

A. I. Nº. - 269358.0003/21-2
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/04/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em cumprimento à legislação tributária vigente, o contribuinte não tem direito ao crédito fiscal nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, posto que tais operações se encontram com fase de tributação encerrada. O Autuado logra êxito em ilidir parcialmente a acusação fiscal. Infração subsistente em parte. Não deferida diligência ou perícia solicitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unanime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2021, exige crédito tributário no valor de R\$ 344.838,22, acrescido da multa de 60%, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.002.006 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019.

O Autuado impugna o lançamento fls. 41 a 52. Afirma que, representada pelo seu Procurador conforme identificado no documento de procuração anexo, onde deverá ser intimado de todos os atos concernentes ao presente processo administrativo, sob pena de nulidade, no caso da sua inobservância, uma vez que totalmente inconformado com a lavratura do auto de Infração em epígrafe, vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar sua defesa pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, cuja juntada e regular processamento à esta Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, ora requer.

Diz que vários erros são encontrados no presente PAF, conforme detalhamento a seguir.

a) produtos que não são da substituição tributária:

1 – **Massa para pastel e Massa para pizza** - aduz que vários julgados nesse CONSEF, bem como pareceres da DITRI, têm sido no sentido de que estes produtos não fazem parte da Substituição Tributária. Cita como exemplo os acórdãos: CJF nº 0240-12/19, CJF nº 0193-11/18. Assevera que esses produtos são massas que sofrem cozimento prévio na sua industrialização, sendo, portanto, pré-cozidas, indo de encontro ao que estabelece o Anexo I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13780/2012, em seu item 11.17.0, conforme *print* do referido Anexo.

Destaca ainda, que em Parecer da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, de número 11219/2010, muito referenciado nos julgamentos desse CONSEF, foi esclarecido que o critério para se determinar uma mercadoria enquadrada no regime de ST é a coincidência do código de NCM e respectiva descrição com aquele relacionado no Anexo I do RICM/2012.

Portanto, devem ser excluídos do levantamento, o produto massa para pastel e massa para pizza, encontrados no demonstrativo da infração no valor de R\$2.816,22.

2) **Batata palha** – diz que este produto, também não encontra respaldo na legislação, o seu enquadramento na Substituição Tributária. Esclarece que batata palha não deve ser confundido

com salgadinho industrializado, que se encontra na ST, pois a batata palha não tem a função de ser servido como um salgadinho de mesa, como aperitivo, e sim, como ingrediente de uma refeição.

Portanto, devem ser excluídos do levantamento os valores referentes ao produto batata palha, pois a própria NCM do produto (20052000), não se enquadra no Anexo I do RICMS (1905.90.9), no valor de R\$4.249,33.

3) **Bolinho de bacalhau** – Diz ser outro produto que não está na Substituição Tributária, e que foi inserido no demonstrativo da fiscalização. De plano, esclarece que o Anexo I do RICMS/BA estabelece que a NCM determinada para enquadramento na Substituição Tributária é a de número 1905.90.9, conforme está descrito em seu item 11.9.

Frisa que a NCM do bolinho de bacalhau é a de número 16042090, conforme se encontra no demonstrativo da fiscalização. Deveria ser observado tal codificação por parte do Auditor Fazendário ou até pelo próprio sistema da fiscalização. Pois, para se considerar enquadrado na Substituição Tributária, deve o item estar contido tanto em sua descrição, quanto na classificação na NCM. Neste caso específico, dos salgadinhos diversos, o bolinho de bacalhau não se enquadra. Valor deste item no demonstrativo do fiscal R\$678,34.

4) **Massa de arroz** - Outro produto sem previsão de enquadramento na Substituição Tributária, haja vista que o Anexo I do RICMS/BA se refere, dentro do item 11.17.0, a “massas alimentícias do tipo comum”, não sendo o caso da massa de arroz, pois a massa alimentícia comum é a massa extraída do trigo. Valor deste item constante do levantamento fiscal R\$1.736,00.

Argumenta que face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligência e perícia para se comprovar o erro do Fisco, com a consequente improcedência do presente auto de infração.

Por todo o exposto, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer seja reconhecida a improcedência do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada diligência fiscal, para que sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

O Autuante presta a informação fiscal fls.67/80. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Explica que vem prestar a Informação Fiscal pertinente ao Auto de Infração em consequência de auditoria fiscal desenvolvida na sociedade empresária Dalnorde Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda., na forma abaixo especificada.

Diz constatar que a discordância manifestada na defesa, se estabelece quanto aos produtos Massa p/ Pastel, Massa p/Pizza, Batata Palha, Bolinho de Bacalhau e Massa de Arroz.

Analisando os argumentos defensivos, declara constatar sua correção, haja vista que não há a identidade necessária de tais produtos com os elencados no Anexo I, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, em vigor na data de ocorrência do fato gerador do ICMS, considerando-se seu código NCM ou seu Código Especificador da Substituição Tributária – CEST, instituído pelo Convênio 92/2015. Afirmar tratar-se, portanto, de equívoco de parametrização dos produtos objeto da tributação no presente Auto de Infração.

Acrescenta reconhecer o acerto da jurisprudência do CONSEF mencionada pela defesa, aplicável sem dúvida ao presente caso e demais aspectos lógicos dos argumentos defensivos.

Opina, portanto, salvo melhor entendimento, pela exclusão dos produtos retro elencados da tributação objeto do presente processo, uma vez que a competência para modificação do crédito tributário após o lançamento, se constitui em atividade exclusiva deste Conselho de Julgamento, nos termos do artigo 2º do seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, sendo-lhe disponibilizados os meios para exercício desta competência, cumpridas as determinações do Artigo 8º, § 3º do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento, da representante da empresa Dr^a. Rebeca Brandão de Jesus, OAB/BA nº 58.327, que acompanhou a decisão.

VOTO

Preliminarmente, analisando os elementos que compõem o presente processo, sobre os aspectos formais, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, demonstrativos fls.07/36, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Dessa forma, o lançamento tributário contém os pressupostos materiais e essenciais que determinam sua validade, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, sem ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal ou perícia para se comprovar o erro do Fisco, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para apreciação do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, a análise feita em sede de informação fiscal, levou o Autuante a sanear os eventuais erros cometidos no levantamento fiscal apontados pela defesa. Assim, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, indefiro o pedido de diligência e perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o Autuado foi acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019.

O Autuado impugnou o lançamento fiscal objetivamente, a respeito das seguintes mercadorias elencadas no levantamento fiscal: Massa para Pastel, Massa para Pizza, Batata Palha, Bolinho de Bacalhau e Massa de Arroz. Argumentou que estes produtos, à época da autuação, não estavam enquadrados no regime de substituição tributária. Apontou a NCM com a respectiva descrição dos produtos, em associação àqueles constantes do Anexo I, do RICMS/BA. Para reforçar sua alegação, citou Acórdãos deste CONSEF e Parecer da DITRI apontando neste sentido. Ponderou que os valores referentes às citadas mercadorias deveriam ser excluídos do levantamento fiscal.

Em sede de informação fiscal, o Autuante declarou que após análise dos elementos questionados, acatava os argumentos defensivos, haja vista não haver a identidade necessária de tais produtos com os elencados no Anexo I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, em vigor na data de ocorrência do fato gerador do ICMS, considerando-se seu código NCM ou seu Código Especificador da Substituição Tributária – CEST, instituído pelo Convênio 92/2015. Concluiu tratar-se de equívoco de parametrização dos produtos objeto da tributação no presente Auto de Infração.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que a controvérsia se instalou em função de mercadorias constantes do levantamento fiscal, consideradas enquadradas no regime de substituição tributária, o que não daria direito a crédito fiscal ao contribuinte, por se encontrar com fase de tributação encerrada.

Vale registrar, que para se verificar a condição de determinada mercadoria no regime de substituição tributária, deve ser observada, necessariamente, a sua adequação ao código de NCM e à respectiva descrição constantes da norma respectiva. Existindo adequação entre o código de NCM e descrição do produto, prevalece a substituição tributária incidente sobre a operação.

Nesse sentido, se pronunciou a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda/DITRI, em Parecer número 11219/2010:

“Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição

tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

Neste caso, verificando-se que as mercadorias em comento estejam classificadas na nota fiscal com posição de NCM diversa, inclusive com descrição que não corresponde àquela contida na norma específica, ou seja, as mercadorias em comento não têm a descrição constante no Anexo 1 do RICMS-BA, o que afasta sua aplicabilidade à substituição tributária, devendo tais mercadorias serem excluídas da exigência fiscal.

Importante ressaltar, que nesse sentido se posicionou o Autuante, ao acatar os argumentos da defesa e se declarar pela exclusão dos produtos retro elencados da tributação, objeto do presente processo.

Neste caso, concluo pela subsistência parcial da autuação, devendo ser excluídas do levantamento fiscal as seguintes mercadorias: Massa para pastel e pizza R\$2.816,22; Batata palha R\$4.249,33; Bolinho de bacalhau R\$678,34, Massa de arroz R\$1.736,00, totalizando o valor a ser excluído de R\$9.479,89, conforme planilha demonstrativa abaixo reproduzida.

O defendente requereu ainda que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF sejam direcionadas ao seu advogado, no endereço indicado nas razões de defesa. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Constato que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido a irregularidade lançada na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos com o condão de afastar integralmente a acusação fiscal que resultou no crédito tributário exigido mediante o Auto de Infração em exame:

meses	2018	2019	
1	34.220,21	12.435,81	
2	22.242,46	13.274,87	
3	10.292,62	4.754,31	
4	20.145,71	12.581,92	
5	4.103,18	8.459,05	
6	26.744,10	7.681,54	
7	13.478,04	19.050,06	
8	18.049,76	12.829,75	
9	11.032,30	13.318,86	
10	5.113,78	7.214,61	
11	20.973,38	14.130,66	
12	5.711,61	17.519,74	
Total	192.107,15	143.251,18	335.358,33

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0003/21-2**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 335.358,33**, acrescido

da multa de 60%, prevista alínea ‘a’, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR