

PROCESSO - A. I. Nº 279462.0027/21-9
RECORRENTE - ATACADÃO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0159-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0244-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que os produtos objeto da autuação são enquadrados no regime de substituição tributária e indevido a utilização dos créditos. Infração subsistente. Mantida a decisão. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS; b) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Comprovados nos autos que os produtos autuados não se enquadravam no regime de substituição tributária no período fiscalizado. Consequentemente, as operações subsequentes são tributadas. Mantida a decisão pela procedência das infrações 2, 3 e 4. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 11/08/2022, exigindo ICMS no valor de R\$ 228.769,69, relativo as sete infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2, 3 e 4 que acusam:

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 (2017) - R\$ 13.238,70. Multa de 60%.

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 - (2017 e 2018) - R\$ 13.238,54. Multa de 60%.

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 - (2017 e 2018) - R\$ 48.283,70. Multa de 60%.

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” - R\$ 28.682,26. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 126 a 134), inicialmente foi ressaltado que o sujeito passivo acolheu como devidas as infrações 5, 6 e 7. Com relação às infrações remanescentes apreciou que:

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.

Analizando 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, efeitos 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 146/152) por meio da advogada Ana Paula Ratti Mattar, OAB/SP nº 334905, inicialmente discorreu sobre as quatro infrações, afirma que juntou documentação para dar suporte a impugnação, requereu diligências que não foram acolhidas, motivo pelo qual interpôs recurso para reformar a decisão de primeira instância.

Preliminarmente suscita a nulidade do auto de infração sob o argumento de que solicitou a realização de diligências para conduzir a verdade material, corrigindo os vícios de origem do

lançamento, podendo até juntar documentação complementar, nos termos dos artigos 123, 136 a 138 e 145 do RPAF/BA, por ter sido cerceado o seu direito de defesa.

Discorre sobre “Erros de Fato” considerando no plano do acontecimentos “*dar como ocorrido o que não ocorreu*” valorando fato diverso do que o implicado na controvérsia ou no tema da inspeção.

No mérito, quanto a infração 1, que acusa utilização de crédito relativo a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, afirma que juntou planilha na qual indicou que vários produtos autuados não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, abaixo exemplificado.

| 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. |

No tocante à infração 2, que exige ICMS, por erro na aplicação da alíquota, afirmou que juntou duas planilhas a defesa (DOCS. 5 e 5.1) na qual indicou que vários produtos estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST, e não há tributação nas operações de saídas subsequentes, a exemplo de:

| MERCADORIA/OPERAÇÃO fiscalizada | Demonstração do direito da Autuada |
|--|--|
| INFRAÇÃO 02 MIST.BOLO PRE-MESCLA NEUTRO PCT 1 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 PCT 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. |

Quanto à infração 3, que acusa recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação da alíquota, afirma que juntou planilhas anexas (DOC. 6) para demonstrar que os itens fiscalizados, estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST e não há tributação nas operações subsequentes, a exemplo de:

| 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. |

Relativamente à infração 4, referente ao recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação de sua alíquota, argumenta que vários itens autuados tiveram recolhimento do ICMS-ST (DOC. 7) e não há tributação nas operações subsequentes, a 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 5KG 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. |

Requer conversão do processo em diligência, caso não anulada a decisão e retorno a primeira instância. se não acolhido, que sejam acatadas as provas juntadas ao processo e provimento ao Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração acusa cometimento de 7 infrações e interposto recurso relativo as de nºs 1, 2, 3 e 4.

O sujeito passivo suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que solicitou a realização de diligências para apurar a verdade material e corrigir vícios de origem do lançamento.

Constatado que todas as infrações foram descritas com clareza, se fazem acompanhar de demonstrativos que relacionam as notas fiscais devidamente escrituradas, com indicação dos produtos e dispositivos regulamentares infringidos, o que possibilitou exercer o direito de defesa, como o fez. Portanto, inexistem irregularidades na constituição do lançamento ao teor do art. 18 do RPAF/BA. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada. Quanto a alegação de existência de erros, serão apreciados no mérito.

Inicialmente nego acolhimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, a infração 1 acusa utilização indevida de crédito relativo a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação. O recorrente juntou planilha (doc. 4 – fl. 79) na qual indicou os produtos CEREAL MAT. NESTLE CORN FLAKES; GRANOLA TIA SONIA e CEREAL MAT. KELLOGGS com NCM 1904.1000 e GRANOLA KODILAR NCM 1904.9000, afirmando que até 31/01/2017 apenas os Salgadinhos da posição 1904.1 estavam sujeitos a ST, conforme item 11.7, do Anexo I do RICMS/BA.

Constatado que na defesa a empresa reconheceu devido R\$ 6.133,19 relativo ao mês 02/2017.

Portanto o questionamento refere-se ao mês 01/2017 em que na decisão foi fundamentado que “A partir de 01/02/2017, continuou na ST, porém classificado no item 11.8 – *Produtos à base de cereais*”.

A redação do Anexo 1 do RICMS/BA dada pelo Decreto nº 17.303/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017 estabelece:

| ITEM | CEST | NCM/SH | DESCRIÇÃO | Acordo Interestadual/Estado signatários | MVA nas aquisições de UF signatária de acordo | MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual | MVA nas operações internas |
|------|-----------|------------------|--|---|---|---|----------------------------|
| 11.8 | 17.030.00 | 1904.1 1904.9 | Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação | Não tem | Não tem | 81,64% (Alíq. 4%) 75,79% (Alíq. 7%) 66,34% (Alíq. 12%) | 55% |

Portanto, os produtos à base de cereais objeto da autuação possuem a NCM 1904.1 e 1904.9. Consequentemente correta a decisão recorrida fundamentando que os produtos estavam sujeitos ao regime de substituição tributária e indevida a utilização do crédito fiscal.

Mantida a decisão pela procedência da infração 1.

A infração 2 exige ICMS, por erro na aplicação da alíquota. No recurso interposto o sujeito passivo alegou que planilhas com a defesa (DOCS. 5 e 5.1) indicando produtos sujeitos ao ICMS-ST, a exemplo de “*Mistura para Bolo, Pizza, Corante*”, cuja saída subsequente não é tributada.

Conforme apreciado na decisão ora recorrida, embora o recorrente alegue se tratar de MIST.BOLO D.BENTA E SARANDI em PCT 1 KG, as mercadorias objeto da autuação referem-se à embalagem de 5 KG. Constatado que no demonstrativo elaborado pela fiscalização, a exemplo das Notas Fiscais nºs **1451763** de 04/06/2017 e **1451763** de 14/06/2017 trata-se de MIST.BOLO SARANDI COCO PCT 1 X 1 - 5KG.

Pelo exposto, conforme afirmado pelas autuantes e apreciado pela 4ª JF, a mistura para bolo com **embalagem de 5 KG está excluída da ST** conforme o item 11.14.3, do Anexo I do RICMS/BA:

| 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) . |

Da mesma forma, quanto ao item - CORANTE GUARANY – NCM 3204.1400, que o recorrente reapresenta a alegação defensiva de que estava sujeito a ST, conforme item 16.3, do Anexo I do RICMS/BA, na decisão recorrida foi apreciado que o Corante Guarany é uma tinta em pó, solúvel em água quente e utilizado para tingimento de tecidos, conforme descrito na embalagem, para

aplicação em poliamida (nylon), lycra, e seda natural, que a NCM não está listada no item 16.2 do Anexo I:

| 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 |

E também não se enquadra com a descrição contida no 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 |

Pelo exposto, não tendo apresentado qualquer fato ou argumento novo, considero correta a decisão recorrida, ficando mantida a decisão pela procedência da infração 2.

No tocante à infração 3, que acusa recolhimento a menos do ICMS, por erro na aplicação da alíquota, o recorrente reapresentou os argumentos de que nas planilhas juntadas com a defesa (DOC. 6) faziam prova de que os itens fiscalizados, estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST, a exemplo de PIZZA CALAB. SEARA, NCM 1905.9090 (Fevereiro/2018), conforme item 11.28.1 e PAO QUEIJO DUDUXO, NCM 1901.2000 (Julho/2018) conforme item 11.14.1, tudo do Anexo 1 do RICMS/BA de 2017.

Na decisão recorrida foi apreciado que PIZZA CALABRESA – (Sadia, Seara e Aurora e demais recheadas), com NCM 1905.9090, somente foi enquadrado no regime de ST a partir de 01/06/2018 com a edição da nova redação do item 11.28.1 do Anexo I, com redação dada pelo Decreto nº 18.406 de 22/05/18.

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

Ressalte se que a redação vigente em relação ao período fiscalizado até 01/06/2018 indicado no 11.28 do Anexo 1, contemplava a NCM 19.05.9020 – “*Outros pães e bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente; exceto casquinhas para sorvete e pão francês de até 200 g*”.

No que se refere ao PÃO DE QUEIJO DUDUXO, na decisão recorrida foi apreciado que é um produto à base de amido de mandioca e, mesmo tendo a NCM 1901.2, não é considerado na ST, tendo em vista que para se enquadrar na posição 11.14.2 ou 11.14.0 do Anexo I, deve conter farinha de trigo e estar vinculado ao Protocolo ICMS 46/00 que alcança somente os produtos derivados de farinha de trigo:

| 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 | |

Pelo exposto, verifico que o recorrente reapresentou os argumentos defensivos que foram apreciados na decisão ora recorrida e não fez prova de que tais produtos estavam enquadrados no regime de ST no período fiscalizado.

Assi sendo, fica mantida a decisão pela procedência da infração 3.

Relativamente à infração 4, referente a recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota, o recorrente reapresentou a alegação defensiva de que os produtos Massa Durepoxi Caixinha 1 x 12 100g (jan./17), contido no item 8.3 e Mistura para bolo Pré-Mescla Milho 1 x 1 5kg, (fev/17) contido no item 11.14.3 tudo do Anexo 1 do RICMS/BA.

Quanto a *Massa Durepoxi*, observo que o item 8.3 indica a NCM 3214.9:

| | | | | | | | |
|-----|-----------|--------|-------------------|---|--|--|-----|
| 8.3 | 10.003.00 | 3214.9 | Outras argamassas | Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ | 69,76% (Aliq. 4%) 64,45% (Aliq. 7%) 55,61% (Aliq. 12%) | 69,76% (Aliq. 4%) 64,45% (Aliq. 7%) 55,61% (Aliq. 12%) | 45% |
|-----|-----------|--------|-------------------|---|--|--|-----|

Entretanto, conforme apreciado na decisão recorrida as mercadorias foram adquiridas do Fornecedor Henkel Ltda./SP, tributadas normalmente, o autuado escriturou os créditos fiscais e não tendo ocorrido retenção ou antecipação do ICMS-ST, mesmo que o Estado de São Paulo fosse signatário tanto do Convênio de Tintas e Vernizes e do Protocolo de Material de Construção. Como não foi apresentado qualquer prova em contrário, considero correta a decisão de que o produto está sujeito a tributação normal.

Quanto ao item *MIST. BOLO PRÉ-MESCLA MILHO 1 x 1 5KG*, como apreciado em situação idêntica da infração 2, em se tratando de produto com embalagem de 5KG, não se enquadra na ST, visto que o item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/BA vigente no período fiscalizado indicava Misturas e preparações para bolo “*em embalagem inferior a 5 Kg*”.

Por tudo que foi exposto, fica mantida a decisão pela procedência da infração 4.

Voto pela manutenção da decisão pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0027/21-9**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente 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, prevista no Art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS