

A.I. Nº - 279462.0029/21-1
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/02/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CREDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS ESCRITURADAS. INFRAÇÕES 02 e 03. Infrações parcialmente reconhecidas, sendo que os elementos de prova e alegações defensivas não elidem as provas das acusações fiscais, inclusive corroboradas pela EFD elaborada, transmitida pelo contribuinte e recepcionada pelo fisco sem inconsistência. b) OPERAÇÕES CUJAS ENTREGAS OCORRERAM EM ESTABELECIMENTOS LOCALIZADOS NA BAHIA. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSTO DECORRENTE DE DIFERENÇA ENTRE ALIQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO/CONSUMO. Infrações reconhecidas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Lavrado em 11/08/2021, o presente Auto de Infração exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 71.585,86, bem como a aplicação de multa, pela constatação de cinco infrações:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.005. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor: R\$ 3.340,44. Período: Fevereiro, Abril e Maio 2017, Janeiro, Março, Abril a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7014/96 c/c ar. 290 do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Conforme planilhas: Demonstrativo de Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído. Exercícios 2017 e 2018, anexo.

INFRAÇÃO 02 – 003.002.002 – Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 5.083,88. Período: Janeiro 2017 a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Conforme planilhas: Demonstrativo da Falta de Recolhimento do ICMS – Operação Tributada como não Tributada (NF-es) Nas saídas de mercadorias via Notas Fiscais. Exercícios 2017 e 2018, anexo.

INFRAÇÃO 03 – 003.002.002 – Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 51.347,95. Período: Janeiro 2017 a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Conforme planilhas: Demonstrativo da Falta de Recolhimento do ICMS – Operação Tributada como não Tributada (NF-es) Nas saídas de mercadorias via Notas Fiscais. Exercícios 2017 e 2018, anexo.

INFRAÇÃO 04 – 003.002.003. Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega

efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia. Valor: R\$ 975,22. Período: Janeiro a Março e Maio 2017. Enquadramento legal: Art. 15, I, §§ 2º e 3º, art. 16 e 16-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

INFRAÇÃO 05 – 006.005.001 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 10.838,37. Período: Abril e Dezembro 2017, Janeiro, Fevereiro, Abril, Junho, Julho e Setembro 2018. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento às fls. 62 a 68. Após reproduzir as infrações 01, 02 e 03, conforme demonstra à fl. 64, do valor autuado (R\$ 71.585,86) reconhece devido R\$ 60.158,13, na seguinte distribuição:

| Infrações | Vlr autuado | Vlr reconhecido |
|---------------|------------------|------------------|
| 1 | 3.340,44 | 1.943,77 |
| 2 | 5.083,88 | 4.817,69 |
| 3 | 51.347,95 | 41.583,08 |
| 4 | 975,22 | 975,22 |
| 5 | 10.838,37 | 10.838,37 |
| Totais | 71.585,86 | 60.158,13 |

Quanto à parte não reconhecida apresenta o seguinte protesto:

“II. DO DIREITO DA DEFENDENTE – II.1 ERROS DE FATO – Vícios na origem da ação fiscal intentada”

Reproduzindo o art. 142 do CTN e excertos doutrinários de Sacha Calmon Navarro Coelho e Mizabel Derzi, diz haver no caso equívocos do Autuante na análise de fáticas situações relativas às operações da Defendente que passa a demonstrar em amostra.

Infração 01

Diz demonstrar, por meio de planilhas anexas (DOC.4) que vários produtos fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal, não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS quando de suas aquisições:

| MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada | Demonstração do direito da Autuada |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| INFRAÇÃO 01 RF.MOELA FGO SADIA CONG. 1x12 1K Ref.: JUL/2018 CFOP 1102 UF: BA | - Este item possui NCM 0504, de forma que não incide ICMS ST, sendo o creditamento, portanto, regular. CFOP 1102 - Compra para comercialização. |
| INFRAÇÃO 01 RF.BOV.BUCHO FRIBOI PORC.CON 1x1000 1G NCM 02062990 Ref.: nov/2018 | - Este item possui NCM 0504, de forma que não incide ICMS ST, sendo o creditamento, portanto, regular. |

Infração 02

Consubstanciada pelo recolhimento a menor do ICMS, por erro na aplicação de sua alíquota, em operações de saídas tributadas, mas, porém, tomadas pela Defendente como não Tributadas, através de NFe-s. Diz comprovar, por meio das planilhas anexas (DOCS.5 E 5.1) que vários dos itens fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal imposta, estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST quando de suas aquisições (entradas no seu estabelecimento), não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menor do ICMS em suas revendas, como se vê dos seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas:

| MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada | Demonstração do direito da Autuada |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| INFRAÇÃO 02 MIST.BOLO PRE-MESCLA COCO PCT 1 X Ref.: FEV/2017 NCM 19012000 | - Este item estava sujeito a ST conforme item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/BA, não tendo havido recolhimento a menor do ICMS. |
| INFRAÇÃO 02 CORANTE GUARANY N31 PRETO TBO 1 Ref.: FEV/2017 NCM 32041400 | - Produto sujeito a ST conforme item 16.3 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017 não tendo havido recolhimento a menor do ICMS. |

Infração 03

Consubstanciada pelo recolhimento a menor do ICMS, por erro na aplicação de sua alíquota, em operações de saídas tributadas, mas, porém, tomadas pela Defendente como não Tributadas, através de NFC-s, diz que a Autuada comprova, por meio das planilhas anexas (DOC.6) que vários dos itens fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal imposta, estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST quando de suas aquisições (entradas no seu estabelecimento), não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menor do ICMS em suas revendas, como se vê dos seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas:

| MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada | Demonstração do direito da Autuada |
|------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| INFRAÇÃO 03 PIZZA FGO/CATU.SADIARef.: FEV/20 NCM 19059090 | - Produto caracteriza-se como “produto de panificação não especificado” sujeito a ST conforme item 11.28.1 do Anexo 1 do, não tendo havido recolhimento a menor do ICMS. |

II.2 DA NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

“Requer a Defendente a conversão do julgamento em diligência, nos termos dos arts. 140 e ss., da Lei nº 7.629/99, para a devida verificação pela fiscalização das informações aqui prestadas, que demonstram a inconsistência de parte do AI ora objurgada e são capazes de infirmar, nesta fração, a acusação materializada, tudo em busca da **verdade material** nos autos”.

Nesse sentido, vem indicar os seguintes assistentes técnicos, a acompanharem a diligência em questão, os quais, para tanto, deverão ser, **sob pena de cerceamento de defesa**, regularmente intimados:

Sérgio Rodrigo de Oliveira

-RG: 5.814.641 SSP / PE

-CPF: 030.630.724-35

-Telefone: 11-2955-2410

Welberth Mota de Sousa

-RG: 2374712-SSP DF

-CPF: 007.056.091.97

-Telefone: 11 2967-9594

Concluindo, pede que o lançamento, por sua insubsistência, nos limites que foram tracejados, seja cancelado.

Informando que o Impugnante pagou integralmente a exação pela Infração 04, parcialmente a exação pelas demais infrações, as Autuantes prestam Informação Fiscal às fls. 84-95.

Após dizer ter cumprido as formalidades legais no procedimento fiscal, fala que o contribuinte exerce atividade de supermercado em vendas por atacado e varejo e considerando o grande mix e mercadorias que comercializa é possível haver equívocos na indicação da situação tributária de itens, sem que isso signifique, necessariamente, intuito de sonegação tributária.

Portanto, há casos de divergências de entendimento quanto à NCM aplicável à mercadoria entre seus fornecedores. Também há casos em que o Autuado recebe a mercadoria com uma NCM e a escritura com outra, como é o caso de alguns itens objeto de autuação (moela de frango, mistura para pão de queijo, algodão e bebida Smirnoff ICE). Nesses casos, informa ter considerado a descrição da NCM na NESH/SH (<https://www.fazcomex.com.br/ncm/sistema-harmonizado-sh-o-que-e/>) e, subsidiariamente, a repercussão tributária das mesmas no valor do ICMS recolhido por antecipação ou por conta corrente fiscal, de modo que, observando as justificativas defensivas, fará ajustes que entenda pertinentes, uma vez que as infrações derivam de erro na indicação da situação tributária do item de mercadoria, com repercussão no ICMS recolhido pelo Autuado.

Ademais, considerando que o Impugnante contestou individualizando as mercadorias, adotará o mesmo método.

Infração 01

Moela de frango e bucho bovino congelado

1. O Impugnante alega que “Moela de Frango Sadia”, da posição NCM 0504.0090 não estaria sujeita a ST, pois somente a moela de frango da posição NCM 0207.1400 consta do item 11.35 do Anexo I do RICMS.

Informa que o Autuado adquiriu esta mercadoria de três fornecedores: Copacal/PR, Friato/GO e Sadia/BA, sendo que os dois primeiros atribuíram a NCM 0207.1400 e A Sadia a NCM 0504.0090. Entretanto, ao registrar a entrada na EFD, o contribuinte atribuiu a NCM 0207.1400 para todas as operações.

Consultando as respectivas NCMs na Tabela do Sistema Harmonizado, diz que a mercadoria se apresenta com as seguintes formulações:

| NCM | DESCRIÇÃO |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 02.07 | Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05 |
| 0207.14.00 | Pedaços e miudezas, congelados |
| | |
| 0504.00 | Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). |
| 0504.00.90 | Outros |

Complementarmente, a tabela apresenta regras para interpretação da classificação dos produtos:

A classificação das mercadorias na Nomenclatura rege-se pelas seguintes Regras:

1. Os títulos das Seções, Capítulos e Subcapítulos têm apenas valor indicativo. Para os efeitos legais, a classificação é determinada pelos textos das posições e das Notas de Seção e de Capítulo e, desde que não sejam contrárias aos textos das referidas posições e Notas, pelas Regras seguintes:

2. a) Qualquer referência a um artigo em determinada posição abrange esse artigo mesmo incompleto ou inacabado, desde que apresente, no estado em que se encontra, as características essenciais do artigo completo ou acabado. Abrange igualmente o artigo completo ou acabado, ou como tal considerado nos termos das disposições precedentes, mesmo que se apresente desmontado ou por montar.

b) Qualquer referência a uma matéria em determinada posição diz respeito a essa matéria, quer em estado puro, quer misturada ou associada a outras matérias. Da mesma forma, qualquer referência a obras de uma matéria determinada abrange as obras constituídas inteira ou parcialmente por essa matéria. A classificação destes produtos misturados ou artigos compostos efetua-se conforme os princípios enunciados na Regra 3.

3. Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2 b) ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:

a) A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas. (grifos das Autuantes)

Todavia, quando duas ou mais posições se refiram, cada uma delas, a apenas uma parte das matérias constitutivas de um produto misturado ou de um artigo composto, ou a apenas um dos componentes de sortidos acondicionados para venda a retalho, tais posições devem considerar-se, em relação a esses produtos ou artigos, como igualmente específicas, ainda que uma delas apresente uma descrição mais precisa ou completa da mercadoria.

b) Os produtos misturados, as obras compostas de matérias diferentes ou constituídas pela reunião de artigos diferentes e as mercadorias apresentadas em sortidos acondicionados para venda a retalho, cuja classificação não se possa efetuar pela aplicação da Regra 3 a), classificam-se pela matéria ou artigo que lhes confira a característica essencial, quando for possível realizar esta determinação.

c) Nos casos em que as Regras 3 a) e 3 b) não permitam efetuar a classificação, a mercadoria classifica-se na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

4. As mercadorias que não possam ser classificadas por aplicação das Regras acima enunciadas classificam-se na posição correspondente aos artigos mais semelhantes

6. A classificação de mercadorias nas subposições de uma mesma posição é determinada, para efeitos legais, pelos textos dessas subposições e das Notas de subposição respectivas, bem como, *mutatis mutandis*, pelas Regras precedentes, entendendo-se que apenas são comparáveis subposições do mesmo nível. Na aceção da presente Regra, as Notas de Seção e de Capítulo são também aplicáveis, salvo disposições em contrário.

Assim, dizem, conforme o disposto na regra 3.a que destacam, a posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas, se podendo afirmar que a NCM correta para moela de frango inserida no Anexo I, item 11.35;0 do RICMS/BA, com as seguintes codificações e descrições:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|---------|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11.35.0 | 0207, 0209, 0210.99 e 1501 | Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves |

2. O Impugnante questiona que **bucho bovino Friboi** teria a NCM 0504 (DOC.4) atribuído pelo fornecedor, mas a Autuada atribuiu a NCM 0206, de modo que aqui também vale o argumento exposto para o item anterior, pois:

| NCM | DESCRIÇÃO |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 02.06 | Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e mular, frescas, refrigeradas ou congeladas. |
| 0206.29.90 | Outros |

| | |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 0504.00 | Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). |
| 0504.00.90 | Outros |

Assim, estando a NCM 0206 listada no Anexo I, item 11.32 do RICMS/BA, com as seguintes codificações e descrição:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|--------------|-------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11.32 | 0201, 0202, 0204, 0206 | Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados |

Do exposto, conclui-se que esta mercadoria está inserida no regime de substituição tributária.

Infração 02 (Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da legalmente prevista para as saídas escrituradas, conforme planilha “Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS – Operações Tributadas como não tributadas (NFe-s).

Na Defesa o Impugnante diz comprovar nas planilhas anexadas (DOCS. 5 e 5.1) que vários itens fiscalizados estavam sujeitos a recolhimento de ICMS-ST quando das aquisições, não havendo, portanto, recolhimento a menos de ICMS nas revendas, conforme exemplos extraídos das referidas planilhas.

Informa que analisando a listagem apresentada pelo Impugnante (DOCS 5 e 5.1), percebe-se que na descrição dos itens – Misturas para bolo – foi suprimida a informação de possuírem embalagens de 5 KG:

| Descrição DOC 5 | Descrição EFD |
|------------------------------------|---------------------------------------|
| MIST. BOLO D. BENTA NEUTRO PCT 1 | MIST. BOLO D. BENTA NEUTRO 1x1 5KG |
| MIST. BOLO PRE-MESCLA CHOC PCT 1 X | MIST. BOLO PRE-MESCLA CHOC 1x1 5KG |
| MIST. BOLO SARANDI LARANJA PCT | MIST. BOLO SARANDI LARANJA 1x1 5KG |
| MIST. BOLO D. BENTA CHOCOLATE PC | MIST. BOLO D. BENTA CHOCOLATE 1x1 5KG |

Entretanto, a mistura para bolo com embalagem de 5 KG está excluída do regime da ST, conforme item 11.14.3 do Anexo I do RICMS/BA:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|---------|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11.14.3 | 1901.2 1901.90.9 | Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 K |

Item CORANTE GUARANY – NCM 3204.1400

Informa ser pigmento em pó utilizado para tingir roupas e não possui sua especificação listada no Anexo I do RICMS/BA, ressaltando que em diversas manifestações, a Diretoria de Tributação da SEFAZ expressa que para a mercadoria ser inserida no regime de ST é necessário que sua NCM e respectiva descrição estejam listadas no Anexo I do RICMS-BA, o que não é o caso do Corante Guarany, de modo que sua NCM não está listada no item 16.2 do Anexo I do RICMS/BA:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|------|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 16.2 | 2821, 3204.17 e 3206 | Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19 |

Aduz que a descrição da mercadoria não corresponde ao item 16.3, pois não é corante para aplicação em bases, tintas e vernizes, posto que nesse item estão listados os pigmentos utilizados para tonalizar tintas e vernizes em pintura de paredes de alvenaria, madeiras, metais e afins.

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|------|------------------------------|-----------------------------------------------------|
| 16.3 | 3204, 3205.00.00, 3206 32.12 | Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes |

Infração 03

Informa que o item PIZZA FGO/CATU (Sadia, Seara e Aurora e todas as demais pizzas recheadas) NCM 1905.9090 (DOC 6), somente foi enquadrada no regime de substituição tributária a partir de 01/06/2018 com a edição da nova redação do item 11.28.1, do Anexo I do RICMS/BA.

Quanto às Infrações 04 (Uso indevido de alíquota interestadual em operações, cuja entrega efetiva ocorreu em estabelecimento situado na Bahia, conforme planilha Demonstrativo Débito a Menor – Erro na Aplicação da Alíquota (CFOP X UF) Operações com NFCE e 05 (Falta de recolhimento de ICMS DIFAL), informam o pagamento integral pelo Impugnante.

Concluem mantendo a exação.

É o relatório.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de cinco infrações.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais, e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 54, 55, 56 e 57, bem como do que se depreende da Impugnação, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-52 e CD de fl. 53); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Não havendo preliminar a ser apreciada, indo ao mérito do lançamento, de logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são considerados na apuração do saldo porventura devido, e sendo o caso, na imposição de penalidade ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Por terem sido expressamente reconhecidas devidas pelo Impugnante, as infrações 04 e 05 não integram essa lide administrativa, e por nada a ter que reparar quanto ao procedimento fiscal, as tenho como subsistentes.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência suscitado.

As demais infrações foram parcialmente reconhecidas na seguinte ordem:

| Infrações | Vlr. autuado | Vlr. reconhecido |
|---------------|------------------|------------------|
| 1 | 3.340,44 | 1.943,77 |
| 2 | 5.083,88 | 4.817,69 |
| 3 | 51.347,95 | 41.583,08 |
| Totais | 59.772,27 | 48.344,54 |

Para os valores Impugnados, as razões de defesa são:

Infração 01

1. “Moela de Frango Sadia”, da posição NCM 0504.0090 não estaria sujeita a ST, pois somente a moela de frango da posição NCM 0207.1400, consta do item 11.35 do Anexo I do RICMS.
2. **“Bucho bovino Friboi”** teria a NCM 0504 (DOC.4), atribuído pelo fornecedor.

Compulsando os autos, para o item 1 se observa aquisições de três fornecedores: Copacal/PR, Friato/GO e Sadia/BA, sendo que os dois primeiros atribuíram a NCM 0207.1400 e A Sadia a NCM 0504.0090. Entretanto, ao registrar a entrada na EFD, o contribuinte atribuiu a NCM 0207.1400 para todas as operações.

Consultando as respectivas NCMs na Tabela do Sistema Harmonizado, a mercadoria se apresenta com as seguintes formulações:

| NCM | DESCRIÇÃO |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 02.07 | Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05 |
| 0207.14.00 | Pedaços e miudezas, congelados |
| | |
| 0504.00 | Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). |
| 0504.00.90 | Outros |

Nesse caso, há uma dubiedade na classificação da mercadoria, que por haver repercussão na tributação, há que ser superada com as regras para interpretação da classificação dos produtos, expostas na Tabela TIPI, Decreto 8.950, de 29/12/2016, que tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias - que para o que aqui importa, acha-se reproduzida no relatório, parte relativa à Informação Fiscal e aqui emprestada para evitar desnecessária

repetição -, cuja orientação fundamental encontra-se no item “3a”, dispondo prevalência da posição mais específica sobre as mais genéricas.

No caso específico e conforme a disciplina citada, o Anexo I do RICMS/BA apresenta uma posição mais específica no item 11.35.0, contendo a NCM/SH raiz 0207, inclusive adotada por um dos fornecedores do mesmo produto para o contribuinte autuado, a qual prevalece alcançando toda “moela de frango” objeto da exação:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|---------|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11.35.0 | 0207, 0209, 0210.99 e 1501 | Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves |

Para a mercadoria do item “2” impugnado (Bucho bovino Friboi), segue-se o mesmo entendimento de interpretação para a sua classificação de NCM predominante. É que para o caso, ainda que o Autuado tenha corretamente registrado a mercadoria na EFD com a NCM 02062999, o Impugnante alega deva ser considerada a NCM atribuída pelo fornecedor (0504.00.90).

Vejamos a situação que conduz uma aparente dubiedade:

| NCM | DESCRIÇÃO |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 02.06 | Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, aininina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas. |
| 0206.29.90 | Outros |

| | |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 0504.00 | Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). |
| 0504.00.90 | Outros |

Sem embargo, do mesmo modo exposto para a superação da polêmica anterior, estando a NCM 0206 listada no Anexo I, item 11.32 do RICMS/BA, correta também é a exação fiscal relativa ao “Bucho Bovino”:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|-------|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11.32 | 0201, 0202, 0204, 0206 | Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados |

Infração 02

Para essa infração, a alegação defensiva é de que o valor remanescente se refere a operações de saídas de “Misturas para bolo” e “Corante Guarany NCM 3204.1400, que conforme planilhas anexadas à Defesa (DOCS. 5 e 5.1), seriam mercadorias que, ao contrário do que se lhe acusa, não ocorrem com tributação por serem enquadradas no regime de substituição tributária. Sem embargo, não há razão na alegação defensiva pelo seguinte:

Item MIST. PARA BOLO

Constam descritas e inseridas na EFD pelo próprio contribuinte autuado como possuindo embalagens de 5 KG. Portanto, não sujeita ao regime de substituição tributária, conforme item 11.14.3 do Anexo I, do RICMS/BA:

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|---------|------------------|--------------------------------------------------------------|
| 11.14.3 | 1901.2 1901.90.9 | Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha |

| | | |
|--|--|----------------------------------------------------------------------|
| | | de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 K |
|--|--|----------------------------------------------------------------------|

Item CORANTE GUARANY – NCM 3204.1400

Trata-se, no caso, de pigmento em pó utilizado para tingir roupas. Tal mercadoria não possui sua especificação listada no Anexo I do RICMS/BA e conforme entendimento firmado pela SEFAZ em pareceres da DITRI e Acórdãos deste CONSEF, para uma mercadoria ser inserida no regime de ST é necessário que sua NCM e respectiva descrição estejam listadas no Anexo I do RICMS-BA, de modo que sua NCM não se ajusta ao item 16.2 nem ao item 16.3 do Anexo I do RICMS/BA, este último relativo a corante para aplicação em bases, tintas e vernizes, posto que nesse item estão listados os pigmentos utilizados para tonalizar tintas e vernizes em pintura de paredes de alvenaria, madeiras, metais e afins.

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|------|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 16.2 | 2821, 3204.17 e 3206 | Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19 |

| ITEM | NCM/SH | DESCRIÇÃO |
|------|------------------------------|-----------------------------------------------------|
| 16.3 | 3204, 3205.00.00, 3206 32.12 | Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes |

Portanto, por não serem mercadorias sujeitas à substituição tributária, correta é a exação tributária pela Infração 02.

Infração 03

Ao modo que para a infração anterior, a alegação defensiva é que o valor remanescente se refere a operações de saídas de “PIZZA FGO/CATU.SADIA”, NCM 19059090, ocorridas em fevereiro 2018, que conforme planilha anexada à Defesa (DOC. 6), é mercadoria que, ao contrário do que se lhe acusa, não ocorre com tributação por serem enquadradas no regime de substituição tributária.

Sem embargo, também para esse caso falta razão à alegação defensiva, pois as operações com tal mercadoria – inclusive confirmadas pelo Impugnante – ocorreram em fevereiro 2018 e apenas a partir de 01/06/2018, as pizzas foram incluídas no regime de substituição tributária com nova redação do item 11.28.1, do Anexo I do RICMS/BA, dada pelo Decreto 18.406, de 22/05/2018.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0029/21-1**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 71.585,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os recolhimentos eventualmente efetuados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR