

A. I. N° - 281394.0010/19-8
AUTUADO - RONDELI & RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/10/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Refeitos os cálculos, mediante revisão realizada pelo Autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Autuado consegue elidir a exigência fiscal, conforme revisão do Autuante. Infração insubsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada, conforme levantamento fiscal. Os cálculos foram refeitos pelo Autuante para excluir os valores comprovados pelo Contribuinte. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Imputação efetuada com base em levantamento de conta corrente fiscal. Revisão efetuada pelo Autuante concorda com as comprovações e alegações do contribuinte. Infração insubsistente. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, refere-se à exigência de R\$ 31.502,07 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 4.874,97.

Infração 02 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro e abril de 2018. Valor do débito: R\$ 3.282,67.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 20.920,67.

Infração 04 – 03.02.04: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 2.423,76.

O autuado apresentou impugnação às fls. 29 a 42 do PAF. Quanto à infração 01 alega que o fiscal se equivocou em algumas de suas análises, dentre elas, não foi observado que de acordo com o RICMS/BA apenas as misturas para bolo, com peso inferior a 5Kg é que são submetidas à

Substituição Tributária (ST). Contudo, na relação constante da planilha apresentada existem diversas misturas para bolo com igual embalagem de 5 kg e que, no entanto, são utilizados na padaria do próprio estabelecimento. Afirma que os produtos relacionados no AI são tributados, muito embora possuindo embalagens de 5Kg.

Já o produto *Yakisoba 600gr., Tipo Oriental Sadia UN*, se refere a produto alimentício congelado pronto para consumo. Portanto, trata-se de produto efetivamente tributado.

Também o produto *Waffle C/6 Tradicional Forno De Minas Un* se refere a um produto congelado tipo sobremesa, sendo, portanto, tributado.

Também afirma que é equivocado o tratamento tributário dado, pelo autuante aos produtos *Semola 1kg Di Grano Duro La Molisana Un* e *Semola 1kg Di Grano Duro La Molisana*. Esclarece que sêmola, nada mais é que um subproduto do trigo, que decorre da sobra após o processamento e a trituração da farinha a partir dos grãos mais duros. Sua classificação *NCM* é *1103.11.00* e, por não estar relacionado no anexo 1 do RICMS/BA, significa que sofre tributação normal.

Já o produto *Talco P/Pes 140gr Perfumado Barla Un* é um antisséptico *NCM* 3304.91.00 e, portanto, sofre tributação normal já que não está elencado no anexo 1 do RICMS/BA.

O produto *Painço Juparana 500gr*, trata-se de semente e, portanto, não pode ser considerado como ração, pois não supre todas as necessidades nutricionais do pássaro. Trata-se, pois, de produto tributado.

Os produtos *Lombo Suino Kg Pca Fatiar Condimento Ceratti KG* e *Lombo Suino Kg Pca Fatiar Ervas Finas Ceratti Kg* são embutidos conforme *NCM* 16024900 na nota fiscal de entrada nº 412681 e, assim, são tributados normalmente.

Frango Defumado Seara, Kg é produto adquirido de indústria situada no Estado da Bahia, conforme NF 2114330 e *NCM* 16023220. Portanto trata-se de produto é tributado.

O produto *Fibra Abrasiva 8077 Alklin Un* é esponja conforme *NCM* 68053090 e de acordo com as notas fiscais NF 120361 de 10/01/2018 e NF 118891 de 13/12/2017. Portanto, trata-se de produto tributado.

A Nota Fiscal 23691 de 29/03/2018 referente aos produtos *Carne Suína Carne Bisteca; Carne Bov; Chã Dentro; Bacon Kg Inteiro; Bacon Kg Def Resende; Farinha Trigo 1kg Tradicional Sarandi UN* foi emitida para cancelar a Nota Fiscal 23654 de 27/03/2018 conforme notas em anexo. A saída já havia sido tributada, por se tratar de venda para fora do Estado e o seu cancelamento, ou seja, a entrada, obviamente teria que ser emitida com destaque do tributo, para possibilitar anular a operação anterior.

O produto *Lâmpada Noturna Led 127v 0.6w Mini Kit G.Light Un de NCM 94054090* e *CEST 2112500* conforme NF 275331 de 30/01/2018 foi adquirida pela empresa Rondeli Comércio e Transporte Ltda e revendida para a empresa Rondeli e Rondelli conforme NF 123171 de 20/02/2018, portanto com tributação normal.

Os produtos *Amendoim 100gr Cara-Pina Guimaraes Un; Amendoim Confeitado 500gr Chocolate Dori Un*, tratam-se de amendoins doces na forma de confeito e, portanto, tributado.

Os produtos *Amendoim 500gr Torrado Juparana Um; Amendoim 500gr Torrado Moido Guimaraes Um e Amendoim Torrado 500g Torrado Alemão Kg* são amendoins descascados, torrados e moídos, (embora não salgados), que são utilizados na elaboração de bolos e doces, ou seja: utilizados na confecção de produtos alimentícios. Sendo, portanto, tributados. São produtos que apesar da *NCM* constar no item 38 do Anexo I do RICMS/BA, não se pode considerar como salgados – tipo “aperitivo”

Diante dos fatos elencados informa que reconhece apenas débito tributário no valor de R\$ 1.499,14, referente a esta infração.

Quanto à infração 02 – 03.01.01, salienta que o auditor fiscal incorreu em equívoco ao analisar os meses de 01/2018 e 04/2018, pois não foi observado que a diferença devida foi recolhida em DAE 2036 – ICMS ADIC FUNDO DE POBREZA como também todos os demais meses, portanto, não há diferença a recolher, conforme extrato de pagamento em anexo juntamente com os DAEs.

Quanto à infração 03, alega que o Autuante se equivocou nas alíquotas de saídas dos seguintes produtos: *Lenço Papel c/10 Bolso Misto Kleenex Un, Lenço Papel C/50 Box Misto Kleenex Un, Lenço Papel Lv60 Pg50 Box Misto Kleenex Un*, posto que se referem a lenço de papel e, portanto, a alíquota de saída destes produtos é de 18% e não 20%, pois não são lenços de “desmaquiar” e não constam na Instrução Normativa nº 05/2016 que relaciona os produtos considerados como cosméticos para incidência do adicional do fundo de pobreza.

Já os produtos *Ice 275ml Pet Green Apple Ice Off Um; Ice 275ml Pet Limao Ice Off UN; Ice 275ml Pet Tangerina Ice Off Um; Ice 275ml Vd Balada 51 Um; Ice 275ml Vd Kiwi 51 Um; Ice 275ml Vd Limao 51 Un e Ice 275ml Vd Limao Original Smirnoff Un*, são bebidas que possuem o teor alcoólico inferior a 8% e, portanto, são consideradas como ST conforme anexo I do RICMS/BA.

Os produtos *Hamburguer Bovino 360gr Gourmet Mix Pimenta Seara UM; Hamburguer Bovino 360gr Gourmet Tradicional Seara UM e Hamburguer Bovino 400gr Gourmet Angus Seara UN*, são produtos adquiridos diretamente da empresa SEARA e conforme notas fiscais 1840727 de 23/02/2018, NF 1872152 de 24/03/2018 e NF 1892143 de 14/04/2018 estes produtos possuem NCM 02023000 e se enquadram no anexo I do RICMS/BA, estando sujeitos à ST.

Os produtos *Granola 350gr S/ Gluten Ws Um; Granola 500gr Active Ws Um e Granola 500gr Caseira Ws Un* são produtos obtidos por torra de cereais e estão relacionados no item 11.8 no anexo I dos RICMS/BA e, portanto, são ST.

Os produtos *Gel Higienizador 500ml Blue Giovanna Baby Un e Gel Higienizador 500ml Classic Giovanna Baby Un*, são produtos definidos como sendo: álcool em gel higienizantes para as mãos, que não se acham elencados na instrução normativa nº 05/2016 e, portanto, são tributados à alíquota de 18%, ao invés de 20%, como pretende o autuante.

Os produtos *Chocolate 1.050kg Melken Amazônia 70%cacau Unique Un e Chocolate Granulado 50gr. Dihoje Un* são, obviamente, chocolates e estão elencados no anexo I do RICMS/BA e, portanto, são produtos ST.

Os produtos *Cast. Macadamia Kg C/Sal Torrada/Salgada Ceasa Granel KG e Castanha Macadamia 100g Lata Torrada/Salgada Coopmac Un* são produtos salgados do tipo “aperitivo” e estão elencados no item 11.9 no anexo I do RICMS/BA e, portanto, são ST.

Os produtos *Banha 1kg Refinada Seara Un, Banha 800gr. Sperandio Um* (NCM 1501) se encontra elencado no anexo I do RICMS/BA por ser *produto resultante do abate de suínos* conforme item 11.35.1.

O produto *Massa Lasanha 200gr Pre Cozida Semola Petybon Un* é uma massa alimentícia que vai direto ao forno e que foi adquirido pela empresa Rondelli Comercio de Transporte conforme NF 89329 de 15/01/2018 e vendida para a empresa Rondeli e Rondelli conforme a nota fiscal 121248 de 23/01/2018. Pode ser observado que o produto foi adquirido da empresa J. Macedo e está submetido à ST, como também, se encontra elencado no anexo I do RICMS/BA.

Diante dos fatos elencados informa que reconhece apenas débito tributário no valor de R\$ 11.481,87, referente a esta infração.

Quanto à infração 04, informa que o sistema de frente de loja instalado no estabelecimento KW, autorizado pela SEFAZ-BA, faz todas as importações que são armazenadas no sistema ERP, sistema este responsável pela geração de todas as informações prestadas ao Fisco, entre elas as de venda, compra, apuração de ICMS, PIS, COFINS, estoque, SPED e, por este motivo, afirma que não pode concordar com as imputações feitas nesta infração.

Alega que o Autuante, certamente por ocasião dos seus levantamentos, levou em consideração as vendas totais por produtos realizadas no dia, mas a importação é do sistema de frente de loja e feito por nota fiscal daí as diferenças apontadas sendo elas fruto única e exclusivamente por arredondamentos.

Para comprovar as alegações, diz que selecionou, por amostragem, o produto 615943 - *Açúcar Cristal 1kg Vida Um*, no período fiscalizado, e se observa que não existe a diferença encontrada pelo Autuante.

Registra que o Fiscal informou o valor de ICMS conforme sua planilha, ICMS 01/2018 - R\$ 2.459,81, 02/2018 R\$ 2.494,36, 04/2018 – R\$ 2.509,75, 05/2018 R\$ 2.366,95.

Afirma que conforme consta em no seu sistema, o ICMS pago no mês 01/2018 – R\$ 2.459,80, 02/2018 – R\$ 2.494,35, 04/2018 – R\$ 2.509,77, 05/2018 - R\$ 2.366,95 e como se pode observar, não existe diferença a recolher como menciona o Autuante, sendo a mesma, fruto de arredondamentos.

Conclui que, diante dos fatos acima relatados, não concorda com as informações autuante nesta infração, já que as informações contidas no SPED (escrituração fiscal) são geradas levando-se em consideração a venda de determinado produto por operação, ou seja, por nota fiscal e não a venda total diária do produto.

Por fim, alega que deve ser julgado improcedente este item do presente Auto de Infração.

Afirma que o Autuante, em interpretação puramente subjetiva, decidiu dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS-BA, com o fito exclusivo de cobrar imposto onde a lei não autoriza, nem permite.

Diz que houve grave equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de nova revisão fiscal a ser determinado por este Órgão Julgador, providência que se impõe e que, desde já, fica requerida, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Em face do exposto, requer seja, nos termos do quanto já esclarecido na peça defensiva, decretada a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 79/80 dos autos. Quanto à Infração 01, informa que foram retirados os itens contestados, restando a pagar o valor de R\$ 1.499,14.

Quanto à Infração 02 diz que o Contribuinte está correto. Os valores foram recolhidos com DAE 2036 (ICMS ADIC FUNDO DE POBREZA).

Sobre a Infração 03, informa que foram retirados os produtos Lenço Papel C/10 Bolso Misto Kleenex UN, Lenço Papel C/50 Box Misto Kleenex UN, Lenço Papel Lv60 Pg50 Box Misto Kleenex UN.

Retirados os seguintes produtos: Ice 275ml; Hamburger Bovino 400gr Gourmet Angus Seara UM, Hamburger Bovino 360gr Gourmet Mix Pimenta Seara UM e Hamburger Bovino 360gr Gourmet Tradicional Seara UM; Granola 500gr Caseira Ws UM, Granola 350gr S/ Gluten Ws UN e Granola 500gr Active Ws UM; Gel Higienizador 500ml Blue Giovanna Baby UM e Gel Higienizador 500ml Classic Giovanna Baby UM; Chocolate Granulado 50gr. Dihoje UN, NCM 1704.90.20 não está incluído no Anexo 01 do RICMS 2012. O produto Chocolate 1.050kg Melken Amazônia 70%cacau Unique UN, NCM 1806.31.10 também não está incluído no Anexo 01 do RICMS 2012 pois tem peso superior a 1KG. Macadâmia é uma noz e não está incluída no Anexo 1 do RICMS/2012. Nem no item 11.9 nem no 11.11. A NCM dos produtos é 2008.19.00.

Também foram retirados os itens Banha 800gr Sperandio UM, Banha 1kg Refinada Sadia UM, Banha 1kg Refinada Seara UM e Banha 480gr Sperandio UM e o produto Massa Lasanha 200gr Pre Cozida Semola Petybon UM.

Informa os novos valores apurados, totalizando R\$ 11.831,76, conforme quadro abaixo.

Mês	Valor
-----	-------

Janeiro	1.118,02
Fevereiro	929,91
Março	1.076,92
Abril	868,77
Maio	993,58
Junho	1.062,98
Julho	1.022,63
Agosto	908,73
Setembro	917,87
Outubro	972,41
Novembro	962,44
Dezembro	997,50

Quanto à Infração 04, informa que concorda com as alegações do contribuinte.

À fl. 99 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, constando como data de leitura/ciência 28/04/2022, e a concessão do prazo de dez dias para a manifestação. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, constando que foram apuradas quatro infrações à legislação tributária deste Estado, conforme descrição dos fatos e demonstrativos elaborados pelo Autuante. Foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, para se determinar a nulidade do lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência/revisão fiscal por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, inclusive a revisão efetuada pelo Autuante, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos por ele elaborados, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

O Defendente alegou que o Autuante se equivocou em suas análises, porque não foi observado que de acordo com o RICMS/BA, diversos produtos relacionados no AI são enquadrados com tributação normal, conforme indicou nas razões de defesa. Diante dos fatos elencados informou que reconhece apenas débito tributário no valor de R\$ 1.499,14.

Na Informação Fiscal, o Autuante disse que foram retirados os itens contestados, restando a pagar o valor de R\$ 1.499,14, concordando com as alegações defensivas. Demonstrativo à fl. 81 do PAF.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro e abril de 2018.

O Defendente alegou que o Autuante incorreu em equívoco ao analisar os meses de 01/2018 e 04/2018, pois não foi observado que a diferença devida foi recolhida em DAE 2036 – ICMS ADIC

FUNDO DE POBREZA como também todos os demais meses, portanto, não há diferença a recolher, conforme extrato de pagamento em anexo juntamente com os DAEs.

O Autuante informou que o Contribuinte está correto. Os valores foram recolhidos com DAE 2036. Portanto, a infração é insubsistente.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 20.920,67.

O Defendente alegou que o Autuante se equivocou nas alíquotas de saídas de diversos produtos, conforme indicado nas razões de defesa, informando que reconhece apenas débito tributário no valor de R\$ 11.481,87.

O Autuante analisou os produtos alegados pelo Contribuinte e informou que foram retirados da autuação fiscal, concluindo que apurou os novos valores, totalizando R\$ 11.831,76, conforme quadro que elaborou.

Infração 04 – 03.02.04: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

Foi alegado nas razões de defesa que o sistema de frente de loja instalado no estabelecimento KW, autorizado pela SEFAZ-BA, faz todas as importações que são armazenadas no sistema ERP, sistema este responsável pela geração de todas as informações prestadas ao Fisco, entre elas as de venda, compra, apuração de ICMS, PIS, COFINS, estoque, SPED e, por este motivo, afirma que não pode concordar com as imputações feitas nesta infração.

Afirmou que o Autuante, certamente, por ocasião dos seus levantamentos, levou em consideração as vendas totais por produtos realizadas no dia, mas a importação é do sistema de frente de loja e feito por nota fiscal daí as diferenças apontadas, sendo elas fruto única e exclusivamente por arredondamentos.

O Autuante informou que concorda com as alegações do contribuinte, portanto, essa infração é insubsistente.

Sempre que o autuado aponta fatos divergentes daqueles apurados no levantamento fiscal é determinada a realização de diligência para que sejam apurados esses fatos e analisada a documentação do Contribuinte, sendo de responsabilidade do preposto fiscal a análise dos documentos apresentados pela Defesa e elaboração de demonstrativos apurando a existência ou não de débito remanescente.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas. No presente caso, foi realizada revisão pelo Autuante, apurando os fatos alegados, ficando sob a sua responsabilidade a análise das alegações do contribuinte em confronto com o levantamento fiscal. Neste caso, se as informações prestadas refletem os novos dados constantes no levantamento fiscal, as conclusões devem ser acatadas.

Vale ressaltar que à fl. 99 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, constando como data de leitura/ciência 28/04/2022, e a concessão do prazo de dez dias para a manifestação. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

Constato que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que subsiste parte da exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	1.499,14
02	IMPROCEDENTE	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	11.831,76
04	IMPROCEDENTE	-
TOTAL	-	13.330,90

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 **281394.0010/19-8**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.330,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” e Inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA