

A.I. Nº - 206881.0013/21-5
AUTUADO - F J ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 23/09/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/22 - VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS. Infração reconhecida. **c)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. **d)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Quando as mercadorias a serem acondicionadas estiverem nas hipóteses isenção, não-incidência ou substituição tributária, sobre o material de embalagem das mesmas não há que se falar em crédito fiscal. O estorno do crédito deve ser realizado proporcionalmente às saídas sem tributação, conforme art. art. 312, inc. I do RICMS/2012. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. **a)** DESTACADO NA NFC-e. Infração reconhecida. **b)** PRATICADO OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **b.1)** SAÍDAS NO ECF. Infração reconhecida. **b.2)** SAÍDAS COM NF-e. Infração reconhecida. **b.3)** SAÍDAS COM NFC-e. Incluído no levantamento mercadorias isentas nas saídas internas, art. 265, inc. II, alínea “d” do RICMS/2012 e outras sujeitas ao regime de substituição tributária. Arguições da defesa acatadas parcialmente pela autuante. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **c)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. ATIVO FIXO. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LRE. MULTA. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 178.369,14, acrescido de multa, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.002. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, para fatos apurados em abril a junho e agosto de 2017. ICMS exigido no valor de R\$ 640,56, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 1º, inc. II e art. 53, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 001.002.003. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, para fatos apurados em março a julho,

setembro a dezembro de 2017, janeiro, março, abril, julho e agosto de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 3.582,15, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96, c/com art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 001.002.020. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, para fatos apurados em maio de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 120,07, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 001.002.041. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, para fatos apurados em janeiro, março, maio, junho, agosto, novembro de 2017, janeiro, julho e outubro de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 218,81, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 001.005.002. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, para fatos apurados em janeiro de 2017 a dezembro de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 17.951,42, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 30, inc. I da Lei nº 7.014/96, c/com art. 312, inc. I do RICMS/2012.

A autuante informa que a infração importa “*No valor total de R\$ 17.951,47, sendo no exercício de 2017 no valor total de R\$ 6.089,27 e em 2018 no valor de R\$ 11.862,15, quando deixou de estornar o crédito fiscal de ICMS relativo a aquisições de materiais de embalagens com utilização de crédito fiscal, cujas mercadorias nas quais foram empregados foram objeto de saídas isentas ou não tributadas, conforme estabelece o art. 30, inc. I da Lei nº 7.014/96 c/c com o art. 312, inc. I e § 4º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e demonstrativos da Falta de Estorno de Crédito Fiscal nas Aquisições de Materiais de Embalagens - Proporcionalidade e Demonstrativos do Percentual de Saídas Tributadas, anexo V.*”.

INFRAÇÃO 06 – 002.001.002. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, para fatos apurados em junho e outubro de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 1.324,98, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2017 a maio de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 24.721,48, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa se tratar de saídas através de ECF.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 08 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em março, julho, agosto de 2017 e outubro de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 307,98, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa se tratar de saídas através de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 09 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em junho a dezembro de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 2.540,44, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa se tratar de saídas através de Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica – NFC-e. Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 10 – 003.002.002. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2017. ICMS exigido no valor de R\$ 5.153,53, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 – 006.001.001. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, para fatos apurados em julho e agosto de 2018. ICMS exigido no valor de R\$ 42.045,46, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 12 – 016.001.002. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro a maio de 2017. Multa exigida no valor de R\$ 48.385,76, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 13 – 016.001.006. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2018. Multa exigida no valor de R\$ 31.376,50, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seu advogado impugnou o lançamento, fls. 123 a 125, onde inicialmente relata os fatos, transcreve as infrações e reconhece como procedentes as infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08, 10, 11, 12 e 13.

Quanto a infração 05, que trata de estorno de crédito referente à aquisição de embalagem, afirma que não se discute o direito ao crédito, assim como não se discute o estorno proporcional referente às saídas isentas e não tributadas. Porém, o que não concorda é com o estorno relativo às saídas com ICMS antecipado em razão da substituição tributária.

Explica que o produto sujeito ao regime de substituição tributária é um produto tributado. A antecipação tributária nada mais é do que a antecipação do momento do pagamento do imposto, ou seja, o pagamento é devido antes da realização do fato gerador.

Conclui que sendo produto tributado, o contribuinte tem direito ao crédito referente à embalagem nas respectivas saídas.

Entende que o direito ao crédito é análogo ao direito ao crédito apurado via CIAP, onde o fator de redução, considera apenas as saídas isentas e não tributadas. Portanto, o lançamento deve ser revisto para considerar as operações com produtos sujeitos à substituição tributária na proporcionalidade das saídas tributadas.

Ao tratar da infração 09, afirma que devem ser excluídos dos demonstrativos os seguintes produtos:

Código	NCM	Descrição	Razão
7891132082018	2501.00.20	SAL AJI SAL 100G	ISENTO
7896102501551	0713.33.19	FEIJÃO PRETO QUERO 3	ISENTO
7896520021617	2008.90.00	BIRINIGHT	BEBIDA REFRESCANTE - ST
7896520027282	2008.90.00	BIRINIGHT	BEBIDA REFRESCANTE - ST
7893218003603	2208.90.00	SMIRNOFF ICE 275	BEBIDA REFRESCANTE - ST
7896480634377	3005.90.90	ALGODÃO ENLACE 25GR	SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
7896752401638	1103.13.00	XERÉM POLIGRÁOS 500G	ISENTO
7897051900570	1104.19.00	CANJI CARAU D 200GR	ISENTO
7897051900884	1103.13.00	XERÉM DULAR 500GR	ISENTO
7897051902123	1104.19.00	CANJI CARAU D 200GR	ISENTO

Aguarda o julgamento.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 134 a 140, transcreve as infrações, as razões da defesa e quanto a infração 05, lembra o que dispõe o art. 30, inc. I da Lei nº 7.014/96, bem como no art. 312 inc. I e § 4º do RICMS/BA.

Explica que as embalagens e insumos entraram no estabelecimento para serem incorporadas aos produtos de suas vendas, sendo que, os créditos que deveriam permanecer, referem-se apenas às saídas tributadas, sendo o estorno de crédito aplicado tomando-se como base as saídas isentas e não tributadas.

Afirma que as saídas de mercadorias enquadradas na substituição tributária não são tributadas, conforme disposto no art. 9º da Lei nº 7.014/96 e destaca o disposto no art. 290 do RICMS/BA: “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.”

Quanto a proporcionalidade, informa que a Instrução Normativa nº 56/2007, prevê que somente são considerados na base de cálculo para as entradas de mercadorias ou bens não registrados quando se tratar de infração prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, as saídas que sofreram efetivamente tributação, não sendo computadas as saídas isentas e de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme trecho reproduzido.

Acrescenta que a base de cálculo do estorno de crédito nas aquisições de embalagens, será o valor do crédito nas entradas, aplicando-se o percentual das saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, sendo o direito ao crédito, proporcional ao valor das saídas tributadas, conforme Pareceres DITRI nºs 21.679/2012 e 13.262/2013, cujos trechos reproduz.

Ao tratar do argumento defensivo de que o direito ao crédito de material de embalagem é igual ao apurado via CIAP, diz discordar, uma vez que, o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, de acordo com a Instrução Normativa nº 53/13 possui regras específicas, considerando-se como saídas tributadas as operações tributadas pelo regime normal e substituição tributária por antecipação ou diferimento, as beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo com previsão expressa de manutenção de crédito, as com destino ao exterior, bem como, as operações realizadas a título de doação e bonificação.

Afirma que o CONSEF tem mantido o mesmo posicionamento, conforme Acórdãos, cujas ementas seguem copiadas: Acórdãos JJF nº 0101-05/14 e CJF nº 0099-12/15.

Em relação a infração 09, pontua que após a análise dos produtos constantes do demonstrativo apresentado na defesa, solicitando a exclusão, faz as seguintes ponderações:

- a) Sal Aji sal 100 g: trata-se de produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 727.165, de 13/03/2018, lançada na EFD;

- b) Feijão Preto quero 340 g: é produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 299.457, emitida em 13/03/2018, lançada na EFD;
- c) Xerém Poligrãos 500 g: produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 104.341, de 25/06/2018 e 106.429, emitida em 11/09/2018, lançadas na EFD;
- d) Xerém Dular 500 g: produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 302.287, emitida em 01/10/2018, lançada EFD;
- e) Canji Carau D 200 g (canjiquinha curau Dular 200 g): produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 302.287, emitida em 01/10/2018, lançada na EFD;
- f) Algodão Enlace 25 g: produto tributado, conforme NF-e de entrada nº 4.365.395, emitida em 13/04/2018 e lançada na EFD;
- g) Birinight e Smirnoff. Ice 275: bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, sujeitas a substituição tributária constante no Anexo 1 do RICMS/BA.

Afirma que pós os ajustes, retirou do demonstrativo as mercadorias sujeitas à substituição tributária, ficando o valor total do ICMS devido, reduzido, de R\$ 2.540,44 para R\$ 2.126,00, conforme novo Demonstrativo da Falta de Recolhimento do ICMS: Operações Tributadas como Não Tributadas (NFC-e).

Conclui ratificando parcialmente o lançamento com a redução do valor total do débito do Auto de Infração de R\$ 178.369,14 para R\$ 177.954,70.

Solicita a procedência parcial do processo por estar de acordo com a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS, por ser de justiça.

Anexou os novos demonstrativos às fls. 141 a 150 dos quais a autuada foi notificada através de Aviso de Recebimento dos Correios, fls. 151 e 152, em 23/03/2022 e através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, em 04/04/2022, fls. 154 e 155.

Os autos foram remetidos ao CONSEF em 06/05/2022 e distribuído a este relator em 20/05/2022.

Participou da sessão de julgamento o representante da autuada o Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA 26397, que confirmou o reconhecimento de parte das infrações, restando apenas a contestação das infrações 05 e 09, sobre as quais reafirmou as razões de defesa, sem nada a acrescentar.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de ter cometido treze infrações à legislação tributária, tendo a autuada tempestivamente apresentado defesa, onde reconheceu parte das infrações, contestando apenas as infrações 05 e 09.

Assim sendo, desde já considero as infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08, 10, 11, 12 e 13, declaradamente reconhecidas, como subsistentes, sobre as quais o contribuinte solicitou parcelamento do débito correspondente, deferido em 03/12/2021 para quitação em 56 parcelas, em andamento sob o nº 14659212.

Do início da ação fiscal, o contribuinte foi notificado através da lavratura do Termo de Início de Fiscalização em 12/07/2021 e a intimação para apresentação de livros e documentos, encaminhado através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 15 a 17.

O contribuinte foi notificado da lavratura do Auto de Infração, presencialmente em 04/10/2021, conforme recibo à fl. 07.

O sujeito passivo é contribuinte inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, apura o imposto no regime de conta corrente fiscal e atua na atividade econômica de comércio atacadista e varejista de produtos alimentícios em geral, de cervejas chope e refrigerante.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Não foram suscitadas questões preliminares, portanto, adentro na análise do mérito.

Reporto-me inicialmente a **infração 05**, cuja acusação fiscal diz respeito à falta de estorno proporcional dos créditos fiscais utilizados integralmente decorrente das aquisições de materiais de embalagem, aplicados nas saídas de mercadorias isentas e não tributadas, conforme estabelece o art. 312, inc. I do RICMS/2012, *verbis*.

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

A autuada discorda da autuação especificamente com o estorno relativo às saídas com ICMS antecipado em razão da substituição tributária.

Argumenta que o produto sujeito ao regime de substituição tributária é um produto tributado, portanto, tem direito ao crédito referente à embalagem. Ademais, entende que o direito ao crédito é análogo ao direito ao crédito apurado via CIAP, onde o fator de redução considera apenas as saídas isentas e não tributadas.

Após examinar os demonstrativos analíticos da infração, fls. 36 a 51, constato que os cálculos procedidos pela autuante estão de acordo com dispositivo acima transcrito, combinado com o § 4º do art. 312 do RICMS/2012.

§ 4º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados.

O entendimento consolidado na Administração Tributária sobre a tributação de material de embalagens, encontra-se externado em diversos pareceres da Diretoria de Tributação, dentre os quais transcrevo trecho do Parecer 21.679/2012:

“Inicialmente devemos observar que é entendimento consolidado desta Diretoria de Tributação - DITRI de que o mesmo tratamento que se adota com relação às mercadorias deve ser aplicado ao material que servirá para o seu acondicionamento. Assim, se as mercadorias a serem acondicionadas estiverem nas hipóteses de exceção, ou seja, nas operações internas, sujeitas à isenção, não-incidência ou substituição tributária, sobre o material de embalagem das mesmas não há que se falar em crédito fiscal.”.

No cálculo do estorno do crédito fiscal, leva-se em conta a proporcionalidade, que contrariamente a arguição da defesa, deve contemplar as saídas, cuja fase de tributação se encerrou, ou seja, operações não mais tributadas, que é o caso das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme determina o art. 290 do RICMS/2012:

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.

Ou seja, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, deve observar a extensão dessa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias, objeto de antecipação ou substituição tributária.

A infração 05 é subsistente.

Na **infração 09**, a autuada contesta a inclusão no demonstrativo, especificamente de alguns itens, sobre os quais diz serem isentos do ICMS ou sujeitos ao regime de substituição tributária, portanto, agiu corretamente não tributando tais produtos nas saídas, posição que a autuante discorda parcialmente e mantém em parte a infração.

Compulsando o demonstrativo analítico da infração, fls. 84 a 87, verifico que nas operações arroladas constam o CFOP: 5.405 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído*, e o CFOP 5.102 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*, ou seja, saídas para o próprio estado, ambas operações internas.

Os itens que a defesa requer a exclusão do levantamento serão tratados individualmente a seguir.

- 1) SAL AJI SAL 100 g, NCM 2501.00.20. Segundo informa o fabricante, o Aji-Sal é um sal que traz mais sabor *umami* e outros temperos especiais, que descomplica o preparo das refeições.

Trata-se, portanto, de produto diferente do sal de cozinha comum, vez que é adicionado outros ingredientes, utilizado no preparo de alimentos, que se diferencia do sal comum, não contemplado com isenção do ICMS, nas saídas internas, conforme art. 265, inc. II, alínea “d” do RICMS/2012.

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

II – as saídas internas de: (...)

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17);

Assim, o sal AJI SAL 100 g, NCM 2501.00.20, nas saídas internas, operações arroladas na infração, não goza da isenção do ICMS, devendo ser mantido do levantamento.

- 2) FEIJÃO PRETO QUERO. Produto isento nas operações internas, conforme art. 265, inc. II, alínea “c” do RICMS/2012:

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

II – as saídas internas de: (...)

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

Assim, o feijão preto, nas saídas internas, é isento do ICMS, portanto, deve ser excluído do levantamento.

- 3) XERÉM POLIGRÃOS 500 g; CANJICA CARAU D 200 g e XERÉM DULAR 500 g, todos produtos derivados do milho.

Tomo como parâmetro para decidir a questão, o entendimento da Diretoria de Tributação – DITRI, externado no parecer 6753/2015, que acolho, conforme a seguir transcreto.

Ementa.

ICMS. TRIBUTAÇÃO DE PRODUTOS DERIVADOS DO MILHO. As operações internas com farelo de milho destinado à alimentação humana encontram-se amparadas pela isenção do ICMS, na forma prevista no art. 265, inciso II, “d”, do RICMS/BA. As operações com canjica branca e canjica amarela sofrem tributação normal do imposto.

O parecer resultou de resposta em atendimento de consulta formulada por contribuinte do ICMS, na qual solicitou orientação quanto à correta tributação das operações internas com farelo de milho, milho triturado, canjica branca e canjica amarela.

Em sua resposta, a DITRI, assim se posicionou:

“RESPOSTA

Inicialmente cumpre-nos salientar que a tributação aplicável às operações com farelo de milho e milho triturado está necessariamente vinculada à destinação dos produtos, ou seja,

se os mesmos serão utilizados na alimentação humana, ou na atividade agropecuária, como insumos destinados à alimentação animal.

Nesse contexto, tratando-se de farelo de milho destinado a consumo humano, será aplicada a isenção prevista no art. 265, inciso II, ‘d’, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), a saber:

‘Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho; ’

Considerando que o dispositivo supra não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, o entendimento que prevalece é o de que todas as espécies desses produtos estão incluídas no benefício da isenção do imposto, a exemplo do farelo de milho.

Da mesma forma, as operações internas com milho triturado destinado à alimentação humana estão amparadas pela alíquota reduzida de 7%, prevista no art.16, inciso I, da Lei 7.014/96, da seguinte forma:

‘Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca; ’.

Por outro lado, tratando-se de farelo de milho e milho triturado destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal (insumo agropecuário), será aplicado o regramento contido no art. 264, inciso XVIII, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), da seguinte forma:

‘Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;

b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;

c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;

d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso; ’

Isto posto, e considerando que o referido Convênio ICMS 100/97 cita expressamente, no inciso VI de sua Cláusula primeira, o produto ‘farelo de milho’ e, em sua Cláusula segunda, o produto ‘milho’, temos que as operações internas com farelo de milho e milho triturado

destinados à utilização como insumos agropecuários encontram-se amparadas pela isenção do ICMS, observados os requisitos previstos na legislação para fruição desse benefício.

Finalmente, no tocante às operações com canjica branca e canjica amarela, produtos utilizados na alimentação humana, ressaltamos que as mesmas sofrem tributação normal do imposto, visto que não se encontram amparadas pelo benefício da isenção prevista no art. 265, II, ‘d’, do RICMS/BA e, da mesma forma, não se encontram alcançadas pela alíquota reduzida de 7% prevista no art. 16, inciso I, ‘a’, da Lei 7.024/96, visto que o referido dispositivo refere-se apenas ao milho e à fubá de milho.” (Grifos do relator).

O xerém de milho, “*são resíduos que sobram de todos os processos de fabricação dos produtos do milho, é utilizado para a preparação do angu*”, assim consta definido no trabalho da acadêmica da Universidade Federal da Paraíba, Julya Rachel Andrade da Silva, sob o título Milho não Transgênico - Caracterização e Formulação de Produtos.

No sítio do fabricante do Xerém Maratá, <https://marata.com.br/produto/canjiquinha-xerem-500g/>, o produto tem a seguinte especificação: “*Canjiquinha Xerém são de grãos de milho, que apresentam ausência parcial ou total de gérmen, em função do processo mecânico ou manual de degerminação (escarificação). Composição: Canjiquinha Xerém, não contém glúten, produzido a partir de milho transgênico.*”

Ou seja, o produto denominado xerém de milho, trata-se de grão de milho triturado, pronto para emprego no preparo de alimentação humana à base de milho, não se confundindo com fubá de milho ou farinha de milho, o mesmo se aplica aos itens denominados canjica.

Pelo exposto e o entendimento constante no parecer transcrito, não restam dúvidas quanto a tributação normal dos produtos XERÉM POLIGRÃOS 500 g; CANJICA CARAU D 200 g e XERÉM DULAR 500 g, e assim, devem ser mantidos no levantamento.

- 4) Bebida BIRINIGHT - NCM 2208.90.00. Alega a defesa que se trata de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Segundo informa o fabricante no seu sítio, “*A Birinight é uma bebida mista alcoólica gaseificada, com teor de 5,5% nos sabores vodca com limão (ICE). Direcionado para o público jovem e adultos, possui design moderno que proporciona praticidade, conveniência e segurança. Atualmente, é líder de mercado na região Centro-Oeste e está em segundo lugar no segmento de bebidas Ice, no Brasil.*”

O Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2018, época da ocorrência dos fatos geradores, contempla as “*Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%*”, NCM 2208.9 no item 3.17, o que confirma a alegação defensiva.

Dessa forma o item deve ser excluído do levantamento.

- 5) SMIRNOFF ICE 275 - NCM 2208.90.00.

Segundo o sítio do fabricante, “*Ice Smirnoff ou Smirnoff Ice é uma bebida feita de vodca Smirnoff com o gosto refrescante do limão. Fabricada no Brasil desde 2000, é uma associação perfeita que traz toda a qualidade da Smirnoff que é a marca pioneira no mercado de bebidas ice. A graduação alcoólica é 5%.*”

Da mesma forma o produto listado anteriormente, trata-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e, portanto, deve ser excluído do levantamento.

- 6) ALGODÃO ENLACE 25 g – NCM 3005.90.90, sobre o qual a defesa alega ser mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

O Anexo 1 ao RICMS/2012 no item 9.11, contempla a NCM 3005 com a seguinte descrição “*Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos, e outros, acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários, não impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Neutra.*”

Assim, o Algodão Enlace é produto sujeito à substituição tributária, consequentemente deve ser excluído do levantamento.

A autuante, em sede de revisão da infração acatou parte das alegações da defesa, com as quais concordo.

Contudo, pelo exposto acima, a autuante não considerou o item Feijão preto, que goza da isenção do ICMS nas operações internas, portanto arguiu corretamente o contribuinte nesse sentido, sendo correta a exclusão do levantamento desse item.

O mesmo ocorreu com o item Algodão Enlace, que é mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária, portanto, as saídas devem ocorrer sem tributação, vez que a fase de tributação já foi encerrada. Assim também se impõe a exclusão deste item.

Procedida as exclusões de ofício, adicionadas àquelas efetuadas pela autuante, tenho a infração 09 como parcialmente subsistente conforme demonstrativo a seguir.

Infração 09 - 002.001.003

Ocorrência	Vencimento	Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
30/06/2018	09/07/2018	1.507,28	18,00	60,00	271,31
31/07/2018	09/08/2018	1.270,50	18,00	60,00	228,69
31/08/2018	09/09/2018	1.641,50	18,00	60,00	295,47
30/09/2018	09/10/2018	1.337,56	18,00	60,00	240,76
31/10/2018	09/11/2018	1.202,44	18,00	60,00	216,44
30/11/2018	09/12/2018	829,11	18,00	60,00	149,24
31/12/2018	09/01/2019	3.640,89	18,00	60,00	655,36
Total					2.057,27

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206881.0013/21-5, lavrado contra **F J ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 98.123,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alíneas “a”, “b” e de 100% prevista no art. 42, inc. III, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 79.762,26**, prevista no art. 42, inc. IX, todos da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR