

PROCESSO - A. I. N° 018184.0003/19-9  
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0259-03/19  
ORIGEM - DAT SUL / INFAS COSTA DO CACAU  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0175-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em atenção ao princípio da verdade material, acolhida parcialmente as razões recursais e exclui do lançamento: balão (2015); Bebida láctea (2015; Cereal (2015 a 2017); Granola (2015 a 2017); Leite Fermentado (2015); Massa de Arroz (2016 e 2017); Massa pré-cozida (2015 a 2017); Pão de Manda (2015 a 2017), no qual consta na ST. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** ALÍQUOTA SUPERIOR À PERMITIDA PELA LEGISLAÇÃO. Razões recursais incapazes de elidir a infração. Mantida a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Procede as alegações recursais quanto às transferências internas, visto que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias, razão pela qual, exclui-se do presente lançamento fiscal as operações que retratam transferências internas sob CFOP 5152, haja vista que deve ser observada a hipótese de não incidência do ICMS, em conformidade com a Súmula nº 166 do STJ, a qual é perfeitamente aplicável às operações internas subsequentes entre os estabelecimentos da mesma empresa. Infração 7 insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. Procede as alegações recursais em relação aos produtos listados de que não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, como: Balão de Festas e Língua de Sogra que são enfeites de festa, não brinquedos, e Massa de Pastel, não se enquadram na categoria "*Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*" do Anexo 1 do RICMS, porque são massas frescas, pré-cozidas, portanto, insubstancial o imposto cobrado quanto a estes itens. Infração 8 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração 9 devidamente caracterizada nos autos. Mantida a Decisão deste item. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF nº 0259-03/19 que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 143.038,69, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades objeto do presente Recurso Voluntário:

*Infração 01. 01.02.05 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária, conforme levantamento fiscal, realizado com base na EFD e notas fiscais, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, no valor de R\$ 61.256,10;*

*Infração 03. 01.02.28 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal, devido a utilização de alíquota superior à permitida pela legislação. CFOP x UF, nos meses de janeiro de 2015, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$ 7.681,10;*

*Infração 07. 03.02.05 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a agosto de 2015, maio, julho a setembro de 2016, no valor de R\$ 5.020,04;*

*Infração 08. 07.01.01 – deixou de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2015, fevereiro a abril, junho, agosto, setembro a dezembro de 2016, fevereiro, março, maio, julho e agosto de 2017, no valor de R\$ 4.722,19;*

*Infração 09. 07.15.01 – deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de setembro de 2015, março, julho a novembro de 2017, no valor de R\$ 746,53;*

O autuado impugna o lançamento fls.543/566.

O fiscal autuante presta sua informação fiscal nas fls.571/586.

A 3ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando por unanimidade Procedente o presente Auto de Infração.

## VOTO

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

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

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

*Art. 39. O Auto de Infração conterá:*

*(...)*

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

*Ademais, considerando que o SEAI – Sistema de Emissão de Auto de Infração é automatizado, se torna improvável a lavratura no estabelecimento do Autuado. Assim, não acato esta preliminar arguida, pois observo que o procedimento apontado não trouxe qualquer prejuízo a sua defesa.*

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

*No que tange a esta alegação, embora o Autuado não especifique objetivamente, a que infração estaria se referindo, compulsando os autos, verifico que este argumento carece de suporte fático e jurídico. Consta deste processo os demonstrativos inerentes a cada infração. Estas planilhas foram anexadas ao processo e gravadas na mídia CD que integra o auto. Demonstrativo fls. 201/535, assinado pelo autuado. CD fl.536 com termo de recebimento fl.541 do PAF. As notas fiscais e valores foram devidamente discriminados, com todos os dados necessários a sua defesa. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue em mãos, à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração.*

*Desta forma, embora o Autuado não fundamente esta arguição, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que*

*servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.*

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

*O defensor, na sua peça impugnativa, deixou de rebater objetivamente as irregularidades apuradas no presente Auto de Infração. Limitou-se a discorrer a respeito de teses tributárias de renomados juristas. Citou e transcreveu dispositivos da Constituição Federal e Acórdãos das jurisprudências dos Tribunais Federais e Superiores Tribunais do país, sem correlacionar estas respeitáveis teses com as irregularidades apuradas pela fiscalização.*

*Nesta toada, o Autuado discorreu longamente, sobre Princípios Constitucionais e Tributários, mostrou conhecimento a respeito do direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, citando inclusive, as exigências legais para que exerce efetivamente o direito a utilização do crédito. Entretanto, deixou de trazer aos autos, elementos capazes de demonstrar qualquer erro, supostamente cometido pela fiscal Autuante ao caracterizar as infrações.*

*No mérito, as infrações 02, 04, 05, 06 não foram impugnadas pelo defensor. Portanto, as considero subsistentes ante a inexistência de lide a ser julgada.*

*As infrações que foram rebatidas objetivamente pelo defensor, serão apreciadas a seguir.*

*A infração 03 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal, devido à utilização de alíquota superior à permitida pela legislação. CFOP x UF, nos meses de janeiro de 2015, outubro a dezembro de 2017.*

*O defensor alegou que o fisco entendeu que para as mercadorias tributadas a 27% só poderia ser aceito como crédito apenas 25%, glosando a diferença. Exemplificou com bebida alcóolica em que incidiu a alíquota prevista de 25% - artigo 16, II, "b", acrescida de 2% (conforme determinação legal) totalizando 27%. Apontou que este percentual da alíquota é obrigatório e deve ser utilizada nas operações internas para gerar o débito fiscal e consequentemente, sendo operação interna, no destino, o crédito há de ser respeitado na mesma proporção.*

*Observo no presente caso, que a matéria a qual o defensor se reporta trata do percentual de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza que entendeu deveria ser somada a alíquota do ICMS para fins de crédito fiscal.*

*Cabe salientar que este percentual reservado a um Fundo público, trata-se de contribuição criada com o intuito de diminuir as desigualdades sociais no Estado da Bahia e nos termos da legislação específica, não dá direito a crédito. Sobre essa matéria, assim estabelece o art. 16-A da Lei nº 7014/96, a seguir transcrito:*

*Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.*

*Dessa forma, da leitura do dispositivo retromencionado, não há dúvidas, de que os valores assim arrecadados permanecem integralmente vinculados a esse Fundo Estadual, não dando direito a crédito como quer o contribuinte. Infração subsistente.*

*Sobre a infração 07, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o defensor afirmou que reconhece a ocorrência de falha na emissão dos documentos fiscais. Todavia, disse que a irregularidade não gerou qualquer repercussão financeira para o erário estadual, uma vez que os valores debitados a menos no estabelecimento emitente (autuado), foram creditados no mesmo valor, no estabelecimento destinatário, portanto não teria causado prejuízo ao fisco estadual.*

*Por sua vez, a preposta do Fisco explicou que se trata de mercadorias com saídas tributadas. Ao não tributar (alíquota 0), ou utilizar alíquotas inferiores ao exigido por lei, resultou em recolhimento a menos do ICMS.*

*Observo que o próprio defensor reconheceu o cometimento desta irregularidade embora culpe o sistema. Cabe registrar, que de fato, o ICMS foi recolhido a menos e não pode ser desconsiderado em função da alegação defensiva de que não houve prejuízo ao erário visto quer o crédito a ser realizado pelo destinatário da mercadoria será registrado a menos. Nos termos do art. 136 do CTN, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária independe da intenção do agente. Infração caracterizada.*

A infração 01, crédito indevido de ICMS referente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a infração 08 que trata de falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, serão analisadas conjuntamente por tratar-se da mesma matéria.

O defensor nas razões de defesa listou mercadorias que em seu entendimento não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, a auditora responsável pela informação fiscal esclareceu que analisou, caso a caso, cada uma das mercadorias apontadas pela defesa, determinando o respectivo enquadramento no Anexo 01 do RICMS/2012. Explicou que as alegações do impugnante não procedem, considerando que realizou o levantamento fiscal nesta infração, tendo como base a EFD - Escrituração Fiscal Digital do Autuado e as notas fiscais eletrônicas/NFe. Disse que o autuado citou mercadorias que sequer constam do levantamento fiscal, como Massa Pré-Cozida – Pastel e Lasanha. Reiterou que para todas as mercadorias incluídas no levantamento fiscal, utilizou a NCM consignada na nota fiscal constante em sua própria escrituração. Apreciou item por item, os produtos apontados pelo Autuado.

Observo ser determinante para o enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, constante do Anexo I do RICMS/2012, a NCM e a descrição a ela atribuída. O Autuado não trouxe elementos ao processo, necessários e com o condão de demonstrar, que determinadas mercadorias estariam com a NCM ou descrição equivocadas no levantamento fiscal, como por exemplo, uma nota fiscal apontando o registro de NCM presente no Anexo I do RICMS/BA e que por isso, deveria ser excluída do levantamento fiscal. Sendo assim, por tratar-se de mercadoria com fase de tributação encerrada a infração 01 está caracterizada. De igual forma, a infração 08 é procedente, considerando que o Autuado, não trouxe aos autos elementos com o condão de elidir a acusação fiscal.

As infrações 09 e 10 tratam respectivamente, de falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou, que a falta de recolhimento e o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, (infrações 08 e 09), considerando que não teria utilizado o crédito fiscal, inerentes a tais operações, o Autuante deveria ter aplicado a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7014/96, como disse sempre fazer a SEFAZ/BA nestes casos.

A preposta do fisco afirmou em sede de informação fiscal que esta alegação não procede. Explicou que conforme levantamentos fiscais (docs. fls.510 a 526), realizados com base na EFD (fl. 536), Notas Fiscais, DAEs (fls. 321/374; 402/440; 468/472) de recolhimento e comprovantes de recolhimentos (Sistema INC) - (fls.474 a 478), anexados ao presente processo, o autuado está omisso do respectivo recolhimento dos valores autuados.

Cabe ressaltar que o dispositivo mencionado, artigo 42, II, “d”, da Lei 7014/96, refere-se ao percentual da multa variável aplicável, pelo cometimento da irregularidade ora discutida.

Parece-me que o autuado está a referir-se, ao § 1º do art. 42 do citado diploma legal, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensado a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Da leitura dos dispositivos reproduzidos, verifico que a conduta do autuado não pode ser ali enquadrada, considerando que não comprova ter recolhido o imposto nas operações de saídas posteriores, das mercadorias em questão.

Analizando todos os elementos do presente PAF, em especial os temos da defesa, verifico que o defensor faz referência a infrações não contidas no presente processo, apresentando alegações que não se correlacionam com o levantamento fiscal, como quando se refere a mercadorias importadas, que a autuante teria desprezado a base de cálculo constante no SPED fiscal que estava diferente do valor dos produtos e cobrou ICMS sobre tais diferenças. Registro que estas matérias não fazem parte deste Auto de Infração, cujos levantamentos fiscais foram executados atendendo aos preceitos legais conforme comprovam os documentos contidos no CD anexado ao PAF com cópia entregue ao contribuinte.

Sobre as alegações apresentadas pela Autuada de confisco e constitucionalidade da legislação tributária, observo que de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99, não é competência deste Órgão Julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, indefiro de plano, considerando que as multas sugeridas no Auto de Infração estão em consonância com a Lei 7014/96 e foge a competência desta instância de Julgamento, a dispensa ou redução de multa pelo descumprimento de obrigação principal, como é caso destes autos.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpõe Recurso Voluntário especificamente quanto as infrações 1, 3, 7, 8 e 9.

Protesta quanto ao entendimento trazido no julgamento de primeira instância, em relação a alguns produtos da INFRAÇÃO 01, de que são da ST. São eles:

- a) Balão de Encher (Regina): material de decoração para festas. Não é brinquedo;
- b) Bebida Láctea: não é iogurte e se fosse, não estaria na substituição tributária no exercício;
- c) Bolo: Não incluso no anexo 1 do RICMS/BA;
- d) Cereal em Barra: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- e) Cereal Matinal e Cereal Mucilon: igual o item anterior;
- f) Fondant de Leite: é doce de leite. Não está enquadrado em qualquer dos itens do Anexo 1;
- g) Granola: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- h) Leite Fermentado: não é iogurte, se fosse não estaria na substituição tributária no exercício;
- i) Massa de Arroz: as massas enquadradas no regime são as derivadas de farinha de trigo;
- j) Massa Pré-Cozida – pastel e lasanha - massa pré-cozida não é enquadrada como sujeita ao regime de substituição tributária, pois restrito às massas “não cozidas, não recheadas e nem preparadas de outro modo;
- k) Pão de Queijo: não é alcançado pela ST da farinha de trigo;
- l) Pino (Elétrico): é material elétrico, portanto não enquadrado no Anexo 1;
- m) Pó para Sorvete: não é preparo para sorvete em máquina;
- n) Quibe: é alimento pronto, que não se enquadra no regime de substituição tributária;
- o) Regulador de Gás: equipamento não similar a qualquer item lançado no Anexo 1.
- p) Vinho: bebida alcoólica excluída pelo Estado da Bahia do regime de substituição tributária.
- q) Leite ferm danone danito baunilha bd 450g, não é iogurte.

No tocante ao item “massa de pastel”, esclarece que a mesma não está classificada nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.30.00, portanto, não enquadrada no regime de substituição tributária, motivo pelo qual não assiste razão ao autuante quanto a este aspecto, devendo as operações de entradas por ele realizadas darem direito ao crédito normalmente. Traz entendimento do CONSEF no ACÓRDÃO CJF Nº 0222-12/15.

Em referência ao produto PÃO DE QUEIJO, afirma tratar-se de mais um equívoco no julgamento de piso, pois já há grande Jurisprudência firmada no CONSEF de que não é da ST, pois não é um derivado da farinha de trigo, haja vista não ter em sua composição. Frisa que os ingredientes do PÃO DE QUEIJO são: água, fécula de mandioca, polvilho azedo, amido modificado, óleo de soja, gordura vegetal, queijo Minas, ovo em pó, soro de leite em pó, condimento de queijo parmesão, sal. (<http://www.pifpaf.com.br/tipo Produto/pao-de-queijo/>). Portanto, nenhuma relação com os produtos alimentícios derivados de farinha de trigo que são enquadrados na ST.

Menciona que a BARRA DE CEREAL de forma alguma, possui relação com SALGADOS INDUSTRIALIZADOS que estão na ST, mostrando mais um grande equívoco no Julgamento inicial.

Em relação ao LEITE FERM DANONE DANITO BAUNILHA BD 450G, diz que não se confunde com iogurte, que era o item enquadrado na ST no período. Mesma situação para BEBIDA LACTEA(s) fermentado(s), fermentos lácteos selecionados e outros produtos lácteos.

O IOGURTE DANONE e IOGURTE NATURAL são produtos que equivocadamente a empresa considerou como sendo IOGURTE (NCM 0403.10.00), produtos da ST, mas que na realidade são bebidas láctea, leite fermentado ou *peti suis*, sendo, portanto, todos tributados normalmente. Traz decisão do CONSEF no julgamento ACÓRDÃO JJF Nº 0164-01/16 e Acórdão CJF Nº. 0067-11/14.

Na Infração 03, afirma que adquiriu bebidas quentes tributadas a 27% (25% + 2%), e consequentemente, se creditou no conta corrente-fiscal do ICMS do valor pago e incidente na entrada de 27% da base de cálculo, conforme o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade. Aduz não existir irregularidade, haja vista que o valor creditado foi exatamente o valor incidente na operação anterior e prevista pela legislação vigente, assim como na lei maior, em face do referido Princípio Constitucional.

Quanto a infração 07 aponta a recorrente para as seguintes irregularidades: **1** - Aplicação de alíquota de 17% no produto CARNE CHARQUE, ao invés de 12%; **2** – Produtos isentos como peixe e arroz.

Sinaliza ainda que foram lançadas inúmeras Notas Fiscais exigindo diferenças de ICMS, quando se trata de simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, com o CFOP 5152 (Transferência Interna), em que não há prejuízo econômico/financeiro para o Estado. Traz o Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0, em que estabelece que NÃO incide ICMS nas transferências internas de mercadorias.

Requer sejam excluídas do levantamento as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias, com o CFOP 5152.

Sinaliza que grande parte das notas fiscais listadas nos demonstrativos se referem à transferências internas de mercadorias, quando não houve circulação econômica, o que enseja neste momento a empresa requerer que seja autorizada diligência no sentido de que já se determine a exclusão das notas fiscais de transferências internas, corroborando com o bom entendimento do Princípio da Economia Processual, já que se trata de tema pacificado no âmbito do CONSEF e PGE, concluindo pela não incidência do ICMS nestas operações.

No tocante a Infração 08, alega que diversas mercadorias não são produtos da substituição tributária a saber: massa de pastel; balão de festa; língua de sogra.

Pontua que quanto a massa de pastel, o CONSEF no ACÓRDÃO JJF Nº 0113-05/18, foi enfático em não considerar os produtos como sendo da ST, transcrevendo trecho do voto. Logo, se o produto não está enquadrado na ST, não há que se falar em falta de recolhimento de antecipação tributária.

No caso da infração 09, diz que apura o ICMS pelo livro conta corrente fiscal e que suas saídas foram tributadas regularmente. Requer a aplicação do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Presente na sessão de julgamento, via videoconferência, a Advogada do recorrente, Dra. Fernanda Nogueira – OAB/BA nº 115.699, o qual exerceu o seu direito de sustentação oral.

Este é o relatório.

## VOTO

O presente Recurso Voluntário reitera as teses defensivas em relação às infrações 1, 3, 7, 8 e 9 de um total de dez infrações imputadas a ora recorrente.

A recorrente, então, reconhece o cometimento das infrações 2, 4, 5, 6 e 10 e contesta as quatro

demais infrações.

Protesta a recorrente quanto ao entendimento trazido no julgamento de Primeira Instância, em relação a alguns produtos da infração 01, de que são da ST. São eles:

- a) Balão de Encher (Regina): material de decoração para festas. Não é brinquedo;
- b) Bebida Láctea: não é iogurte e se fosse, não estaria na substituição tributária no exercício;
- c) Bolo: Não incluso no anexo 1 do RICMS/BA;
- d) Cereal em Barra: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- e) Cereal Matinal e Cereal Mucilon: igual o item anterior;
- f) Fondant de Leite: é doce de leite. Não está enquadrado em qualquer dos itens do Anexo 1;
- g) Granola: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- h) Leite Fermentado: não é iogurte, se fosse não estaria na substituição tributária no exercício;
- i) Massa de Arroz: as massas enquadradas no regime são as derivadas de farinha de trigo;
- j) Massa Pré-Cozida – pastel e lasanha - massa pré-cozida não é enquadrada como sujeita ao regime de substituição tributária, pois restrito às massas “não cozidas, não recheadas e nem preparadas de outro modo;
- k) Pão de Queijo: não é alcançado pela ST da farinha de trigo;
- l) Pino (Elétrico): é material elétrico, portanto não enquadrado no Anexo 1;
- m) Pó para Sorvete: não é preparo para sorvete em máquina;
- n) Quibe: é alimento pronto, que não se enquadra no regime de substituição tributária;
- o) Regulador de Gás: equipamento não similar a qualquer item lançado no Anexo 1.
- p) Vinho: bebida alcoólica excluída pelo Estado da Bahia do regime de substituição tributária.
- q) Leite ferm danone danito baunilha bd 450g, não é iogurte.

O fiscal autuante rechaça as alegações defensivas afirmando o que segue:

*BALÃO DE ENCHER (REGINA): O NCM utilizado foi o 9503 referente a brinquedo. Exercício 2015 - ANEXO 1 – Item 7;*

*BEBIDA LÁCTEA: O NCM utilizado foi o 0403.1, referente a Iogurte. Exercício 2015 – ANEXO 1 – Item 21; Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 0403.1 para fins dos levantamentos fiscais;*

*BOLO: O NCM utilizado foi o 1905; referente a Bolo.*

*Exercício 2015 – ANEXO 1 – Item 33.1; Exercício 2016 – (01/01/2016 a 09/03/2016) - ANEXO 1 – Item 11.18 (Bolos, inclusive de especiarias); Exercício 2016 – (10/03/2016 a 31/01/2017) ANEXO 1 – Item 11.18 (Bolos de forma, inclusive de especiarias); Exercício 2017 – a partir de 01/02/2017 ANEXO 1 – Item 11.19 (Bolos, inclusive de especiarias);*

*CEREAL EM BARRA: O NCM utilizado foi 1806.9 que se refere a outras preparações alimentícias contendo cacau. Exercício 2016 ( de 01/01/2016 a 31/12/2017) - ANEXO 1 - Item 11.4;*

*CEREAL MATINAL E CEREAL MUCILON: O NCM utilizado foi 1904.1 que se refere a Salgados Industrializados;*

*Exercício 2015 - ANEXO 1 – Item 38; Exercício 2016 – ( 01/01/2016 a 31/01/2017) – ANEXO 1 – Item 11.7; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – ANEXO 1 – Item 11.8;*

*Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 1904.1 para fins dos levantamentos fiscais.*

*FONDANT DE LEITE: O NCM utilizado foi 1704.90.1;*

*Exercício 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017) – ANEXO 1 – Item 11.1;*

*GRANOLA: O NCM utilizado foi 1904.1 que se refere a Salgados Industrializados; Exercício 2015 - ANEXO 1 –*

Item 38; Exercício 2016 – ( 01/01/2016 a 31/01/2017) – ANEXO 1 – Item 11.7; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – ANEXO 1 – Item 11.8. Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 1904.1 para fins dos levantamentos fiscais.

**LEITE FERMENTADO:** O NCM utilizado foi o 0403.1, referente a iogurte. Exercício 2015 – ANEXO 1 – Item 21. Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 0403.1 para fins dos levantamentos fiscais.

**MASSA DE ARROZ:** O NCM utilizado foi 1902.1;

Exercício 2016 – (01/01/2016 a 31/01/2017) – ANEXO 1 – Item 11.16; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – ANEXO 1 – Item 11.17.0.

**MASSA PRÉ-COZIDA – PASTEL E LAZANHA:** Não consta dos levantamentos fiscais quaisquer produtos com essa discriminação.

**PÃO DE QUEIJO:** Este produto consta dos Levantamentos Fiscais realizados a partir de 01/01/2016;

ANEXO 1 – Item 11.0 é específico para PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. Exercícios 2016/2017 - (01/01/2016 a 31/01/2017) - ANEXO 1 - Item 11.17 refere-se a pães industrializados; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – ANEXO 1 – Item 11.18 também refere-se a pães industrializados;

**PINO (ELETTRICO):** O NCM utilizado foi 7415. Exercício 2015 – ANEXO 1 – Item 24.69; Exercícios 2016/2017 - ANEXO 1 – Item 8.66;

**PO PARA SORVETE:** O NCM utilizado foi 2106.

Exercício 2017 – ANEXO 1 – Item 15.2;

**QUIIBE:** O NCM utilizado foi 1905.90.9 que se refere a Salgadinhos Diversos. Exercício 2016 – ANEXO 1 – Item 11.8;

**REGULADOR DE GÁS:** ANEXO 1 - Item 24.83 NCM 24.83 (2015) - ANEXO 1 ITEM 8.79 NCM 8481 (01/01/2016 A 09/03/2016) - ANEXO 1 Item 8.79 NCM 8481 (10/03/2016 A 31/01/2017) ANEXO 1 Item 8.79 NCM 8481 (A partir DE 01/02/2017);

**VINHO:** Este produto era beneficiado com redução de base de cálculo até 30.09.2016 (alíquota 12%) e foi desenquadrado da Substituição Tributária a partir de 01/10/2016. Os Levantamentos Fiscais consideraram as entradas do exercício de 2015 que consta o produto enquadrado no ANEXO 1 – Itens 5.3 – NCM 2206; e Item 5.4 – NCM 2204;

Em atenção ao princípio da verdade material, analisando os itens lançados, constato o que segue:

- a) **Balão de Encher (Regina):** O primeiro item lançado trata-se de balão regina (artigo de festa), submetido ao NCM 9505, não obstante constar lançado sob o NCM 9502. Todavia, em observância ao princípio da verdade material, o item é tributado, sendo de direito o crédito dele decorrente. **Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

Capítulo 95 - Brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte; suas partes e acessórios.	
9505	Artigos para festas, carnaval ou outros divertimentos, incluindo os artigos de magia e artigos-surpresa.
9505.10.00	- Artigos para festas de Natal
9505.90.00	- Outros

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015: R\$ 150,27

2016: R\$ 0,00

2017: R\$ 0,00

BALAO - 2015	
MÊS	VALOR
JAN	0,00
FEV	0,00
MAR	0,00
ABR	46,85
MAI	3,30
JUN	0,00
JUL	2,72
AGO	24,48
SET	8,55

OUT	0,00
NOV	0,00
DEZ	64,37
<b>TOTAL</b>	<b>150,27</b>

**b) Bebida Láctea:** O NCM utilizado foi o 0403.1, referente a Iogurte. Nos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante consta o descritivo de BEBIDA LÁCT PIRACANJUBA QNOA, MOCACCINO, BEBIDA LÁCTEA CAPIXABA, produtos lácteos que não são, de fato, iogurtes. Ou seja, o descritivo utilizado não corresponde ao descritivo sinalizado no Anexo I para a referida NCM. **Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015: R\$ 3.077,35

2016: R\$ 0,00

2017: R\$ 0,00

<b>BEBIDA LACTEA -2015</b>	
<b>MÊS</b>	<b>VALOR</b>
JAN	125,46
FEV	161,22
MAR	200,74
ABR	213,91
MAI	474,00
JUN	280,89
JUL	185,49
AGO	255,11
SET	327,81
OUT	345,42
NOV	261,20
DEZ	246,10
<b>TOTAL</b>	<b>3.077,35</b>

**c) Bolo:** Não procede as alegações da recorrente.

**d) Cereal em Barra:** item 11 do Anexo I: Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1. Não procede as alegações da recorrente.

**e) Cereal Matinal e Cereal Mucilon:** Produto lançado sob NCM:

1904.10.00	- Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação
------------	--

**Procedente as alegações recursais quanto ao referido item, pois, de fato, não se tratam de salgados industrializados.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015: R\$ 423,85

2016: R\$ 797,75

2017: R\$ 721,40

<b>CEREAL</b>			
<b>MÊS</b>	<b>VALOR/2015</b>	<b>VALOR/2016</b>	<b>VALOR/2017</b>
JAN	0,00	11,72	122,71
FEV	73,88	90,22	4,95
MAR	57,09	22,53	27,23
ABR	14,35	30,88	114,87
MAI	14,35	101,75	64,69
JUN	0,00	4,14	120,56
JUL	76,57	88,92	23,73
AGO	51,55	148,26	101,11
SET	18,67	142,13	47,65
OUT	0,00	53,78	79,88
NOV	17,34	67,02	14,02
DEZ	100,05	36,40	0,00

<b>TOTAL</b>	<b>423,85</b>	<b>797,75</b>	<b>721,40</b>
--------------	---------------	---------------	---------------

**f) Fondant de Leite:** NCM 1704.90.1 Preparações de confeitoraria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1. Não procede as alegações da recorrente.

**g) Granola:**

1904.10.00	- Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação
------------	--

**Procedente as alegações recursais quanto ao referido item, pois, de fato, não se tratam de salgados industrializados.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015:R\$ 658,75

2016:R\$ 636,29

2017:R\$ 639,89

<b>GRANOLA</b>			
<b>MÊS</b>	<b>VALOR/2015</b>	<b>VALOR/2016</b>	<b>VALOR/2017</b>
JAN	79,18	59,81	19,44
FEV	76,05	38,62	45,41
MAR	29,28	74,83	40,63
ABR	45,14	30,08	89,28
MAI	47,08	82,92	80,16
JUN	29,28	66,51	8,20
JUL	35,22	7,84	64,19
AGO	85,58	77,92	98,18
SET	45,58	39,13	34,81
OUT	107,05	46,63	95,26
NOV	16,12	78,03	27,09
DEZ	63,19	33,97	37,24
<b>TOTAL</b>	<b>658,75</b>	<b>636,29</b>	<b>639,89</b>

**h) Leite Fermentado:** O NCM utilizado foi o 0403.1. Nos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante consta o descriptivo de LEITE FERM ACTIMEL, LEITE FERM PAULISTA, LEITE FERM CHAMYTO TRADIC, LEITE FERM DANONE DANITO BAUNILHA BD 450G. produtos lácteos que não são, de fato, iogurtes. Ou seja, o descriptivo utilizado não corresponde ao descriptivo sinalizado no Anexo I para a referida NCM.

**Ingr.: leite parcialmente desnatado e/ou leite parcialmente desnatado reconstituído, açúcar, leite em pó desnatado, dextrose, fermento lácteo, vitamina C, zinco e vitamina D. CONTÉM LACTOSE. NÃO CONTÉM GLÚTEN. ALÉRGICOS: CONTÉM LEITE E DERIVADOS.**

**Ingredientes:**

Leite reconstituído desnatado, xarope de açúcar, açúcar invertido, fermento lácteo, sulfato de zinco, estabilizante pectina, aromatizante e edulcorante sucralose.

Contém aromatizante sintético idêntico ao natural.

**ALÉRGICOS: CONTÉM LEITE E DERIVADOS E DERIVADOS DE CEVADA. CONTÉM LACTOSE. CONTÉM GLÚTEN.**

**Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015:R\$ 430,41

2016:R\$ 0,00

2017:R\$ 0,00

<b>LEITE FERM -2015</b>	
<b>MÊS</b>	<b>VALOR</b>
JAN	37,38
FEV	49,89
MAR	54,40
ABR	32,73
MAI	38,26
JUN	44,57
JUL	16,11

AGO	25,73
SET	23,76
OUT	38,76
NOV	21,07
DEZ	47,75
<b>TOTAL</b>	<b>430,41</b>

- i) **Massa de Arroz:** Consta inserido no Anexo I, item 33- Produtos derivados de farinha de trigo 33.1 Macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo - 1902.1; 1905; 1902.3. **Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015:R\$ 0,00

2016:R\$ 595,42

2017:R\$ 344,60

MASSA ARROZ -2016		
MÊS	VALOR/2016	VALOR/2017
JAN	49,44	32,65
FEV	21,78	32,64
MAR	32,21	40,80
ABR	43,69	16,32
MAI	61,32	47,50
JUN	40,80	29,72
JUL	58,00	45,50
AGO	43,85	40,81
SET	72,24	14,86
OUT	79,53	38,22
NOV	51,76	5,58
DEZ	40,80	0,00
<b>TOTAL</b>	<b>595,42</b>	<b>344,60</b>

- j) **Massa Pré-Cozida – MASSA PASTICREM P/PASTEL** - massa pré-cozida não é enquadrada como sujeita ao regime de substituição tributária, pois restrito às massas “não cozidas, não recheadas e nem preparadas de outro modo”. **Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015:R\$ 184,84

2016:R\$ 648,99

2017:R\$ 976,47

MASSA PASTICREM			
MÊS	VALOR/2015	VALOR/2016	VALOR/2017
JAN	6,94	41,94	88,99
FEV	57,90	32,59	67,56
MAR	8,87	71,71	84,92
ABR	7,43	17,67	59,34
MAI	15,78	27,02	155,69
JUN	0,00	56,53	92,34
JUL	0,00	53,07	142,01
AGO	15,53	24,26	67,02
SET	11,47	72,18	80,95
OUT	3,70	27,83	99,72
NOV	0,00	94,03	23,43
DEZ	57,22	130,16	14,50
<b>TOTAL</b>	<b>184,84</b>	<b>648,99</b>	<b>976,47</b>

- k) **Pão de Manga:** Base não é farinha de trigo. **Procedente as alegações recursais quanto ao referido item.**

EXCLUIR DO LANÇAMENTO FISCAL:

2015:R\$ 56,80

2016:R\$ 26,84

2017:R\$ 14,79

PÃO MANGA			
MÊS	VALOR/2015	VALOR/2016	VALOR/2017
JAN	3,17	6,04	1,28
FEV	3,99	2,71	3,44
MAR	3,55	0,64	0,00
ABR	2,76	0,31	1,23
MAI	0,00	0,00	2,70
JUN	4,11	0,00	2,39
JUL	5,05	0,00	0,67
AGO	6,94	0,00	2,16
SET	10,37	7,60	0,00
OUT	6,88	6,04	0,92
NOV	4,18	2,88	0,00
DEZ	5,80	0,62	0,00
<b>TOTAL</b>	<b>56,80</b>	<b>26,84</b>	<b>14,79</b>

- I) **Pino (Elétrico):** Tachas, pregos, percevejos, escápulas e artefatos semelhantes, de cobre, ou de ferro ou aço com cabeça de cobre, parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão), e artefatos semelhantes, de cobre – 7415. Não procede as alegações da recorrente.
- m) **Pó para Sorvete Yoki diversos sabores:** Consta no anexo I, o item vinculado aos preparados para fabricação de sorvetes em máquinas: NCM 1806, 1901 e 2106. Não há provas do destino da referida mercadoria, de forma a descaracterizar a natureza de mercadoria sujeita à substituição tributária. Não procede as alegações da recorrente.
- n) **Quibe:** O NCM utilizado foi 1905.90.9 que se refere a Salgadinhos Diversos. Não procede as alegações da recorrente.
- o) **Regulador de Gás:** Item 24.83- Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes – 8481. Não procede as alegações da recorrente.
- p) **Vinho:** Este produto era beneficiado com redução de base de cálculo até 30.09.2016 (alíquota 12%) e foi desenquadradado da Substituição Tributária a partir de 01/10/2016. Os Levantamentos Fiscais consideraram as entradas do exercício de 2015 que consta o produto enquadrado no ANEXO 1 – Itens 5.3 – NCM 2206; e Item 5.4 – NCM 2204. Não procede as alegações da recorrente.

A infração 01 remanesce no valor de R\$ 51.530,14, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL JULGADO
31/01/2015	1.766,52	1.593,57
28/02/2015	1.682,61	1.335,73
31/03/2015	2.548,90	2.224,25
30/04/2015	1.728,60	1.410,57
31/05/2015	1.951,85	1.406,16
30/06/2015	1.975,11	1.645,54
31/07/2015	1.916,60	1.630,66
31/08/2015	2.191,15	1.811,81
30/09/2015	2.173,79	1.773,16
31/10/2015	2.301,06	1.906,30
30/11/2015	1.431,75	1.127,96
31/12/2015	2.102,08	1.580,79
31/01/2016	625,68	456,73
29/02/2016	507,25	321,33
31/03/2016	605,79	403,87
30/04/2016	342,94	220,31
31/05/2016	869,59	596,58
30/06/2016	516,19	348,21

31/07/2016	703,35	495,52
31/08/2016	1.484,76	1.190,47
30/09/2016	1.273,35	940,07
31/10/2016	1.166,96	953,15
30/11/2016	1.130,56	836,84
31/12/2016	1.168,98	927,03
31/01/2017	1.307,56	1.042,49
28/02/2017	893,75	739,75
31/03/2017	849,31	655,73
30/04/2017	1.165,87	884,83
31/05/2017	1.423,02	1.072,28
30/06/2017	940,54	687,33
31/07/2017	1.254,09	977,99
31/08/2017	1.570,63	1.261,35
30/09/2017	1.138,71	960,44
31/10/2017	1.411,31	1.097,31
30/11/2017	6.412,99	6.342,87
31/12/2017	8.722,90	8.671,16
<b>Total</b>	<b>61.256,10</b>	<b>51.530,14</b>

A infração nº 03 o auditor reputa indevida a utilização do crédito de 2% referente ao adicional de alíquota destinado ao fundo estadual de erradicação de pobreza. Contesta a recorrente, afirmando que de acordo com o princípio da não cumulatividade, é de direito o aproveitamento do crédito dos dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Pobreza destacados na nota fiscais de entrada.

Ocorre, contudo, que o adicional de pobreza não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente, haja vista representar um fundo específico, cujas regras estabelecidas na Portaria nº 133/2002, exigem que seja realizado o estorno de débito na EFD.

Importante, pois, a análise da Portaria nº 133/2002, na oportunidade transcrita:

*Art. 1º A Portaria nº 133, de 07 de fevereiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte alteração:*

*“Art. 1º O recolhimento do ICMS resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, incidentes nas operações com os produtos especificados no art. 16-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), deverá ser efetuado em separado, observado os seguintes procedimentos:*

*I - o ICMS mensal relativo às operações próprias do contribuinte será apurado normalmente, com a inclusão do adicional de dois pontos percentuais vinculado ao FECEP na alíquota incidente, conforme destacado nos documentos fiscais;*

*II - o valor destinado ao FECEP será apurado com a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a soma das bases de cálculo das saídas dos produtos sujeitos ao adicional;*

*III - o valor apurado para o FECEP será escriturado na EFD da seguinte forma:*

*a) como “Estornos de Débitos”, lançado como parte do somatório de todos os Ajustes “Estornos de Débitos” no campo 09 (VL\_ESTORNOS\_DEB) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD\_AJ\_APUR) deve ser preenchido com o código “BA030012 - ESTORNO DE DÉBITO - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996;*

*b) como débito especial, lançado como parte do somatório de todos os débitos especiais no campo 15 (DEB\_ESP) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD\_AJ\_APUR) deve ser preenchido com o código “BA050005 - DÉBITO ESPECIAL - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996.*

*c) o valor apurado a título de FECEP deve ser identificado no registro E116, sendo que o campo 02 (COD\_OR) deste registro deve ser preenchido com o código “006 - ICMS resultante da alíquota adicional dos itens incluídos no FECEP;*

*IV - o valor apurado para o FECEP deverá ser recolhido em separado por meio de Documento de Arrecadação Estadual - DAE, emitido mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, com código de receita 2036.*

Da leitura do regramento acima, resta evidente que o recolhimento do FECEP é apartado do

recolhimento do ICMS normal, sendo certo que a exigência do recolhimento dele, tem como objeto minimizar o impacto das desigualdades sociais entre os Estados brasileiros.

De fato, esse fundo tem como fonte de financiamento o ICMS, contudo, não pode a este tributo se assemelhar. O FECEP atinge os produtos e serviços supérfluos, não sendo, inclusive, exigido a repartição constitucional entre os municípios, como exigido com o ICMS.

Ratifico, pois, o posicionamento do fiscal autuante quanto a impossibilidade do crédito vinculado ao registro fiscal do percentual destinado ao fundo de pobreza.

**Infração Procedente.** Insubsistentes, portanto, as razões recursais quanto a infração 03.

No tocante à infração 07, aponta a recorrente para as seguintes irregularidades: **i)** Aplicação de alíquota de 17% no produto CARNE CHARQUE, ao invés de 12% e **ii)** Produtos isentos como peixe e arroz.

Sinaliza ainda, que foram lançadas inúmeras Notas Fiscais exigindo diferenças de ICMS, quando se trata de simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, com o CFOP 5152 (Transferência Interna), em que não há prejuízo econômico/financeiro para o Estado. Traz o Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0, em que estabelece que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias.

De fato, procede as alegações recursais quanto a este tópico, visto que já consta sumulado pelas Câmaras de Julgamento Fiscais, que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias, razão pela qual, excluo do presente lançamento fiscal as operações que retratam transferências internas sob CFOP 5152.

Então, em relação aos argumentos acima relativos às transferências realizadas, concordo com as razões defensivas, haja vista que deve ser observada a hipótese de não incidência do ICMS, em conformidade com a Súmula nº 166 do STJ.

A Súmula nº 166 do STJ é perfeitamente aplicável às operações internas subsequentes entre os estabelecimentos da mesma empresa, conforme sinaliza os códigos de atividades dispostos em suas notas fiscais lançadas sob CFOP: 5152, que representam a integralidade da infração 07. Pelo exposto, considerando que as transferências internas entre matriz e filiais não estão sujeitas à tributação, improcedente, pois, a exigência da infração 07.

Sobre a infração 08, alega a autuada que alguns produtos listados não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, como: Balão de Festas e Língua de Sogra que são enfeites de festa, não brinquedos, e Massa de Pastel não se enquadram na categoria “*Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*” do Anexo 1 do RICMS, porque são massas frescas, pré-cozidas.

Pelas mesmas razões já manifestadas na infração 01, entendo subsistente as alegações recursais quanto a este tópico. Concluo, portanto, que a infração é procedente em parte, devendo ser mantida a exigência quanto aos demais itens lançados (garoto, serenata, batom).

**Remanesce para a Infração 08 o valor de R\$ 425,84 no Mês de 03/2015, e 08/2015 no valor R\$ 365,34:**

Período	2015/03	12/03/15	19/03/15	19/03/15	6101	1	221716	00000000000121696965	GAROTO Coelha Pasc Chocolate R/12x150gXX	1	355,68	355,68	42,71	0,58	0,00	1,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	529,09	42,71	47,24
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6101	1	221716	000000000012256550	SERENATA DE AMOR Ovo de Páscoa Vingadores	2	249,76	249,76	29,97	0,40	0,00	1,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	371,31	29,97	33,15	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6101	1	221716	000000000012256635	GAROTO Chocolate Ovo de Páscoa 15x215g BR	3	499,52	499,52	59,04	0,77	0,00	2,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	742,58	59,04	66,30	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6101	1	221716	000000000012259108	BATON Ovo de Páscoa Choc Lette 15x170g BR	4	499,52	499,52	59,04	0,71	0,00	2,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	742,49	59,04	66,28	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6101	1	221716	000000000012262017	SERENATA DE AMOR Branco Ovo	5	249,76	249,76	29,97	0,30	0,00	1,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	371,16	29,97	33,13	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6102	1	221717	000000000012270222	GAROTO Ovo Páscoa Lalaloopsy 15x170g BR	1	555,44	555,44	66,65	0,61	0,00	2,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	825,35	66,65	73,66	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6102	1	221717	000000000012270600	BATON Ovo de Páscoa Brinquedo 15x170g BR	2	555,44	555,44	66,65	0,61	0,00	2,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	825,35	66,65	73,66	
12/03/15	19/03/15	19/03/15	19/03/15	6102	1	221717	000000000012273793	GAROTO Ovo de Páscoa Vingadores 12x150g BR	3	244,52	244,52	29,34	0,22	0,00	1,00	12	48,43	17	1	M/V/A	0,00	363,27	29,34	32,42	
Total												3.209,64	385,18	0,00			0,00		4.770,60	386,17	426,84				

No tocante à infração 09, a autuada alega que a exigência do imposto não recolhido por antecipação tributária parcial, sem que tenha havido a utilização como crédito fiscal, viola a norma da administração tributária baiana, que tem entendido pela aplicação de multa percentual sobre o valor não recolhido.

Ocorre que conforme mencionado pela decisão de piso, não consta nos autos prova de que o contribuinte não tenha se creditado do imposto relativo à antecipação parcial, assim como não há provas de que tenha submetido à tributação quando das operações subsequentes.

Procedente, portanto, a exigência posta na infração 09.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, conforme tabela abaixo:

<b>INF</b>	<b>RESULTADO</b>	<b>VL LANÇADO</b>	<b>VL JULG-CJF</b>	<b>MULTA</b>
01	PROCEDENTE EM PARTE/P.PROVIDO	61.256,10	51.530,14	60%
02	PROCEDENTE	9.655,24	9.655,24	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	7.681,10	7.681,10	60%
04	PROCEDENTE	236,30	236,30	60%
05	PROCEDENTE	1.092,13	1.092,13	60%
06	PROCEDENTE	52.581,04	52.581,04	60%
07	IMPROCEDENTE/PROVIDO	5.020,04	0,00	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE/P.PROVIDO	4.722,19	791,18	60%
09	PROCEDENTE/N.PROVIDO	746,53	746,53	60%
10	PROCEDENTE	48,02	48,02	60%
<b>TOTAL</b>		<b>143.038,69</b>	<b>124.361,68</b>	

Este é o voto.

### **VOTO DISCORDANTE (Infração 3)**

Com a devida *venia*, discordo da decisão da ilustre Relatora de julgar procedente a infração 3 do Auto de Infração, pela qual se considera indevida a utilização de crédito fiscal de 2% referente ao adicional de alíquota destinado ao fundo estadual de erradicação de pobreza, sob o lastro de que não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente, haja vista representar um fundo específico, cujas regras estabelecidas na Portaria nº 133/2002 exigem que seja realizado o estorno de débito na EFD.

Como bem consignado pela nobre Relatora, a referida Portaria trata sobre o **recolhimento “do ICMS resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS”**, logo, não resta dúvida de que se trata de ICMS, como também de regras atinentes ao remetente das mercadorias, na condição de sujeito passivo do FECEP, que terá de destacar no documento fiscal de sua emissão o valor correspondente juntamente com o próprio ICMS da operação mercantil, e por isso, deverá ser efetuado o recolhimento em separado, observado os procedimentos estabelecidos na Portaria nº 133/2002, conforme restou consignado no próprio voto condutor, consoante excerto a seguir:

*Da leitura do regramento acima, resta evidente que o recolhimento do FECEP é apartado do recolhimento do*

*ICMS normal, sendo certo que a exigência do recolhimento dele tem como objeto minimizar o impacto das desigualdades sociais entre os estados brasileiros.*

Entretanto, em que pese o recolhimento em separado em razão do seu fim específico, há de ressaltar que o débito correspondente é mantido na EFD como “DÉBITO ESPECIAL”. E o mais significativo é que **tal ônus é suportado pelo adquirente** das mercadorias sujeitas a tal adicional.

Assim, em respeito ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal, pelo qual determina que será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

O fato é que tanto o ICMS sobre a operação mercantil, quanto o percentual de 2% incidente na base de cálculo das saídas dos produtos sujeitos ao adicional, previstos no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, têm o ônus arcado pelo adquirente e não há na legislação regente qualquer vedação ao correspondente crédito fiscal.

Em consequência, prevalece o princípio da não cumulatividade do imposto.

Por outro lado, o art. 309, I, “a” do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), determina 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, salvo disposição em contrário, o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos, de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem.

Já o art. 310 do mesmo diploma legal, que trata da vedação do crédito, não consigna qualquer restrição ao FECEP, cuja previsão no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, repise-se, é de que: “*As alíquotas incidentes nas operações (...) serão adicionadas de dois pontos percentuais ...*”.

Diante de tais considerações, voto IMPROCEDENTE a infração 3.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 018184.0003/19-9, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 133.312,73, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, “a” e II, alíneas “a”, “d” e “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Marcelo Mattedi e Silva, Antonio Dijalma Lemos Barreto, José Raimundo de Oliveira Pinho e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE (Infração 3) – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO DISCORDANTE  
(Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS