

**PROCESSO** - A. I. Nº 269358.0003/21-2  
**RECORRENTE** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0037-03/22-VD  
**ORIGEM** - DAT SUL / IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 20/06/2023

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0149-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Analisando os autos, tem-se como assertivo o autuante na exclusão de alguns itens de mercadorias elencadas no levantamento fiscal, tais como: Massa para Pastel, Massa para Pizza, Batata Palha, Bolinho de Bacalhau e Massa de Arroz. Ao refazer o levantamento fiscal, deixou de excluir valores relativos a estes itens em alguns meses em detrimento de outros. Com base no § 3º, do artigo 164 do RPAF, feita as devidas correções, bem como excluindo da autuação os créditos referentes ao item arguido pela recorrente no presente recurso. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração Procedente em Parte. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente 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.*

Após as intervenções, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

**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 I 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
<b>Total</b>	<b>192.107,15</b>	<b>143.251,18</b>

335.358,33

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

As advogadas apresentam Recurso Voluntário às fls. 100-101, onde teceu o seguinte:

Consignou que, após o conhecimento da decisão de piso – onde concordou com as reduções solicitadas, volta em segunda instância para reiterar as alegações defensivas e trazer um fato

NOVO.

Alega que identificou na autuação produto que não faz parte da Substituição Tributária-ST, e que não teve análise quando da peça defensiva administrativa, o item MASSA VITARELLA P/LASANHA PRÉ COZIDA 200G, que pelo fato de ser pré-cozido, como diz sua própria descrição, cai na exceção trazida no Anexo I do RICMS/BA, conforme *print* a seguir:

11.17.0	17.049.00	1902.1	Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)	20%
Nota: A redação atual do subitem "11.17.0" foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18.							

Constatou que o item 11.17.0, do Anexo I do RICMS/BA discorre para que as massas alimentícias estejam na ST devem obedecer a situação de não serem cozidas, sendo assim, tendo em vista que o item MASSA VITARELLA P/LASANHA PRÉ COZIDA 200G possui prévio cozimento, requereu a realização de Diligência para retirada deste item, e outro similar que porventura a recorrente não tenha identificado, por ser permitido o crédito, e não tendo observado corretamente a Fiscalização quando da inclusão do mesmo no levantamento.

Finaliza a Procedência Parcial do Auto de Infração, ou que no mínimo, seja determinada diligência fiscal. Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em Direito.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da constatação de que a empresa *“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.”*

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

Em sua peça recursal, a recorrente se limitou a dizer que concordava com as reduções feitas pelo autuante em sua informação fiscal, onde foram excluídos os itens: Massa para Pastel, Massa para Pizza, Batata Palha, Bolinho de Bacalhau e Massa de Arroz. Entretanto trouxe a alegação de mais um produto incluído na autuação sendo que este não faz parte da Substituição Tributária, mais especificamente o item MASSA VITARELLA P/LASANHA PRÉ COZIDA 200G, que pelo fato de ser pré-cozido, como diz sua própria descrição, cai na exceção trazida no Anexo I do RICMS/BA.

Analisando o Anexo I do RICMS/BA, mais precisamente no item 11.17.0, podemos depreender que o mesmo trata de massas alimentícias e para que estejam enquadradas na Substituição Tributária devem obedecer a situação de não serem cozidas, sendo assim, tendo em vista que o item MASSA VITARELLA P/LASANHA PRÉ COZIDA 200G – NCM 1902.1900, possui prévio cozimento, assiste razão a recorrente e o mesmo deve ser excluído da infração, vejamos a descrição na íntegra:

Item	Cest	NCM	Descrição
11.17.0	17.049.00	1902.1	Massas alimentícias do tipo comum, <b>não cozidas</b> , nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03

De pronto, indefiro o pedido de diligência e o de perícia, por considerar os elementos contidos nos autos são suficientes (art. 147, I do RPAF), e desnecessário conhecimento técnico especial para solução da controvérsia (art. 147, II do RPAF).

Analisando os autos, entendo ter sido assertivo a atuação do autuante no que se refere a exclusão dos itens de mercadorias elencadas no levantamento fiscal, tais como: Massa para Pastel, Massa para Pizza, Batata Palha, Bolinho de Bacalhau e Massa de Arroz. Ao tempo que afirmou 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”. Entretanto, ao refazer o levantamento fiscal, deixou de excluir valores relativos a estes itens em alguns meses em detrimento de outros.

Com base no parágrafo 3º, do artigo 164 do RPAF, dou liquidez ao processo efetuando as devidas correções, bem como excluindo da autuação os créditos referentes ao item arguido pela recorrente no presente recurso, excluindo um total de R\$10.869,62 da autuação original, remanescendo R\$333.968,60, assim distribuído:

Ano	Mes	Autuado	Acatado	VllcmsDevido
2018	1	36.445,06	2.174,03	34.271,03
2018	2	23.349,31	1.569,84	21.779,47
2018	3	11.495,65	1.203,03	10.292,62
2018	4	21.004,40	840,21	20.164,19
2018	5	4.648,05	593,25	4.054,80
2018	6	27.770,79	1.026,69	26.744,10
2018	7	13.848,87	365,29	13.483,58
2018	8	18.774,39	1.130,50	17.643,89
2018	9	12.051,97	1.019,94	11.032,03
2018	10	5.113,78	-	5.113,78
2018	11	20.973,38	-	20.973,38
2018	12	5.711,61	74,86	5.636,75
2019	1	12.510,67	74,86	12.435,81
2019	2	13.274,87	-	13.274,87
2019	3	4.754,31	-	4.754,31
2019	4	12.662,85	80,93	12.581,92
2019	5	8.459,05	-	8.459,05
2019	6	7.681,54	-	7.681,54
2019	7	19.132,23	82,17	19.050,06
2019	8	12.910,66	80,91	12.829,75
2019	9	13.318,86	-	13.318,86
2019	10	7.295,52	163,55	7.131,97
2019	11	14.130,66	191,24	13.939,42
2019	12	17.519,74	198,32	17.321,42
<b>Totais</b>		<b>344.838,22</b>	<b>10.869,62</b>	<b>333.968,60</b>

De todo exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$333.968,60**, 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, 26 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS