

N.F. Nº - 269369.0009/20-7
NOTIFICADO - RONDELI & RONDELLI LTDA
NOTIFICANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/07/2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO FISCAL. Após revisão foram acatadas, em parte, as impugnações pela Notificada mantidas a exigência fiscal em relação tão somente às mercadorias enquadradas no regime da ST (Substituição Tributária). A constituição indevida de crédito fiscal por meio de entrada de mercadorias já tributadas pelo regime de substituição tributário é ilícita a ação que viola as disposições contidas no artigo 290 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, assim como o inciso II do §4º do art. 29 Lei de nº 7.014/96. Infração subsistente em parte. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Fiscalização de Estabelecimento, lavrada em 28/09/2020 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$11.109,02 mais multa de 60%, equivalente a R\$6.665,43 e acréscimo moratório no valor de R\$1.240,09 perfazendo um total de R\$19.014,54 em decorrência do cometimento de uma única infração cujo o período apuratório se fez nos meses de janeiro a dezembro de 2018:

Infração 01 – 01.02.05– Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por Antecipação 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. 38 a 45), protocolizada na CORAP SUL/PA EUNÁPOLIS na data de 27/11/2020 (fl. 137).

Em seu arrazoado a Notificada alega que os produtos achocolatados em pó, de diversas marcas, conforme planilha cedida pelo fiscal Notificante, **são produtos tributados pois não constam no anexo I do RICMS/BA** conforme item 11.4 - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate.

Acrescenta que o produto Cesto Papel 9 Lt. 173 Plasvale UN. não está enquadrado como sendo um produto ST pois no item 8.14 do RICMS/BA - Artefatos de higiene / Toucador de plástico, para uso na construção e, portanto, o produto não é para uso na construção conforme NF 360035 de 30/04/18 adquirida através de nossa empresa Rondelli Com e Transporte Ltda (atacado) e vendida para a empresa Rondelli e Rondelli Ltda conforme **Nota Fiscal de nº 135163** de 25/08/2018;

Pontua que o Notificante comete outro equívoco em relação ao produto Creme de Avelã, onde o Notificante classificou como sendo chocolate quando, 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, Por conseguinte, 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**. Portanto o produto é tributado;

Aponta que os produtos **prontos para consumo de NCM 1901.9020** não constam no anexo I do RICMS/BA; código item '140929' - Doce Brigadeiro 385gr Moca Festa Nestle UN; código item: '868370' - Doce Brigadeiro 400gr Triangulo Mineiro UN; código item '140953' Doce Chocolate 380gr Moca Festa Nestle UN; código item '43636' - Doce Leite 300g Pt Pastoso Triangulo Mineiro UN.

Realça de igual forma, que o produto da **Nota Fiscal de nº. 562186** de 12/11/18 (código item '900397' - Empanado 300gr Peru e Frango Kidelli UN) é **produto pronto para consumo** que se coloca direto no forno, sendo, portanto, um produto tributado **por não constar no anexo I do RICMS/BA**.

Acentua que os produtos de **NCM 1901.1020** (código item '741663' - Farinha Láctea 210gr Nestle UM e código item '132462' - Farinha Láctea 400gr Nestle UN) não constam no anexo I do RICMS/BA, bem como o produto de **NCM 1901.9090** (' código item 134252' - Farofa Pronta 500gr Temperada Mandioca Yoki UN) conforme NF de nº. 116897 de 22/12/2018 que foi adquirido do fornecedor Yoki Distribuidora de Alimentos Ltda para o Atacado Rondelli (empresa do grupo) e a mercadoria vendida a empresa Rondeli e Rondelli Ltda através da NF de nº. 142029 de 22/12/18.

Registra que o produto liga neutra (código item '142336' - Liga Neutra Sorvete 100g S/ Sabor Selecta UN), conforme NF de nº. 544202 de 18/12/18, adquirido do fornecedor CESCO Cesconeto Comercial Ltda para o Atacado Rondelli (empresa do grupo) e a mercadoria vendida a empresa Rondeli e Rondelli Ltda através da NF de nº 142029 de 22/12/18, não consta no anexo I do RICMS/BA.

Assevera que os produtos abaixo **são produtos utilizados na padaria e na confecção de tortas e doces que são tributados na saída destes produtos** e portanto conforme a descrição dos mesmos no anexo I contam no item 11.2 - Chocolates contendo cacau, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg e 11.3 - Chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas de conteúdo igual ou inferior a 2 kg podemos observar que os produtos descritos abaixo serão **tributados** e portanto não estão elencado no anexo I do RICMS/BA conforme as notas fiscais de nºs. 87574 de 19/08/2018 e 91903 de 01/10/2018.

'187119' - PAD. CHOCOLATE RASPA 2.3KG AO LEITE MAVALERIO KG

'187127' - PAD. CHOCOLATE RASPA 2.3KG BRANCA DIVERSOS KG

'207284' - PAD. CHOCOLATE RASPA 2.3KG MEIO AMARGO DIVERSOS KG

'608998' - PAD. COBERTURA GANACHE 4KG TOFFE CHOC MEIO AMARGO RICHES UN

'187305' - PAD. COBERTURA KG CHOCOLATE DIVERSOS KG

'739685' - PAD. CORANTE ARTIFICIAL 60GR GEL MIX SOF AMARELO GEMA DIVERSOS UN

'187321' - PAD. DOCE BEIJINHO KG DOCE DIVERSOS KG

'187356' - PAD. DOCE BRIGADEIRO KG BRIGAD DIVERSOS KG

'188425' - PAD. RECHEIO KG BRIGADEIRO DIVERSOS KG

Alerta, também, que os produtos abaixo são tributados conforme as Notas Fiscais de nº. 88217 de 26/08/2018, nº. 77495 de 20/04/18, nº. 84983 de 22/07/18, nº. 86220 de 05/08/18, nº. 81.228 de 11/06/18, nº. 76358 de 06/04/18 e nº. 79128 de 11/05/18, respectivamente:

'505374' - PAD. CORANTE ARTIFICIAL AZUL ANIS DIVERSOS UM

'550116' - PAD. CORANTE ARTIFICIAL BRANCO DIVERSOS UN

'609307' - PAD. CREME CONFEITEIRO 1KG CONFEITEIRO BUNGE UN

'187364' - PAD. DOCE CAJUZINHO KG CAJUZINHO DIVERSOS KG

'187470' - PAD. DOCE LEITE KG TRADIC. DIVERSOS KG

'615790' - PAD. RECHEIO KG CHOCOLATE TRUFADO DIVERSOS KG

'793477' - PAD. GANACHE P/ COBERTURA KG BRANCO (MIL CORES) DIVERSOS KG

'500003' - PAD. LEITE CONDENSADO KG CONDENSADO DIVERSOS KG

'622133' - PAD. PO PARA DECORACAO OURO DIVERSOS UN

Assegura que o produto **massa de pizza** (código item '273104' - Pad. Massa Pizza f 15 X80x35 Transformação Da Nonna UN e código item '269530' - PAD. MASSA PIZZA F 30 20X140G TRANSFORMAÇÃO DA NONNA UN) é tributado conforme menciona o Art. 379 do RICMS/BA:

“Art. 379. O documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas de estabelecimento fabricante ou de outro estabelecimento da mesma empresa, desde que fabricados neste estado com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes.”

Consigna que o produto **Painço da Juparanã** (código item '154954' - RAÇÃO AVES 500GR PAINCO JUPARANA UN.) não corresponde com o que está elencado no anexo I do RICMS/BA no **item 14.1 - Ração tipo “pet” para animais domésticos**, e, portanto, o produto é tributado conforme Nota Fiscal de nº 40.243 de 08/06/18 do fornecedor Saltega Ind Com. Distrib de Cereais Ltda, e o produto **mistura para bolo** (código item '832863' - MISTURA BOLO 5KG MILHO DONA BENTA UN.) somente será um produto ST se a embalagem for inferior a 5 Kg conforme item 11.14.3 do anexo I do RICMS/BA, portanto o produto é tributado.

Salienta que o produto “**Melhorador de farinha de NCM 2106.9090**” (CÓDIGO ITEM '187860' - PAD. MELHORADOR P/FARINHA KG. DIVERSOS KG) **conforme a** Nota Fiscal de nº **88918 de 02/09/2018** do fornecedor Ultra Foods Com. e Distrib de Alim. Eireli não é um produto que possui farinha de trigo e sim é um produto que é usado para corrigir as variações da farinha de trigo, resultando em pães com excelente textura e volume (<https://fleischmannprofissional.com.br/produtos/melhoradores-e-aditivos/melhorador-em-po-arkady>) e portanto é um produto tributado.

Discorre que os produtos Algodão 50gr Bola e Algodão 60 un. Disco que constam na Nota Fiscal de nº 63101 de 27/09/2018 (código item '908614' - ALGODAO 50GR BOLA COTTONBABY UN E '908541' - ALGODAO 60UN DISCO COTTONBABY UM) adquiridos pela empresa Atacado Rondelli (empresa do grupo) conforme Nota fiscal de nº 63101 de 27/09/2018 e a mercadoria vendida a empresa Rondeli e Rondelli Ltda. através da Nota Fiscal de nº 138.610 de 27/10/2018 com NCM 5601.2110 e de acordo com a SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 98112, DE 30 DE ABRIL DE 2018 (Algodão hidrófilo, não estéril, no formato de bolas, brancas e coloridas, e de discos, acondicionado para venda a retalho em sacos plásticos de 50 e 95g (bolas brancas), 50g (bolas coloridas) e em cartucho de papel cartão com 60 unidades (discos), destinado à higiene pessoal possui a NCM 5601.2110) e além disso no anexo I do RICMS/BA o referido NCM não está elencado e, **portanto, é tributado.**

Suscita que o produto **Cobertura 250gr Chocolate Kenko** (código do item '279048' - COBERTURA 250GR CHOCOLATE KENKO UN) refere-se a cobertura de sorvete Kenko conforme Nota Fiscal de nº 121466 de 24/04/2018 do fornecedor Comercial Margutti Ltda e **no anexo I do RICMS/BA não consta este produto como ST.**

Ressalta que o **produto Lâmpada Noturna Led 127v 0.6w Mini** (código do item '886254') de NCM **9405.40.90** refere-se a outros aparelhos elétricos de iluminação não sendo considerado como lâmpadas de Led de NCM 8539500 e, **portanto, o produto é tributado.** O produto foi adquirido para o Atacado Rondelli (empresa do grupo) conforme Nota Fiscal de nº 298874 de 27/07/2018 do fornecedor Marchall Ind. Com. Imp. Exp. Ltda empresa localizada no estado da Bahia e vendida a empresa Rondeli e Rondelli a através da Nota Fiscal de nº 133796 de 02/08/2018.

Finaliza, diante do exposto que a Notificada somente **reconhece o valor do débito correspondente a R\$117,26**, conforme planilha em anexo, e requerer seja, nos termos do quanto já esclarecido nesta peça defensiva, decretada a **improcedência parcial** da autuação, por ser de inteira JUSTIÇA.

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 28/09/2020 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$11.109,02 mais multa de 60%, equivalente a R\$6.665,43 e acréscimo moratório no valor de R\$1.240,09 perfazendo um total de R\$19.014,54 em decorrência do cometimento de uma única infração (01.02.05) de utilizar-se indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, cujo o período apuratório se fez nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

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, em síntese apertada, alega que o Notificante incorreu em alguns equívocos quando informa que a empresa utilizou, indevidamente, de crédito fiscal de ICMS nas mercadorias relacionadas pelo Notificante às folhas 10 a 27, onde explica às folhas 38 a 44 acuradamente, que embora constem com o presente código NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) na relação dos bens e mercadorias no Anexo 1 do RICMS/BA, estas mercadorias desarmonizam em relação à sua descrição, quantidades exigidas, composição, das mercadorias na legislação de substituição tributária.

Assinala ao final, que apenas reconhece o débito no valor de **R\$117,26** e que portanto, de ser julgada pela improcedência parcial da notificação.

Em análise da questão do mérito, em relação aos bens e mercadorias **passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total** constantes no Anexo 1 do RICMS/BA para o ano de 2018, verifiquei que dos itens impugnados pela Notificada reconheço pertencer ao citado anexo a mercadoria “Creme de Avelã” de NCM de nº 1806.90.00, no item 11.4 por possuir 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 feita pela Notificada.

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

Na mesma seara, reconheço enquadrar-se neste mesmo item o produto **Cobertura 250gr Chocolate Kenko, de NCM de nº 1806.90.00** conforme indicado em sua Nota Fiscal de nº 121466 de 24/04/2018 (fl. 68) contendo o CEST de nº 17.004.00.

Dos demais produtos analisados é forçoso reconhecer, por desarmonizarem em relação à sua descrição ou quantidades exigidas ou composição das mercadorias na legislação de substituição tributária a exclusão dos produtos de: NCM de nº 1806.90.00 (Achocolatado em pó); NCM de nº 3924.90.00 (cesto de papel plasvale); produtos prontos para consumo de NCM de nºs 1901.90.20; 1602.31.00 e 1905.90.90 (Empanado Peru e Frango); NCM de nº 1901.10.20 (Farinha láctea Nestlé); NCM de nº 1901.90.90 (Farofa Pronta 500gr Temperada Mandioca Yoki UN); NCM de nº 2106.90.29 (Liga Neutra Sorvete); NCM de nºs 1806.20.00 e 1704.90.90 (Chocolates contendo cacau, em embalagens de conteúdo e Chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas de conteúdo **superior a 2 kg**); NCM de nº 2106.90.90 (Cobertura Ganache 4Kg Toffe Chocolate meio amargo); NCM de nº 3204.19.90 (Corante Artificial); NCM de nº 1806.90.00 (Creme Confeiteiro); NCM de nºs 1901.90.90 e 1901.90.20 (Doces e Leite Condensado, Mistura para bolo 5Kg); NCM de nº 2106.90.90 (Pó para decoração); NCM de nº 31902.19.00 (Massa Pizza); NCM de nº 2309.90.10 (Painço da Juparanã); NCM de nº 2106.90.90 (Melhorador de farinha); NCM de nº 5601.2110 (Algodão Bola e Disco); NCM de nº 8539500 (Lâmpada Noturna Led 127v 0.6w Mini).

Vale dizer, que na Auditoria realizada pelo Notificante contabilizou-se, inicialmente, no período fiscalizado o crédito fiscal da ordem de R\$11.109,02 de mercadorias que já haviam sido tributadas pelo regime de antecipação tributária, 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;

No entanto, após os ajustes realizados, acolhendo em parte a impugnação da Notificada e acrescido do produto “Mistura p/salgado Kg.” NCM de nº 1901.20.00, já reconhecido pela Notificada como pertencente à antecipação tributária, resultar-se-á no valor diminuído em benefício à Notificada em R\$279,32, conforme tabela confeccionada a seguir, sendo esses produtos, fruto da presente notificação, pertencentes efetivamente ao **Regime da Substituição Tributária**, no caso concreto, não podem ser creditadas pelo contribuinte na sua conta corrente fiscal, configurando-se uso indevido de crédito.

MÊS	NUM. DOC	DATA DA OCORRÊNCIA	DESCRIÇÃO DO ITEM	NCM	VL.BC. ICMS R\$	CRED. INDEV R\$
1	120847	20/01/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
3	74165	14/03/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	54,29	6,51

3	124225	08/03/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
4	75784	05/04/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
4	76358	11/04/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
4	126834	13/04/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
4	121466	25/04/2018	Cobertura 250gr Chocolate Kenko	1901.90.90	42,69	7,68
5	79128	16/05/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	54,29	6,51
5	129114	17/05/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
7	133018	20/07/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
8	86875	16/08/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
8	87574	22/08/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
8	134717	16/08/2018	Creme 140gr Nutella Avelã	1806.90.90	142,96	25,73
10	93219	18/10/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
11	95393	06/11/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
12	98286	05/12/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
12	99094	12/12/2018	Pad. Mistura P/Salgado Kg.	1901.20.00	108,58	13,03
TOTAL					1.877,70	279,32

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal em função da retificação do valor exigido de R\$11.109,02 para R\$279,32 de acordo com o demonstrativo abaixo.

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
01/01/2018	772,30	25,73
28/02/2018	998,21	0
31/03/2018	713,45	32,24
30/04/2018	1.002,78	59,47
31/05/2018	858,96	32,24
30/06/2018	1244,80	0
31/07/2018	665,26	25,73
31/08/2018	1.066,15	51,79
30/09/2018	936,36	0
31/10/2018	1.049,67	13,03
30/11/2018	1.014,11	13,03
31/12/2018	786,97	26,06
TOTAL	11.109,02	279,32

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, a Notificação Fiscal nº **269369.0009/20-7**, lavrada contra **RONDELI & RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$279,32**, 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, 07 de julho de 2021

EDUARDO DUTRA FREITAS - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

