA e SP | 65,52% (Alíq. 4%) 60,35% (Alíq. 7%) 51,72% (Alíq. 12%) | 65,52% (Alíq. 4%) 60,35% (Alíq. 7%) 51,72% (Alíq. 12%) | 41,38% |
|------|-----------|------|---|--|--|--|--------|

Do mesmo modo, sustenta-se a inclusão no Anexo 1 do RICMS/BA, vigente para o ano de 2017, no item 11.10.1, do produto Amendoim 500gr Torrado Juparana, com embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1Kg com o NCM de nº 2008.11.00, como sendo do Regime de Substituição Tributária no Estado da Bahia.

| | | | | | | | |
|---------|-----------|--------|---|---------|---------|--|-----|
| 11.10.1 | 17.033.00 | 2008.1 | Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg | Não tem | Não tem | 81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%) | 55% |
| 11.10.2 | 17.033.01 | 2008.1 | Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1kg | Não tem | Não tem | 81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%) | 55% |

Neste sentido, o produto Desengripante 300ml Lubrificante M500, com NCM de nº 2710.19.32, e CEST 06.007.00, é um óleo lubrificante sendo denominado pelo fornecedor como desengripante multiuso 300 ml da marca M500, que também pertence ao anexo 1 do RICMS/12 para o ano de 2017, em seu item 6.7.

| | | | | | | | |
|-----|-----------|-----------|---------------------|---------------------------|----------------------------------|---|----------------------------------|
| 6.7 | 06.007.00 | 2710.19.3 | Óleos lubrificantes | Conv. ICMS 110/07 – Todos | As indicadas no Ato COTEPE 42/13 | — | As indicadas no Ato COTEPE 42/13 |
|-----|-----------|-----------|---------------------|---------------------------|----------------------------------|---|----------------------------------|

De forma diferente ao entendimento da Notificada, os produtos de NCM de nº 1806.90.00, indicados no Anexo 1 do RICMS, no item 11.4 possuem como matéria classificativa tendo em sua composição o Cacau: “Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1Kg”. Assim, conforme a própria descrição dos ingredientes feitas pela Notificada, em relação às mercadorias que ela denomina como “pasta de avelã”, esta contém em sua composição cacau, sendo, portanto, estando inseridos na Substituição Tributária no item 11.4.

| | | | | | | | |
|------|-----------|--------|--|---------|---------|--|-----|
| 11.4 | 17.004.00 | 1806.9 | Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, | Não tem | Não tem | 63,90% (Aliq. 4%) 58,78% (Aliq. 7%) 50,24% (Aliq. 12%) | 40% |
|------|-----------|--------|--|---------|---------|--|-----|

Vale dizer, que na Auditoria realizada pelo Notificante com efeito na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da Notificada, no exercício de 2017” contabilizou, no período fiscalizado o crédito fiscal da ordem de R\$4.703,95 de mercadorias tributadas pelo regime de substituição, violando, portanto, as disposições contidas no artigo 290 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, a legislação veda o aproveitamento indevido de crédito nos casos de substituição tributária, bem como o inciso II do §4º do art. 9º Lei de nº 7.014/96.

Decreto de nº 13.780/12

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária. (Grifei).

Lei de nº 7.014/96.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

Isto posto, não acato as argumentações da Notificada e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **281394.0034/20-8**, lavrada contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.703,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2021

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR