

A. I. Nº - 279462.0027/21-9
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não acolhidos os argumentos defensivos. Acusação subsistente. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. b) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Fatos demonstrados e comprovados nos autos. Argumentos defensivos não elidiram as acusações. Infrações 02, 03 e 04 mantidas, e infração 05 não impugnada. Acusações subsistentes. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Infração 06 mantida. 4. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA ATIVO FIXO E/OU DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração 07 não impugnada e reconhecida pelo autuado. Acusação mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência tributária no montante de R\$ 228.769,69 decorrente de Auto de Infração expedido em 11/08/2021 contendo as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.005 - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por antecipação tributária”. Conforme consta na planilha Demonstrativo do Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído. Exercício de 2017 em anexo”. Valor lançado R\$ 13.238,70, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 003.002.002 - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS – Operação Tributada como não tributada - (NF-es). Exercícios de 2017 e 2018 em anexo”. Valor lançado R\$ 13.238,54, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 003.002.002 - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS – Operação Tributada como não tributada - (NF-es). Exercícios de 2017 e 2018 em anexo”. Valor lançado R\$ 48.283,70, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 003.002.002 - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta na planilha: Demonstrativo Débito a menor Operações com ECF – Erro na Determinação da carga tributária. Exercício de 2017, em anexo. Saídas de mercadorias através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF”. Valor lançado R\$ 28.682,26, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 003.002.002 - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta na planilha: Demonstrativo Débito a menor Operações com ECF – Erro na Determinação da carga tributária. Exercício de 2017, em anexo. Saídas de mercadorias através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF”. Valor lançado R\$ 755,50, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 005.005.003 - “Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Deixou de lançar na Escrituração Fiscal Digital – EFD diversas notas fiscais emitidas para Consumidor – NFCe. Conforme conta nas planilhas: Demonstrativo ICMS destacado nas notas de consumidor eletrônicas não escrituradas: Exercícios 2017 e 2018 em anexo”. Valor lançado R\$ 75.996,01, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 – 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. Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo Débito Diferencial de Alíquota – Ativo/Material de Consumo – Exercícios de 2017 e 2018, em anexo”. Valor lançado R\$ 48.574,38, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “F” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 71 a 78, onde, após tecer considerações iniciais, destacou que por não concordar, nos limites aqui enfrentados, com a autuação realizada, vem apresentar sua contradita, nos termos que mais à frente se seguirão, esclarecendo que efetuou o pagamento integral alusivo às infrações nº 05, 06 e 07, e, parcialmente, quanto às demais conforme memória de cálculo anexa (DOC. 03), as quais, guias e comprovantes serão apresentados em Juntada Posterior.

Infração 01	6.133,19
Infração 02	12.191,89
Infração 03	35.578,83
Infração 04	25.789,23
Infração 05	755,50
Infração 06	75.996,01
Infração 07	48.574,38
Total da guia	205.019,03

Em seguida se reportou ao que denominou “Erros de Fato – Vícios na origem da ação fiscal intentada”, citando que o lançamento tributário, é ato administrativo que constitui o crédito tributário, correspondendo, a teor do art. 142, do CTN, como “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Acrescentou que por se tratar de ato administrativo vinculado, praticado por autoridade administrativa competente, o presente Auto de Infração revela-se passível, então, de conter vícios e erros, que, em sendo condizentes com as ocorrências fáticas diante das condutas de seus contribuintes, fará transparecer aquilo que se denomina como *ERRO DE FATO*, que, no caso desses autos, no que toca às operações fiscalizadas, se caracterizou pelo flagrante erro fiscal no plano dos “acontecimentos”, mencionando que no presente caso, justamente, está-se diante de ocorrência de avaliação absolutamente errônea das autuantes quando da análise das situações fáticas relativas às suas operações, para fins da constituição do crédito tributário pelo lançamento, estando, vertente caso, diante de “inexatidão ou incorreção dos dados fáticos” que dariam suporte à obrigação tributária, em manifesta situação de *erro de fato* em meio à pretensa tributação estadual, mencionando doutrina a este respeito.

Citou que as operações fiscalizadas, e, correlatas informações fiscais virtuais, de conhecimento desta Fazenda Estadual, transbordam das centenas de produtos, de operações e de informações,

todas supostamente sintetizadas nos documentos que lastrearam o Auto de Infração objurgado.

Pontuou, então, que é nesse sentido, que utilizando do critério de amostragem, vem demonstrar a ocorrência de *erros* quanto à apuração dos *atos* por parte da ação fiscal que acabou por “*se perder*”, em meio às suas inconsistentes constatações.

Neste sentido, passou a se reportar a infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, citando que demonstra, por meio da planilha anexa (DOC. 4) que vários dos produtos fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal imposta, não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS quando de suas aquisições (entradas no seu estabelecimento), não havendo, portanto, qualquer impedimento para a tomada e utilização de créditos fiscais relativos ao imposto, tal como efetuado, conforme os exemplos abaixo extraídos das planilhas referidas:

MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada	Demonstração do direito da Autuada
INFRAÇÃO 01 CEREAL MAT.NESTLE CORN FLAKES 1x20 240G Ref. jan/2017 NCM 19041000CFOP 1102 UF: BA	- Até 31/01/2017 apenas os SALGADINHOS nesta NCM eram sujeitos à ST, conforme 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA vigente à época, sendo o creditamento, portanto, regular. CFOP 1102 - Compra para comercialização.

Em relação à infração 02, consubstanciada pelo recolhimento a menor do ICMS, por erro na aplicação da alíquota, em operações de saídas tributadas, mas, porém, tomadas como não tributadas, através de NF-e, afirmou que comprova, 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 não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menor do ICMS em suas vendas, conforme se vê dos seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas:

MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada	Demonstração do direito da Autuada
INFRAÇÃO 02 MIST.BOLO PRE-MESCLA NEUTRO PCT Ref.: FEV/2017 NCM 19012000	- Este item estava sujeito à ST, conforme item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017, não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.
INFRAÇÃO 02 CORANTE GUARANY N16 MARINHO PC Ref.: MAR/2017 NCM 32041400	- Este item estava sujeito à ST, Produto sujeito a ST conforme item 16.3 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017 não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.

Ao se reportar à infração 03, relativa a recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação da alíquota, em operações de saídas tributadas, através de NFCs, pontuou que demonstra, por meio das planilhas anexas (DOC.6) que vários dos itens fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal imposta, também estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST quando de suas aquisições, não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menos do ICMS em suas vendas, consoante os seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas:

MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada	Demonstração do direito da Autuada
INFRAÇÃO 03 PIZZA CALAB.SEARA Ref.: FEV/2018 NCM 19059090	- Produto caracteriza-se como "produto de panificação não especificado" sujeito a ST conforme item 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS/BA não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.
INFRAÇÃO 03 PAO QUEIJO DUDUXO Ref.: JUL/2018 NCM 19012000	- Produto sujeito à ST, conforme item 11.14.1 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017, não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.

Naquilo que pertine à infração 04, relativa ao recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação de sua alíquota, em operações de saídas tributadas, tidas como não Tributadas, no contexto do EFC (Emissor de Cupom Fiscal), citou que apresenta, por meio das planilhas anexas (DOC. 7) que vários dos itens fiscalizados, ao contrário do afirmado na acusação fiscal imposta, estavam, também aqui, sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST quando de suas aquisições, não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menos do ICMS em suas vendas, como se vê dos seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas:

MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada	Demonstração do direito da Autuada
---------------------------------	------------------------------------

INFRAÇÃO 4 MASSA DUREPOXI CAIXINHA 1x12 100G Ref.: JAN/2017 CFOP 5405	- Produto sujeito à ST, "Outras argamassas" conforme item 8.3 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017 não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.
INFRAÇÃO 4 MIST.BOLO PRE-MESCLA MILHO 1x1 5K Ref.: FEV/2017 CFOP 5405	- Produto sujeito à ST, conforme item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017 não tendo havido recolhimento a menor do ICMS.

Requeru a conversão do processo em diligência para verificação pela fiscalização dos argumentos aqui prestados, os quais, ao seu entender, demonstram a insubsistência das partes impugnadas, indicando os assistentes técnicos para acompanhamento da diligência.

Concluiu pugando pela insubsistência da parte do lançamento que foi impugnada.

As autuantes apresentaram a Informação Fiscal de fls. 81 a 92, destacando, inicialmente, que o presente processo foi instaurado para o lançamento de crédito tributário da ordem de R\$ 228.769,69, decorrente de 07 (sete) infrações à legislação tributária do ICMS, tendo o autuado efetuado o pagamento integral das infrações 05, 06, 07, e parcial das demais infrações, conforme demonstrado no quadro constante na peça impugnativa, fl. 73, e comprovante de arrecadação anexo, fls. 93/94, e 112 a 114.

Ao ingressar ao mérito da autuação, comentaram que considerando a numerosa quantidade de itens de mercadorias comercializados pela empresa, nas mais variadas formas de tributação e alíquotas, é perfeitamente aceitável que haja equívocos na indicação da situação tributária de alguns itens, sem que isso signifique necessariamente o intuito de sonegação fiscal, observando que existem casos onde há divergência de entendimento quanto a NCM aplicável à mercadoria entre as indústrias fornecedoras, quando não, o autuado recebe a mercadoria com uma NCM e escritura-a com outra NCM como é o caso específico dos itens – moela de frango, mistura para pão de queijo, algodão e bebida Smirnoff ICE. Nesses casos, disseram, que levaram sempre em consideração a descrição da NCM na NESH/SH e subsidiariamente a repercussão tributária das mesmas no valor do ICMS recolhido (por antecipação ou por conta corrente fiscal).

Destacaram que observando as justificativas apresentadas na Impugnação, efetuaram os ajustes que consideraram pertinentes, uma vez que todas as infrações lançadas no presente processo derivam de algum erro na indicação da situação tributária do item de mercadoria, com consequente impacto no valor do ICMS recolhido pelo autuado, adotando a mesma metodologia utilizado pelo autuado, numerando os itens para que haja melhor clareza das informações.

Assim é que, quanto à **Infração 01** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Conforme conta nas planilhas Demonstrativo do Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído. Exercício 2017 e 2018 em anexo, observaram que nesta infração, o autuado questionou a tributação atribuída para o item **Cereal Matinal Nestle Corn Flakes**, afirmando que até 31/01/2017 apenas os Salgadinhos da posição 1904.1 estavam sujeitos a ST, conforme item 11.7 do Anexo I ao RICMS/BA.

Neste sentido disseram que, diferentemente do quanto alegado pelo autuado, este item de mercadoria esteve inserido no Anexo I durante todo o exercício de 2017, portanto, considera indevido o crédito fiscal utilizado.

Naquilo que se refere a **Infração 02** - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme conta nas planilhas Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS – Operações Tributadas como não tributadas (NF-es). Exercício 2017 e 2018 em anexo, destacaram que o autuado em sua defesa disse: “... Autuada comprova, 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 vendas, como se vê dos

seguintes exemplos extraídos das planilhas referidas (fl. 5).

A este respeito disseram que analisando a listagem apresentada pelo autuado denominada de DOCS 5 e 5.1 se perceberam que na descrição **completa dos itens de Misturas para Bolo** - foi suprimida a informação de que tais itens possuem **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

Destacaram que a mistura para bolo com embalagem de 5 KG está excluída do alcance da ST conforme consta no item 11.14.3 do Anexo I, abaixo transcrito:

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 Kg (grifos nossos) .

Com base nos argumentos supra mantiveram a autuação em relação a este item.

No tocante ao item - **CORANTE GUARANY** – NCM 3204.1400, pontuaram que trata de pigmento em pó utilizado para tingir roupas e não possui sua especificação listada no Anexo I, ressaltando que em relação a este item, as reiteradas decisões da Diretoria de Tributação da Sefaz/BA, que para uma determinada mercadoria estar inserida no regime de substituição tributária, 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, que é uma tinta em pó, solúvel em água quente e utilizado para tingimento de tecidos, pois, conforme descrito na própria embalagem do produto, é um corante para aplicação em poliamida (nylon), lycra, e seda natural.

Estando, portanto, excluído da ST, pois sua NCM não está listada no item 16.2 do Anexo I do RAICMS.

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

Acrescentaram, ainda, que a descrição da mesma 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 utilizadas para tonalizar tintas e vernizes utilizados para 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

Ao adentrarem à **Infração 03**, relativa a recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação da alíquota, em operações de saídas tributadas, através de NFCs, se referiu ao primeiro item impugnado, **RF. PIZZA CALABRESA** – (Sadia, Seara e Aurora e todas as demais pizzas recheadas), NCM 1905.9090, o mesmo somente foi alçado à condição de ST a partir de 01/06/2018 com a edição da nova redação do item 11.28.1 do Anexo I.

ITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO
11.28.1	1905.90.90	Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas;

Nota: A redação atual do subitem “11.28.1” foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18.

Quanto ao segundo item, **PÃO QUEIJO DUDOXO** – pontuaram que esse produto é à base de amido de mandioca e, mesmo tendo a NCM 1901.2, não é considerado ST porque, para se enquadrar na

posição 11.14.2 ou 11.14.0 do Anexo I o produto deve conter farinha de trigo e estar vinculado ao Protocolo 46/00 que alcança somente os produtos derivados de farinha de trigo, conforme abaixo, além de que conforme consta no próprio site do fabricante, esse produto não contém farinha de trigo em sua formulação:

ITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO	
11.14.2	1901	Mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final	Prot. ICMS 46/00
11.14.0	1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior ou igual a 25 Kg	

Ao adentrarem a **Infração 04** – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme conta nas planilhas Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS – Operações Tributadas, como não Tributadas (NFC-s). Exercício 2017, em anexo, assim se posicionaram:

Quanto ao item **Massa Durepox** – NCM 3214.9, afiançaram que o autuado registrou as entradas desta mercadoria da seguinte forma:

NCM	DESCRIÇÃO	QUANT.	CFOP	CRED. ICMS
32149000	Massa Durepox Caixinha 1x48	3,000	2403	-
32149000	100G	3,000	2102	33,35
32149000	Massa Durepox Caixinha 1x48	1,000	2102	11,11
32149000	100G	3,000	2102	33,35
	Massa Durepox Caixinha 1x48			
	100G			
	Massa Durepox Caixinha 1x48			
	100G			

Arremataram que todos esses itens de mercadorias foram adquiridos do Fornecedor Henkel Ltda./SP e, caso fosse sujeito ao regime da ST, deveria ter vindo com a retenção do ICMS-ST uma vez que o Estado de São Paulo é signatário tanto do Convênio de Tintas e Vernizes quanto do Protocolo de Material de Construção, afiançando, ainda, que caso esse item de mercadoria estivesse sujeito ao regime de substituição tributária deveria ter sido escriturado sem a utilização do crédito do ICMS, porém, não foi o caso posto que o autuado se apropriou dos créditos fiscais destacados nos documentos emitidos pelo fornecedor, citando, por fim, que o Anexo I lista essa NCM da seguinte forma: *Item 8.3 – NCM 3214.9 – Outras Argamassas*.

Quanto ao item MIST. **BOLO PRÉ-MESCLA MILHO 1 x 1 5KG**, sustentaram que todas as misturas para bolo listadas pelo autuado através do Doc. 7, possuem embalagens de 5kg e, conforme já explicado anteriormente, as misturas para bola dessa gramatura estão fora do alcance da ST.

Após destacarem que para as infrações 05, 06 e 07 o autuado efetuou o pagamento integral do débito, concluíram que após analisarem as justificativas trazidas pelo autuado, não as acolheu, mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Das 07 (oito) imputações constantes neste PAF, o sujeito passivo acolheu como devidas as atinentes as seguintes infrações: 05 no valor de R\$ 755,50, 06 no valor de R\$ 75.996,01 e 07 no valor de R\$ 48.574,38 as quais ficam mantidas. Em relação às demais infrações houve o recolhimento parcial do débito, ou seja, em relação a infração 01 recolheu R\$ 6.133,19, infração 02 R\$ 12.191,89, 03 R\$ 35.578,83 e 04 R\$ 25.789,23, cujo débito total recolhido, no valor original, atingiu o montante de R\$ 205.019,03 e valor atualizado o total de R\$ 255.449,93, os quais devem ser homologados, conforme extratos colhidos através do Sistema SIGAT de fls. 112 a 114.

Desta maneira, a lide remanesce parcialmente em relação as infrações 01, 02, 03 e 04 que adiante serão examinadas, as quais o autuado alegou ocorrência de erros de fato, que serão objeto de

análise quando do exame do mérito das citadas infrações.

Esclareço que não foram questionados pelo autuado aspectos relacionados à formalização do lançamento, que atende ao quanto previsto pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, razão pela qual adentro ao exame do seu mérito.

Foi requerido pelo autuado a realização de diligência para fim de elucidação da verdade material dos argumentos defensivos que apresentou, entretanto tal pedido fica indeferido, posto que, todas as alegações defensivas trazidas pela defesa foram devidamente apreciadas pelas autuantes, de forma objetiva, detalhada e fundamentada, cujos argumentos trazidos são suficientes para formação do meu convencimento como julgador, portanto, com base no Art. 147, I e II do RPAF/BA, indefiro o pedido de diligência formulado.

Dito isto, vejo que, no mérito, a **infração 01**, “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Conforme conta nas planilhas Demonstrativo do Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído*”, o autuado questionou a acusação atribuída para o item **Cereal Matinal Nestlé Corn Flakes**, afirmando que até 31/01/2017 apenas os Salgadinhos da posição 1904.1 estavam sujeitos a ST, conforme item 11.7 do Anexo I ao RICMS/BA.

Não acolho o argumento defensivo na medida em que, de forma correta, as autuantes sustentaram que, diferentemente do quanto alegado pelo autuado, este item de mercadoria esteve inserido no Anexo I durante todo o exercício de 2017, portanto, considera indevido o crédito fiscal utilizado.

Analisando a planilha elaborada pelo autuado, intitulada Doc. 4, constatei que a autuação se recaiu apenas para o mês de janeiro/17, período no qual o item 11.7 - “*Salgadinhos à base de cereais*” se encontrava incluído na ST. A partir de 01/02/2017, continuou na ST, porém classificado no item 11.8 – “*Produtos à base de cereais*”.

Portanto, como a autuação em relação ao citado item se restringiu ao mês de janeiro/17, subsiste o lançamento integralmente.

Infração 01 procedente no valor de R\$ 13.238,70.

No que diz respeito a **Infração 02**, relacionada a imposto recolhido a menos por erro na aplicação de alíquota, relacionada a operações tributáveis, consideradas como não tributáveis, a insurgência defensiva se deu em relação ao item “*Mistura para Bolo*”, que ao seu argumento se encontrava no rol da substituição tributária, razão pela qual é indevida a exigência tributária.

A questão envolvendo este item, conforme bem destacado pelas autuantes, é que o autuado, na descrição completa dos itens, suprimiu a informação de que tais itens possuem embalagem de 5 KG, consoante se verifica no quadro abaixo:

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

Destacaram as autuantes, corretamente, que a mistura para bolo com **embalagem de 5 KG está excluída do alcance da ST** conforme consta no item 11.14.3 do Anexo I, abaixo transcrito:

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 Kg (grifos nossos) .

No tocante ao item - **CORANTE GUARANY** – NCM 3204.1400, restou esclarecido pelas autuantes que se trata de pigmento em pó utilizado para tingir roupas e não possui sua especificação listada no Anexo I, ressaltando que em relação a este item, as reiteradas decisões da Diretoria de

Tributação da Sefaz/BA, que para uma determinada mercadoria estar inserida no regime de substituição tributária, 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, que é uma tinta em pó, solúvel em água quente e utilizado para tingimento de tecidos, pois, conforme descrito na própria embalagem do produto, é um corante para aplicação em poliamida (nylon), lycra, e seda natural, estando, portanto, excluído da ST, pois sua NCM não está listada no item 16.2 do Anexo I do RAICMS, abaixo:

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

Considero que a questão se encontra muito bem delineada pelas autuantes que ainda acrescentaram que a descrição da mesma 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 utilizadas para tonalizar tintas e vernizes utilizados para 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

Desta maneira, acolho os posicionamentos acima trazidos pelas autuantes e julgo inteiramente subsistente a infração 02 no valor de R\$ 13.238,54.

Naquilo que se relaciona à **infração 03**, que trata de recolhimento a menos do ICMS devido a erro na aplicação da alíquota em operações de saídas tributáveis, consideradas pelo autuado como não tributáveis, o autuado argumentou que vários dos itens fiscalizados, diferentemente da acusação fiscal imposta, também estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST quando de suas aquisições, não havendo, portanto, qualquer recolhimento a menos do ICMS em suas vendas, destacando como exemplo os itens **Pizza Calabresa** (fevereiro/18) e **Pão Queijo DUDUXO** (jul./18).

A este respeito, tal como procedido em relação aos itens anteriores, foco minha análise apenas em relação aos itens citados de forma específica pela defesa. Isto posto, considero que não podem ser acolhidos os argumentos defensivos na medida em que:

(i) **PIZZA CALABRESA** – (Sadia, Seara e Aurora e todas as demais pizzas recheadas), NCM 1905.9090, assiste total razão às autuantes quando afirmaram que este produto somente foi alçado à condição de ST a partir de 01/06/2018 com a edição da nova redação do item 11.28.1 do Anexo I.

ITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO
11.28.1	1905.90.90	Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas;

Nota: A redação atual do subitem “11.28.1” foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, e feitos a partir de 01/06/18.

(ii) **PÃO DE QUIJO DUDUXO**: Se trata de um produto à base de amido de mandioca e, mesmo tendo a NCM 1901.2, não é considerado ST porque, para se enquadrar na posição 11.14.2 ou 11.14.0 do Anexo I o produto deve conter farinha de trigo e estar vinculado ao Protocolo 46/00 que alcança somente os produtos derivados de farinha de trigo, conforme abaixo, além de que conforme consta no próprio site do fabricante, esse produto não contém farinha de trigo em sua formulação, consoante demonstrado pelas mesmas através de *print* colacionado à fl. 88:

ITEM	NCM/SH	DESCRIÇÃO	
11.14.2	1901	Mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final	Prot. ICMS 46/00
11.14.0	1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior ou igual a 25 Kg	

Desta maneira, acolhendo os posicionamentos acima trazidos pela autuante, julgo subsistente a

infração 03 no valor de R\$ 48.283,70.

Por fim, naquilo que se relaciona à **infração 04**, que trata de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação em razão de ocorrências de operações tributáveis, consideradas como não tributáveis, o questionamento defensivo expresso pelo autuado na peça defensiva se reportou aos produtos **Massa Durepoxi Caixinha 1 x 12 100g** (jan./17) e **Mistura para bolo Pré-Mescla Milho 1 x 1 5kg**, (fev/17) os quais o autuado afirmam se encontrarem enquadrados na ST, não havendo, portanto, de se falar em recolhimento a menos ou falta de recolhimento do imposto.

Mais uma vez não posso acolher os argumentos defensivos. Isto porque, quanto a **Massa Durepoxi**, o autuado adquiriu essa mercadoria tributada normalmente, com utilização dos créditos fiscais por ocasião das aquisições. Ademais, conforme pontuado pelas autuantes, tais mercadorias foram adquiridas do Fornecedor Henkel Ltda./SP e, caso fosse sujeito ao regime da ST, deveria ter vindo com a retenção do ICMS-ST uma vez que o Estado de São Paulo é signatário tanto do Convênio de Tintas e Vernizes quanto do Protocolo de Material de Construção.

Quanto ao item **MIST. BOLO PRÉ-MESCLA MILHO 1 x 1 5KG**, se trata de situação idêntica já examinado na infração 02, acima citada, razão pela qual mantenho o mesmo posicionamento ali externado.

Infração 04 subsistente no valor de R\$ 58.574,38.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração no valor de R\$ 228.769,69, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0027/21-9**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 228.769,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 152.773,68 e de 100% sobre R\$ 75.996,01, com previsão no Art. 42, incisos VII “a”, II “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR