

PROCESSO - A. I. N° 298958.0027/20-1
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0125-01/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0147-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Assiste razão ao recorrente em relação aos espetinhos “Jundiai Linguiça mista 480g” e “Nutrial Linguiça Cong 370G”, pois são produtos considerados “embutidos” ou “enchidos”, portanto, produtos industrializados, não estando nas NCMs do Anexo 1 do RICMS/BA, não sendo aplicável o regime de substituição tributária indicado no referido Anexo da norma regular, devendo suas operações sofrer tributação pelo regime normal. Refeitos os cálculos para exclusão dos valores indevidos quanto aos referidos produtos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão deste item. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O creditamento procedido pelo autuado, referente às aquisições das mercadorias arroladas neste item da autuação, é vedado pelo RICMS/BA/12, Decreto nº 12.730/12, haja vista que se trata de mercadorias amparadas por isenção nas saídas, no entanto, quanto ao produto “ervilha fresca Bonduelle 200g”, assiste razão às razões recursais, é produto que embora embalado em lata, não é *in natura*, vez que necessita de água e sal para ser conservado em lata, ou seja, sofre processo de industrialização. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão deste item. **c)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Restou comprovado que nos documentos fiscais, cujos créditos foram utilizados pelo autuado, houve o destaque a mais do imposto objeto da glosa. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. As mercadorias arroladas neste item da autuação são tributadas normalmente, desse modo, aplicável a alíquota interna de 18%, descabendo falar-se em aplicação da alíquota de 7%. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido o pedido de realização de diligência. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0125-01/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2020, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$ 60.720,50, contendo 10 infrações, sendo que foram objeto da peça recursal as infrações 01, 02, 03 e 05, a seguir transcritas, *in verbis*:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 16.246,27, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.400,60, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a julho, outubro e dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.351,08, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a junho de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 138,76, acrescido da multa de 60%;

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 22 a 31. Rebateu exaustivamente todas às infrações. Requeru a realização de diligência, na forma do art. 137, I, “a” do RPAF/BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para demonstrar a improcedência do Auto de Infração. Finalizou a peça defensiva requerendo a realização de diligência fiscal pela ASTEC do CONSEF e, após a diligência, o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 50 a 63. Consignou que diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes relativos às infrações 08 e 10, e da improcedência total da infração 04, o valor exigido passou para R\$ 54.686,19, acrescidos dos consectários legais pertinentes.

O sujeito passivo voltou a se manifestar às fls. 72 a 75. Reiterou suas razões de defesa com relação as infrações 01, 02, 03, 04 e 05 requerendo que sejam novamente revisadas pela Fiscalização, ante a improcedência das acusações fiscais e, relativamente as infrações 08 e 10, requereu que sejam julgadas conforme a conclusão da Informação Fiscal.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação no valor de R\$ 53.710,54, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias, prevista no incisos IX do mesmo diploma legal, na forma da Lei nº 3.956/81, decisão essa a seguir transcrita:

“(....)

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de dez infrações à legislação tributária do ICMS imputadas ao autuado, referentes ao descumprimento de obrigações principal e acessórias.

De início, cabe consignar que os elementos que compõem o presente se apresentam como necessários e suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual, com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, indefiro o pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante.

A infração 1 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

A discussão atinente a este item da autuação, restringe-se, precisamente, em se determinar se as mercadorias arroladas no levantamento fiscal têm a tributação normal, portanto, a admissibilidade do crédito fiscal utilizado - conforme sustenta o autuado - ou, se têm a tributação encerrada com o pagamento do imposto por substituição tributária nas aquisições, portanto, vedada a utilização do crédito fiscal - conforme afirma o autuante.

As mercadorias que o autuado alega sofrem a tributação normal estão indicadas na planilha que elaborou, denominada de “Infração 01 Defesa”.

A análise da referida planilha “Infração 01 Defesa” juntamente com o Anexo 1 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, vigente no período objeto da autuação, permite concluir que assiste razão em parte ao impugnante, haja vista que, efetivamente, entre as mercadorias relacionadas na planilha “Infração 01 Defesa” as mercadorias abaixo relacionadas com os respectivos códigos NCM, não estão sob o regime de substituição tributária:

- AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G - código NCM 008021200;
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 10 – código NCM 08013200;
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 20- código NCM 08013200;
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO NATURAL 100G- código NCM 08013200;
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO NATURAL 200G- código NCM 08013200
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO SALGADA 200G- código NCM 08013200

- CASTANHA CAJU CAST CARRLHO SALGADA 100G- - código NCM 08013200
- CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NAT PT 150G código NCM 08013200
- CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G - código NCM 08013200
- CASTANHA CAJU VOVO NIZE NATURAL 100G - código NCM 08013200
- NOZES LA VIOLETERA S/CASCA 100G - código NCM 08013200

Vale observar que inexiste qualquer vinculação entre os códigos NCMs das referidas mercadorias com os códigos NCMs existentes no Anexo I do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, condição indispensável para que a mercadoria seja considerada como enquadrada no regime de substituição tributária, descabendo, desse modo, a glosa procedida na autuação quanto a essas mercadorias.

Diante disso, cabe a exclusão da exigência fiscal dos valores atinentes às referidas mercadorias, passando este item da autuação para o valor de R\$ 15.270,62, conforme demonstrativos acostados aos autos às fls. XXX, inclusive em CD de fl. XXX.

Assim sendo, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 15.270,62.

Quanto à infração 2, refere-se, também, à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, porém, neste caso, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo.

A discussão atinente a este item da autuação, reside no fato de se determinar se as mercadorias arroladas na autuação têm a tributação normal, portanto, a admissibilidade do crédito fiscal utilizado - conforme sustenta o autuado – ou, se têm as saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo - conforme afirma o autuante.

As mercadorias arroladas na autuação que o autuado alega sofrem a tributação normal estão indicadas na planilha que elaborou, denominada de “Infração 02 Defesa”, sendo, no caso, as seguintes mercadorias com os respectivos códigos NCM:

- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M- código NCM 39219090;
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 40X60X015M- código NCM 39219090;
- ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G - código 20054000'

O autuante contesta as alegações defensivas afirmando que a BOBINA PLAST PICOT é uma mercadoria que goza de isenção, haja vista que se trata de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionamento de frutas e verduras, mercadorias beneficiadas com isenção, portanto, o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do produto principal. Quanto à ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, diz que se trata de mercadoria em estado “fresca”, desse modo, mercadoria beneficiada pela isenção.

A meu ver, assiste razão ao autuante. De fato, descabe o creditamento no tocante aos sacos plásticos que são utilizados no acondicionamento de mercadorias cujas operações de saídas são isentas, haja vista que referidos sacos plásticos, nesta situação, têm a natureza de uso e consumo do estabelecimento, sendo, dessa forma, vedado o crédito fiscal. Da mesma forma, descabe o creditamento atinente às aquisições de ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, haja que as operações de saídas são amparadas por isenção.

Diante disso, a infração 2 é subsistente.

No tocante à infração 3, efetivamente, cabe a glosa do crédito fiscal utilizado a mais pelo autuado. A afirmativa do autuante de que houve utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, restou comprovada, haja vista que se verifica nos referidos documentos fiscais que houve o destaque da alíquota de 18% quando a alíquota correta aplicável é de 12%.

Assim sendo, a infração 3 é subsistente.

Quanto à infração 4, o autuante acatou a alegação defensiva, sendo, desse modo, improcedente.

Relativamente à infração 5, assiste razão ao autuante, haja vista que as mercadorias arroladas na autuação, no caso MASSA ARROZ URBANO PENA 500G, MASSA ARROZ URBANO PARAFUSO 500G são tributadas normalmente com a alíquota interna de 18%, descabendo, desse modo, falar-se em aplicação da alíquota de 7%. Infração subsistente.

No que concerne às infrações 6 e 7, verifico que o autuado nada apresentou no sentido de elidir a autuação, sendo, dessa forma, ambas procedentes.

No que diz respeito à infração 8, observo que o autuante, acertadamente, acatou as alegações defensivas parcialmente e excluiu da autuação as Notas Fiscais nºs 31199 e 31713, haja vista que já haviam sido escrituradas, o que resultou na redução do valor exigido para R\$ 97,63.

Relevante registrar que o autuado ao tomar ciência do resultado apresentado pelo autuante se manifestou no sentido de concordar com a exigência do valor remanescente. Infração parcialmente subsistente.

No que se refere à infração 9, o autuado não apresentou qualquer impugnação, sendo, desse modo, subsistente a autuação.

Quanto à infração 10, o autuante acatou, acertadamente, as alegações defensivas de que as Notas Fiscais nºs 159, 3467, 3600, 301, 1525110, 28105, 1633162, 1633161, 4480358 e 117047 se encontravam escrituradas,

excluindo da exigência os respectivos valores, o que resultou na redução do valor exigido para R\$ 766,79, valor este que o autuado ao ser cientificado concordou. Infração parcialmente subsistente.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente subsistente, conforme o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	DECISÃO	VL LANÇADO NO AI (R\$)	VL JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	16.246,27	15.270,62	60%
02	PROCEDENTE	29.400,60	29.400,60	60%
03	PROCEDENTE	6.351,08	6.351,08	60%
04	IMPROCEDENTE	5.172,27	0,00	-----
05	PROCEDENTE	138,76	138,76	60%
06	PROCEDENTE	428,35	428,35	60%
07	PROCEDENTE	330,90	330,90	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	124,21	97,63	-----
09	PROCEDENTE	925,81	925,81	-----
10	PROCEDENTE EM PARTE	1.602,25	766,79	-----
TOTAL		60.720,50	53.710,54	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Diante da decisão exarada pela 1ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através de sua patrona advogada Dra. Maria Cristina Caregnato OAB/SP nº 222.942, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, fez um breve relato sobre os fatos. Afirmou que a 1ª JJF julgou procedente em parte à infração 01, bem como as infrações 08 e 10, que já haviam sido acatadas pelo Agente Fiscal. Já com relação as infrações 02, 03, 05, 06, 07 e 09 foram julgados integralmente procedentes. A infração 04 foi julgada improcedente, sendo objeto desse recurso as infrações 01, 02, 03 e 05.

Em reação a infração 01 explicou que ainda tendo a E. 1ª JJF excluído da autuação diversas mercadorias tributadas pelo regime normal do ICMS, ainda restaram produtos que estão fora da substituição tributária, cujo crédito é legítimo e deveria ser excluído da autuação.

Indicou em tabela algumas mercadorias tributadas no regime normal e que foram mantidas na acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária, estando a relação completa das mercadorias contida na planilha Defesa infração 01, que acompanhou a impugnação.

Defendeu a reforma parcial da decisão quanto à infração 01, determinando-se a exclusão das mercadorias remanescentes tributadas do levantamento que embasou a exigência.

Já em relação a infração 02, alegou que as mercadorias consideradas no lançamento e mantidas no julgamento da impugnação merecem ser revistas, pois são produtos que não são isentos ou não possuem redução de base, cujo crédito é legítimo e a glosa deve ser excluída da autuação.

Informou que a Junta de Julgamento entendeu que a mercadoria BOBINA PLÁSTICA seria produto isento pois utilizado para acondicionamento de frutas e verduras e que a mercadoria ervilha por ser fresca, também seria beneficiada pela isenção.

Nesse sentido, argumentou que a premissa adotada pela Junta de Julgamento se mostra equivocada, uma vez que a bobina plástica é mercadoria para comercialização e a ervilha é produto enlatado, não se enquadrando, apesar da nomenclatura utilizada na embalagem, como produto fresco, haja vista ter passado por processo de industrialização.

Defendeu a reforma da decisão quanto a infração 02, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

Em relação a infração 03, disse que ao ser apurado o valor da exigência consubstanciada na infração em referência, não foi verificado que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída.

Portanto, alegou que não há que se falar em crédito indevido muito menos em prejuízo ao erário público, na medida em que não há crédito tributário a ser reclamado pelo Fisco, pois as operações se anulam.

Informou ter trazido em sede de Defesa uma cópia em Excel dos livros registros de entrada e de saída dos estabelecimentos sediados na Bahia, onde resta comprovado que o crédito utilizado

está em consonância com a legislação do imposto (arquivo anexo à impugnação, planilha “Infração 03 Defesa”, pois tem origem em operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Disse que à medida que se impõe é a reforma da decisão quanto a infração 03.

Quanto a infração 05, explicou que as alíquotas consideradas no lançamento e mantidas no julgamento da impugnação não foram as corretas para as mercadorias constantes em tabela colacionada no recurso.

Afirmou que as mercadorias contam com redução de alíquota a 7%, conforme disciplina a legislação interna, sendo que a indicação da alíquota geral para tais mercadorias não encontra respaldo legal.

Sendo assim, requereu a reforma da decisão quanto a infração 05, determinando-se a exclusão das mercadorias indicadas no quadro.

Requereru nos termos do artigo 137, inciso I, ‘a’ do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99 a realização de diligência fiscal para demonstração da improcedência do auto de infração, pugnando pela revisão do trabalho fiscal.

Ao final requereu requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, reformando-se o acórdão recorrido especificamente quanto às infrações 01, 02, 03 e 05, com o consequente cancelamento e arquivamento do auto de infração.

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Conselheiro Relator para a devida instrução e julgamento, o que ora passar a fazer no voto abaixo exarado.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de desonerá-lo do pagamento do ICMS exigido nas infrações 01, 02, 03 e 05 do presente Auto de Infração, que passo a analisar e decidir.

Afasto inicialmente o pedido de diligência fiscal solicitada pela recorrente, com fulcro no art. 147, I do RPAF/BA, conforme análise das razões de mérito a seguir apresentadas.

No mérito, em relação a **infração 01**, a questão de fundo cinge-se a verificação da situação tributária dos produtos indicados pela recorrente e cujos créditos fiscais foram apropriados, qual seja, se a tributação é normal pelas saídas, o que propiciaria apropriação do crédito fiscal correspondente, ou encontram-se enquadradas no regime de substituição/antecipação tributária, situação que encerra a fase de tributação, cuja apropriação de crédito não é admitida.

Os produtos impugnados foram os seguintes:

Descrição	NCM	Aliquotas	Status	Tributação Analise Consultoria	OBS
ESPINHINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G	16010000	18	TRIBUTADO	Art. 15, inciso I, alínea “a”, da lei nº 7.014/96	
PEITO FRANGO SEARA DESFIADO 400G	02071400	18	TRIBUTADO	Art. 15, inciso I, alínea “a”, da lei nº 7.014/97	
SACO PAP KRAFT PARGO PAO 44X54 1000	48193000	18	TRIBUTADO	Art. 15, inciso I, alínea “a”, da lei nº 7.014/98	apenas saco de lixo faz parte da ST

Isto posto, é necessário esclarecer que para o enquadramento de uma mercadoria, no regime da substituição tributária deve possuir cumulativamente o NCM e sua descrição, de acordo com a norma vigente.

Afora que os produtos que estão na substituição tributária por antecipação neste Estado, constam no anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12, que ao longo dos anos tem sofrido constantes modificações.

Analiso os produtos indicados pela empresa recorrente, concomitantemente com o Anexo 1 do RICMS/BA, para o período dos fatos geradores:

- **Peito de frango Seara desfiado 400g** – NCM 02071400 - todas os produtos com NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 se referem as “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves*”. Esta previsão legal está contida no item 11.35.0 do Anexo 1 do RICMS/Ba.

Em assim sendo, correta a ação fiscal.

– **Saco pap KRAFT pardo 44 x 54 1000** – trata-se de saco para acondicionar **pão**, mercadoria enquadrada no regime da antecipação tributária (itens 11.26, 11.28 e 11.29). Neste caso, o Art. 310, II do RICMS/BA veda o crédito fiscal relativo às mercadorias adquiridas para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Mais uma vez, correta a ação fiscal.

– **Espetinhos Jundiaí Linguiça mista 480g e Nutrial Linguiça Cong 370G** – entendo que neste caso razão assiste ao recorrente. A linguiça é considerada um “embutido” ou “enchido”, termos que englobam carnes moídas ou picadas, envoltas em uma membrana, geralmente tripas do próprio animal ou ainda materiais sintéticos. São também curadas, ou seja, para sua confecção recebem ingredientes para conservar o produto por mais tempo, geralmente sal, nitrato e nitrito. No caso específico é uma mistura de carne bovina e suína.

Diante desta composição, é um produto industrializado, não estando nas NCMs do Anexo 1 do RICMS/BA, não sendo aplicável o regime de substituição tributária indicado no referido Anexo da norma regular, devendo suas operações sofrer tributação pelo regime normal.

Item 11.35.1 – NCMs: 0203, 0206, 0209, 0210.1, 0210.99 e 1501 - Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos.

Item 11.31.1 – NCMs: 0210.2, 0210.99 e 1502 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação (exceto charque e jerked beef).

Item 11.32 – NCMs: 0201, 0202, 0204 e 0206 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado fresco, refrigerado ou congelado.

Diante do exposto, a infração 01 é procedente em parte, ou seja, é o valor julgado de R\$ 15.270,62, subtraído o montante do lançamento da mercadoria “Especinho Jundiaí Linguiça mista 480g” (R\$ 67,95) e “Especinho Nutrial Linguiça Cong 370G” (R\$ 19,36), restando o valor devido de **R\$ 15.183,31** (grifo meu), conforme o demonstrativo abaixo:

Mês	2017		2018	
	VI Julg-JJF	VI Julg-CJF	VI Julg-JJF	VI Julg-CJF
Janeiro	283,85	264,49	4.196,83	4.196,83
Fevereiro	164,49	164,49	676,68	676,68
Março	401,45	401,45	795,28	795,28
Abril	546,64	546,64	478,56	453,33
Maio	216,47	216,47	621,24	621,24
Junho	448,99	448,99	420,40	420,40
Julho	221,83	221,83	757,09	735,73
Agosto	1.256,70	1.256,70	153,51	153,51
Setembro	95,46	95,46	530,42	530,42
Outubro	1.136,32	1.136,32	698,06	698,06
Novembro	270,58	270,58	313,83	292,47
Dezembro	388,10	388,10	197,84	197,84
Total-Exercícios	5.430,88	5.411,52	9.839,74	9.771,79
Total da Infração (2017 + 2018)				15.183,31

A **infração 02** diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

A empresa alegou que as mercadorias “Bobina Plast Picot Lisa c/6 34x45x015m” e a “ervilha fresca Bonduelle 200g”, não são isentas ou não possuem redução de base.

O autuante, por sua vez, afirmou que a Bobina Plast Picot Lisa c/6 34x45x015m é produto isento, pois trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do produto principal.

Nesta situação podemos observar duas situações:

Na primeira: a bobina plástica, em si mesma, trata-se de material de uso e consumo, portanto, vedada a utilização do seu crédito fiscal, porém, situação aqui não ventilada.

Na segunda: ela acondiciona os sacos plásticos que irão ser utilizados como embalagem de produtos isentos ou com redução de base de cálculo.

Como já explicitado, o art. 310, II do RICMS/BA veda o crédito fiscal relativo às mercadorias adquiridas para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior. E o art. art. 312 determina o seu estorno proporcional, quando houver redução de base de cálculo. Tais situações são as que se verificam na presente infração.

Porém, quanto ao produto “ervilha fresca Bonduelle 200g”, entendo razão assistir à recorrente. Embora na embalagem da lata exista a palavra “fresca”, não é ela *in natura*, vez que necessita de água e sal para ser conservada em lata, ou seja, sofre processo de industrialização. Este produto é excluído da autuação por não ser isento, sendo que deve ser excluído o valor de R\$ 48,37, para o exercício de 2017, e o valor de R\$ 48,07, para o exercício de 2018, portanto, o montante de R\$ 96,44.

Diante do exposto, a infração 02 é procedente em parte, ou seja, é o valor da infração lançada subtraindo dela o valor correspondente à mercadoria “ervilha fresca Bonduelle 200g” de R\$ 96,44. Deste modo, a infração em comento fica reduzida para o valor de R\$ 29.307,16, conforme o demonstrativo abaixo:

Mês	2017	2018
Janeiro	873,60	1.062,72
Fevereiro	686,40	729,92
Março	1.558,77	1.091,13
Abril	1.235,83	794,71
Maio	1.796,90	963,19
Junho	1.216,80	2.030,93
Julho	1.230,56	860,97
Agosto	1.812,78	2.021,76
Setembro	1.440,00	530,78
Outubro	1.362,01	1.778,18
Novembro	889,69	708,57
Dezembro	1.331,96	1.296,00
Total-Exercícios	15.435,30	13.868,86
Total da Infração		29.304,16

A **infração 03** trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais.

A recorrente argumentou de que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída. Além do mais, tais créditos decorreram de operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica neste Estado.

Inicialmente, ressalto que sendo as operações cujos créditos foram glosados, relativas a transferências internas, tal fato não afeta o ora exigido, pois o que aqui se exige é a apropriação indevida de créditos fiscais em operações internas, onde é sabido não haver ICMS a ser exigido em tais operações, matéria esta pacificada em vários Estados da Federação, a exemplo da Bahia.

Pontuo, inclusive, que tais operações nem imposto deveria ter sido destacado nos documentos fiscais, apesar da empresa ter se utilizado equivocadamente de crédito de 18%.

Vale registrar, que o art. 309 do RICMS/BA dispõe que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, todas as situações que elenca. No entanto, o seu § 7º determina que “*se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado* (...).”

No caso específico, as mercadorias cujos créditos foram glosados por terem sido destacados a maior, tratam de operações com produtos de informática (própria planilha apresentada pela empresa – CD fls. 47 – “Defesa Infração 3”), que possuem redução de base de cálculo, conforme dispõe o art. 266, XIII do RICMS/BA.

Portanto, o argumento de que aplicou corretamente a alíquota de 18%, conforme sua escrituração fiscal, não tem o condão de elidir a autuação, já que para o caso em tela, a alíquota não é permitida legalmente.

Em assim sendo, fica mantida a decisão de 1º Grau, já que existe vedação expressa pela legislação tributária, da utilização a maior do crédito fiscal destacado nos documentos fiscais.

No que tange à **infração 05**, a mesma diz respeito a recolhimento de ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Entende o sujeito passivo, que a alíquota correta para o caso seria a de 7% para as mercadorias “massa arroz Urbano Pena 500g” e “massa arroz Urbano parafuso 500g”, conforme disposições do art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96.

Neste caso, mais uma vez entendo assistir razão à decisão da 1ª JJF, pois além da mercadoria não poder ser confundida com o macarrão, apenas sendo uma massa de arroz em forma de penne e parafuso. A alíquota de 7% somente é aplicada às mercadorias que compõem a chamada “cesta básica”, cujas mercadorias autuadas não fazem parte.

Assim, considero incapaz a alegação recursal de reformar a Decisão de piso em relação à infração 05.

Face a tudo quanto aqui exposto, com base nos fatos, documentos e na legislação aplicável, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interpuesto, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 51.255,63, conforme demonstrativo abaixo:

INFR	DECISÃO	VL LANÇADO NO AI (R\$)	VL JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE/P.PROVIDO	16.246,27	15.183,31	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE/P.PROVIDO	29.400,60	29.304,16	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	6.351,08	6.351,08	60%
04	IMPROCEDENTE	5.172,27	0,00	-----
05	PROCEDENTE/N.PROVIDO	138,76	138,76	60%
06	PROCEDENTE	428,35	428,35	60%
07	PROCEDENTE	330,90	330,90	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	124,21	97,63	-----
09	PROCEDENTE	925,81	925,81	-----
10	PROCEDENTE EM PARTE	1.602,25	766,79	-----
TOTAL		60.720,50	53.526,79	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0027/20-1**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 51.736,56**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 1.790,23**, prevista no incisos IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS