

A.I. Nº - 207150.0033/21-8
AUTUADO - FELPE DISTRIBUIDORA - EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBICAÇÃO - INTERNET 03/06/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. O contribuinte promoveu saída de mercadorias como se estivessem sujeitas ao regime de substituição tributária, que não constavam no Anexo 1 ao RICMS/2012. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2021, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$ 186.624,99, acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, para os fatos apurados em janeiro de 2019 a dezembro de 2020.

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

A autuada impugnou o lançamento, fls. 14 e 15, onde inicialmente reproduziu a infração, os dispositivos citados pelo autuante e em seguida, aduziu que houve um equívoco por parte do Auditor ao considerar os produtos, com a NCM 1905.90.90, lançando em sua planilha de cálculo, indo de encontro ao Anexo 1 do RICMS/2012, conforme Decreto nº 18.800, de 20/12/2018, com feitos a partir de 01/01/2019, onde consta no item 11.18.1 a NCM 1905.90.90, com o MVA original interno de 30%, 52,20% (alíquota 4%), 47,44% (alíquota 7%) e 39,51% (alíquota 12%), como mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária.

Conta que quando da aquisição das referidas mercadorias calculou e recolheu o ICMS, tendo informado no SPED-Fiscal, DMA mensal e nos livros de entrada, saídas e apuração do ICMS cujas cópias diz anexar aos autos, conforme exige o RICMS/BA, encerrando a cobrança do imposto.

Conclui ser incabível o Auto de Infração por entender que ocorreu confusão do agente fiscal, ao considerar os produtos com o NCM 1905.90.90 como tributada integralmente, ignorando o item 11.18.1 do Anexo do Regulamento do ICMS da Bahia e desconsiderando que das mercadorias já tinha sido calculado e pago o imposto antecipadamente.

Requer a anulação e arquivamento do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 18 e 19, onde registra que o lançamento se refere exclusivamente, ao fato de a empresa haver realizado operações com mercadorias tributadas como se não tributadas.

Destaca que a defesa se resume à assertiva de que a fiscalização considerou os produtos com a NCM 1905.90.90 como tributáveis, quando, no seu entendimento, estariam sujeitos ao regime da substituição tributária, conforme consta no item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/BA e que calculou e recolheu o ICMS das referidas mercadorias, conforme documentos anexos à sua defesa, sem, contudo, juntar qualquer documento que comprove tal recolhimento.

Ressalta que, para o produto estar sujeito à substituição tributária, não basta a coincidência do código da NCM, é mister que a descrição também seja coincidente.

Explica que o código indicado pela defesa, constante do Anexo 1 do RICMS, tem a seguinte descrição:

1905.90.90 - Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST. 17.062.02 e 17.062.03.

Afirma que os produtos relacionados nos demonstrativos anexados ao lançamento, com o código indicado, são salgadinhos industrializados, que já fizeram parte da substituição tributária, mas foram excluídos. A defesa não cita as mercadorias que estariam enquadradas no regime da substituição tributária, limitando-se à citação do código de NCM.

Acrescenta que os salgadinhos não podem ser considerados bolos e muito menos produto de panificação ou pizza, não se enquadrando, portanto, entre os produtos sujeitos à substituição tributária, devendo, por isso, serem tributados normalmente.

Pondera que apesar da afirmativa de que o imposto referente às mercadorias já havia sido calculado e pago antecipadamente, o contribuinte não juntou nenhum documento que comprovasse o recolhimento, nenhum demonstrativo, nenhuma cópia de documento de arrecadação.

Diz que a defesa possui um caráter meramente protelatório, devendo o Auto de Infração ser julgado procedente por ser medida de inteira justiça.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de não recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa de Pequeno Porte, não optante do Simples Nacional, estabelecido no município de Irecê e desenvolve a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.

O contribuinte foi notificado da lavratura do Auto de Infração em 12/11/2021, através de Aviso de Recebimento dos Correios, fls. 11 e 12, oportunidade que recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos, o que lhe permitiu entender a acusação, tendo apresentado a objetiva peça de defesa. Todo o processo e seus atos, atestam a observância ao princípio da ampla defesa e contraditório.

A defesa não argui nulidade do lançamento.

Ademais, verifico que o lançamento de 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 da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

A controvérsia gira em torno de uma única questão.

A defesa argui equívoco do Fiscal, ao considerar os produtos de NCM 1905.90.90 como tributada integralmente, ignorando, segundo afirma, o item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/BA, além de desconsiderar que sobre as aquisições das mercadorias relacionadas já havia calculado e pago o imposto antecipadamente.

Por sua vez, o autuante, esclareceu que para um determinado produto ser considerado sujeito à substituição tributária, não basta a coincidência do código da NCM, mas também que a descrição da mercadoria seja coincidente.

Traz a descrição do código NCM indicado pela defesa, constante do Anexo 1 do RICMS/2012, como 1905.90.90 - Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST. 17.062.02 e 17.062.03 e afirma que os produtos arrolados no lançamento, são salgadinhos industrializados, que já fizeram parte da substituição tributária, mas foram excluídos.

Quanto a afirmativa de que o imposto já havia sido recolhido antecipadamente, ressalta que o contribuinte não juntou nenhum comprovante de recolhimento.

Os fatos apurados no levantamento ocorreram entre janeiro de 2019 e dezembro de 2020.

Neste período o código NCM 1905.90.90, aparece no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019 e 2020, no item 11.18.1 com a seguinte descrição: “*Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03*”.

O Decreto nº 18.800 de 20 de dezembro de 2018, publicado no Diário Oficial de 21/12/2018, alterou o Anexo 1 do Decreto nº 13.780/2012, passando a vigorar com a redação onde o código NCM 1905.90.90, foi incluído no item 11.18.1, conforme transcrito:

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
11.0	PRODUTOS ALIMENTÍCIOS:					
11.18.1	17.062.01	1905.90.90	Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	52,20% (Alíq. 4%) 47,44% (Alíq. 7%) 39,51% (Alíq. 12%)	30%

Preliminarmente a essa discussão, cabe pontuar que há muito tempo, a posição da administração tributária baiana quanto a subsunção de certa mercadoria ao regime de substituição tributária, para considerá-la incluída no regime, há de coincidir o código NCM, assim como a descrição da mercadoria, simultaneamente, conforme explicitado no Parecer da DITRI nº 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, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item. “

Também na ementa do Parecer DITRI nº 25452/2012:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente. “Mochila esportiva” com NCM 4202.92.00 não está sujeita à substituição tributária. Art. 289 e Anexo 1, item 27.5 do RICMS/12.

Ainda posso citar o Parecer 12272/2013, cuja ementa reforça tal entendimento:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PROTOCOLO ICMS 20/05. Para fins de sujeição da mercadoria ao regime de substituição tributária disciplinado no referido acordo interestadual deve ser considerada tanto a descrição contida na norma, como a classificação fiscal (NCM) ali indicada.

No demonstrativo analítico da infração, conforme registros da autuada, o código NCM 1905.90.90, está associado aos itens: PLINC SHOW 20X50 g QUEIJO; PLINC PIMENTINHA 10X60 g PIMENTA; PLINC SHOW 20X50 g SALSA E CEBOLA; PLINC SHOW 20X50 g GALETO; PLINC SHOW 20X50 g SALSA E CEBOLA; PLINC SHOW 20X50 g CALABRESA; PLINC SHOW 20X50 g BACON; PLINC PURURUCA 10X70 g; PLINC PURURUCA 10X40 g LAMINADA LISTRADA; PLINC SHOW 20X50 g CHEDDAR; PLINC SHOW 20X50 g CHURRASCO.

Estes produtos contêm a marca do fabricante como identificação, trata-se de aperitivos denominados genericamente de salgadinhos, que neste caso são fabricados pela empresa cuja razão social é Plinc, sobre a qual, consta a seguinte informação no sítio <https://www.produtosplinc.com.br/>: “Com ampla variedade de produtos, entre pipoca doce, salgadinhos, pimentinha, pururuca, geladinhos e suco, a Plinc está no mercado desde 1979. As receitas e os sabores conquistaram o paladar de consumidores não apenas do interior de Minas Gerais, mas de todo o estado e também do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Goiás, Pernambuco, Sergipe, Bahia, Alagoas e Brasília”.

Disponível no sítio <https://cosmos.bluesoft.com.br/produtos/7896769800295-chips-plinc-queijo>; constam as seguintes informações:

“CHIPS PLINC QUEIJO Produto Registrado em Brasil;

GTIN/EAN: 7896769800295;

7896769800295 - CHIPS PLINC QUEIJO;

Antes de usar a NCM confira em receita.fazenda.gov.br;

NCM: 1904.10.00 - *Preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou de leite; produtos de pasteleria - Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (flocos de milho (corn flakes), por exemplo); cereais (exceto milho) em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados (com exceção da farinha, do grumo e da sêmola), pré-cozidos ou preparados de outro modo, não especificados nem compreendidos noutras posições. - Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação.*

CEST: 17.030.00 - *Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação* “.

Note-se a recomendação de uso da NCM 1904.10.10 para o produto CHIPS PLINC QUEIJO.

Também a NCM 1905.90.90, está associado aos itens FLITS SALGADINHO DE CHURRASCO 10X50 g; FLITS SALGADINHO DE QUEIJO 10X50 g; FLITS SALGADINHO DE PIZZA 10X50 g; FLITS SALGADINHO DE GALINHA 10X45 g; FLITS SALGADINHO DE CEBOLA 10X50 g; FLITS SNACKS GOL DE OURO 20X45 g PIZZA; FLITS CROMYS TUBETES AO LEITE 1 Kg, dentre outros sabores. Neste caso, trata-se de salgadinhos produzidos pelas indústrias Chip's Brasil, conforme informação disponível no sítio <https://industriaflits.com.br/>: “A indústria de alimentos Chip's Brasil, foi fundada em 2013 com o intuito de fazer excelentes produtos com foco na qualidade, a empresa é comprometida com seus consumidores e busca, cada vez mais oferecer o que há de melhor no setor alimentício, atendendo, dessa forma, às exigências do seu público que preza por qualidade e sabor”.

Ainda constam associadas a NCM 1905.90.90, os produtos descritos como: SNACKS GOL DE OURO 20X45 g CHURRASCO; SNACKS GOL DE OURO 20X45 g PIMENTA; FLITS SNACKS GOL DE OURO 20X45 g CEBOLA; SNACKS GOL DE OURO 20X45 g BACON e SNACKS GOL DE OURO 20X45 g GALINHA.

Informações disponíveis no dicionário <https://www.significados.com.br/>, explicam que *snack* é uma palavra em inglês, que significa lanche em português.

Snack pode ser um substantivo ou um verbo. O verbo *snack* é o mesmo que comer ou lanchar. No caso de ser um substantivo, refere a uma refeição pequena ou ligeira, onde a pessoa ingere uma porção pequena de comida ou bebida. É geralmente descrita como um lanche que é feito entre as principais refeições.

No caso, dos produtos tratados no levantamento, conforme constata-se descrito nos rótulos, trata-se de salgadinhos à base de farinha de trigo com adição de sabores diversos.

Os demais itens, minoria, com NCM's: 2005.20.00, 1806.90.00, 1904.10.00 e 9619.00.00 sequer aparecem no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigentes em 2019 e 2020.

Portanto, os produtos arrolados no levantamento, base do presente lançamento, são estavam incluídos na substituição tributária à época da ocorrência dos fatos geradores apurados, razão pela qual, as saídas desses itens deveriam ser normalmente tributadas, o que restou provado, não ocorreu.

A exigência do ICMS como calculado pelo autuante está correta, devidamente demonstrada, não assistindo razão as arguições da defesa.

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 **207150.0033/21-8**, lavrado contra **FELPE DISTRIBUIDORA - EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 186.624,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR