

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0012/17-0
RECORRENTES - FAZ. PÚBL. ESTADUAL e ATAKAREJO DIST. DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
RECORRIDOS - ATAKAREJO DIST. DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI e FAZ. PÚBL. ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0132-02/19
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0326-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** NOTAS FISCAIS. A defesa apresentou provas que indicam erro da situação tributária adotada pela Autuante em parte de seu levantamento fiscal. Infração subsistente em parte; **b)** CUPONS FISCAIS. A defesa apresentou provas que indicam erro da situação tributária adotada pela Autuante em parte de seu levantamento fiscal. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 27/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 214.488,25, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação de três infrações, sendo objeto do recurso tão somente as imputações 01 e 02, conforme abaixo:

Infração 01 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$ 3.374,13.

O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de notas fiscais constantes no anexo 4.1. **RECURSO DE OFÍCIO**

Infração 02 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. No valor de R\$ 211.004,62.

O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de cupons fiscais constantes no anexo 4.2. **RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO**

A Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 20 a 35. Concluiu pedindo pelo deferimento do pedido de revisão fiscal formulado, e que se julgue o presente Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, homologando-se os recolhimentos feitos por conta do reconhecimento de parte dos débitos, e excluindo os lançamentos das operações que não eram tributáveis.

A Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 82 a 96 onde alinhou os seguintes arrazoados:

Concluiu a informação fiscal em relação à infração 01 afirmando que o seu valor fica modificado de acordo com o DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.4 – DILIGÊNCIA. Portanto, conforme demonstrativo que indica, foi reduzido de R\$ 3.374,13 para R\$ 3.089,21.

Ao final concorda em reduzir o valor da infração 2 de acordo com o DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - ANEXO 4.5 – DILIGÊNCIA, de R\$ 211.004,62 para R\$ 192.288,37.

A Impugnante volta a se pronunciar, às fls. 189 a 197, para se manifestar acerca da informação fiscal.

Em conclusão defende que é clara a necessidade de realização de uma nova revisão fiscal, no sentido de se refazer o lançamento da infração 02, relativo às mercadorias que estão identificadas na cor amarela e como sujeitas ao regime de substituição tributária na planilha contida na mídia já anexada à impugnação no Doc. 02, à fl. 45, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, em razão do ICMS já ter sido devidamente recolhido.

Requer que seja determinado a devolução do processo para a ilustre Auditora autuante, de forma que a mesma tome conhecimento dos esclarecimentos ora prestados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento, agora levando em consideração todas as inconsistências identificadas na mídia (CD) anexada como prova em sua impugnação, de forma a não se limitar aos exemplos citados no corpo da defesa e desta manifestação.

Requer ainda que após a realização da nova revisão fiscal em relação às mencionadas infrações e da constatação dos equívocos cometidos, que seja o Auto de Infração julgado improcedente, para determinar a anulação dos itens mencionados acima, bem como de todos os itens que seguramente ainda serão reconhecidos pela Autuante em sua nova informação fiscal a ser produzida na sequência.

Em segunda informação decorrente do pronunciamento da defesa quanto a primeira informação fiscal prestada pela Autuante, esta se pronuncia às fls. 218 a 222, nos seguintes termos:

Diz, em relação ao argumento de que na revisão fiscal relativa à infração 1 a Autuante não teria observado os itens constantes na planilha do DOC 2, que de acordo com o art. 8º, IV do RPAF as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações e conforme o art. 143 do RPAF, de forma que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ao final concorda que o valor da infração 1 seja reduzido conforme os ANEXO 4.6 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2, do valor de R\$ 3.374,13 para R\$ 3.168,45.

Concluiu dizendo que o valor da infração 2 ficou reduzido conforme os ANEXO ANEXO 4.7 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 2. De forma que o valor da infração 02 passou de R\$ 211.004,62 para R\$ 186.459,25.

Pede ao final pede pela manutenção da ação fiscal considerando sua procedência parcial.

Na assentada para julgamento do dia 22/05/2018 o colegiado da 2ª JF decidiu pela remessa deste PAF à INFAZ de origem, conforme diligência à fl. 263 reproduzida a seguir:

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

REMESSA DOS AUTOS À REPARTIÇÃO FISCAL DE ORIGEM

Considerando que o Autuante trouxe em sua informação fiscal às fls. 218 e 241, esclarecimentos e apresentou novos demonstrativos em que corrigiu o levantamento fiscal original, tendo em vista comprovação da defesa de que a Impugnante teria classificado suas mercadorias com o NCM incorreto;

Considerando também havermos verificado nos autos que os referidos esclarecimentos e os novos demonstrativos não foram levados ao conhecimento da Impugnante.

Deve ser o presente processo remetido para Infaz de origem, por decisão do Colegiado da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, para que:

- 1. seja dada ciência à Autuada do teor da informação fiscal constante das fls. 218 e 241, e procedida a concomitante reabertura do prazo de defesa de 10 (dez) dias;*
- 2. seja a autuada intimada a apresentar todas as provas em seu poder em relação a alegação de que procedeu classificação incorreta referente ao NCM, para possibilitar à Autuante a proceder aos ajustes definitivos no levantamento fiscal;*
- 3. deve a Autuante, caso seja apresentado pela defesa novos argumentos defensivos, providenciar informação fiscal pertinente;*

Ao final, caso a Autuante tenha acatado as alegações defensivas e apresentado novos demonstrativos de

levantamento fiscal, deve ser cientificada a autuada desses referidos demonstrativos e da nova informação fiscal, devendo ser reaberto o prazo de 10 (dez) dias para, em querendo, possa a defesa se pronunciar.”

A defesa voltou a se pronunciar às fls. 269 a 275, diz que as infrações 01 e 02 devem ser ajustadas em virtude da NCM ter sido informada de forma imprecisa na EFD, tendo induzido à Autuante a erro por impossibilitá-la de identificar que as mercadorias constantes dos anexos 4.1 e 4.2, que apresentou em mídia à fl. 277 estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Afirma que em atendimento ao quanto solicitado na diligência à fl. 263 veio apresentar, desta feita, novamente uma planilha constante da mídia colacionada à fl. 277, onde afirma constar todas as mercadorias, distribuídas nos anexos 4.1 e 4.2, indicando suas NCMs corretas de acordo com as notas fiscais, sendo que às relativas à infração 01 – ANEXO 4.1 DOC. 02 fls. 280 a 287; infração 02 – ANEXO 4.1 DOC. 03 fls. 289 a 347; ambas as infrações – ANEXO 4.1 e 4.2 DOC. 04 fls. 349 a 404. Pede que o levantamento fiscal seja ajustado.

Após manifestação da Autuante requer seja julgado IMPROCEDENTE este Auto de Infração, para determinar a anulação dos itens mencionados acima.

A Autuante volta a se pronunciar às fls. 418 a 426, reproduz o texto da diligência, fl. 263, disse que a defesa anexou planilhas e notas fiscais para comprovar a NCM correta, e que arguiu que bucho bovino, figado e sarapatel são sujeitos a substituição e faz entrada com um código pai (COMPRA) e venda com outro código. Porém refuta a alegação dizendo que a alegação não procede, pois, analisando as saídas, também existe ITEM COMPRA o que entendeu desfazer a tese da recorrente.

Concluindo ao final que mediante as considerações apresentadas, mantêm a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações.

A defesa faz novo pronunciamento à fl. 437, disse ter encontrado dificuldades em analisar toda a documentação num curto espaço de tempo tendo em vista que os anexos colacionados pela informação fiscal contêm mais de 1000 itens, e pede prorrogação do prazo de em 15 dias, o qual foi deferido pelo Inspetor Fazendário.

A defesa se pronuncia mais uma vez fls. 442 a 454, e tratando do título “*INFRAÇÃO 01 – DA NECESSIDADE DE AJUSTE ATRAVÉS DA ANÁLISE DA PLANILHA CONTIDA NA MÍDIA/CD ORA ANEXADA*”, disse que a Autuante não reconheceu alguns itens como isento e nem como sujeitos ao regime da substituição tributária pelos motivos que apontou, mas que, contudo, vem demonstrar que houve alguns equívocos, conforme passou a demonstrar.

Abordando acerca do título “*INFRAÇÕES 01 E 02 - DA NECESSIDADE DE RECONHECER O BUCHO BOVINO E O SARAPATEL COMO MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*”, disse que apesar de a Autuante ter considerado que o **Sarapatel** e o **Bucho Bovino** possuem a NCM/SH 0504.00, e que, portanto, não estariam sujeitos à substituição tributária, a Impugnante ressalta que **o NCM/SH destas mercadorias são, na verdade, 0206.3000 e 0206.2990**, respectivamente, conforme se pode visualizar nas 02 Notas Fiscais em anexo (**Doc. 06**), razão pela qual elas são sim sujeitas ao regime da substituição tributária, por conta de estarem enquadradas no item 34 do Anexo I vigente no exercício de 2013, do RICMS/2012.

Inclusive, dizendo como forma de comprovar que as mencionadas mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária, colacionou também à presente manifestação as Instruções Normativas nºs 04/2009 e 04/2016 (**Doc. 07**) fls. 473 a 478, que se referem à Pauta Fiscal, tendo reproduzido em seu texto.

Rematou que da leitura das referidas IN nota-se que o bucho bovino e o sarapatel são sim sujeitos ao regime da substituição tributária, razão pela qual devem ser excluídos da infração 02.

Ressalta que em um caso idêntico ao presente (Auto de Infração nº 274068.0015/17-0), com as mesmas partes, a i. Autuante cancelou o Bucho Bovino por conta de ter reconhecido que o mesmo estava sujeito à substituição tributária, como se pode observar na informação fiscal que ora se colaciona (Doc. 08) fls. 480 a 481, que reproduziu.

Destacou ser clara a necessidade de realização de uma NOVA REVISÃO FISCAL, PELA PRÓPRIA AUDITORA, no sentido de se refazer o lançamento da infração 02, relativo às mercadorias mencionadas acima em virtude de as mesmas estarem sujeitas ao regime da substituição tributária, motivo pelo qual agiu corretamente o ora Peticionante ao ter deixado de recolher o ICMS no momento da comercialização.

Requeru também que após a realização da nova revisão fiscal em relação às mencionadas infrações e da constatação dos equívocos cometidos, que este Auto de Infração seja JULGADO IMPROCEDENTE, para determinar a anulação dos itens mencionados acima.

A Autuante se manifesta mais uma vez, fls. 484 a 487, diante das últimas alegações defensivas teceu as seguintes considerações reproduzidas na íntegra.

Explicou que se o Egrégio Colégio concordar com a metodologia o valor das infrações 1 e 2 ficarão conforme os ANEXO 4.10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4 e ANEXO 4.11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ECF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - DILIGÊNCIA 4", sendo que verificando os referidos anexos, a infração 01 foi reduzida de R\$ 3.374,13 para R\$ 2.992,66 e a infração 02 foi reduzida de R\$ 211.004,62 para R\$ 81.250,36.

Concluiu pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, pela procedência parcial do presente auto.

A defesa se pronuncia mais uma vez à fl. 538 e informou que apesar do acerto dos ajustes realizados até o momento, continua inconformado com o fato de as Massas para pizza, pastel e lasanha não terem sido consideradas como sujeitas ao regime da Substituição Tributária, nos termos dos Acórdãos nºs 0127-01/16 e 0168-01/16, dentre outros precedentes deste CONSEF.

Requeru ao final sejam os itens reclamados acima excluídos do levantamento fiscal.

A Autuante também voltou a se pronunciar a fl. 541, disse que a Impugnante nada apresentou de novo em sua última intervenção e ratificou suas informações fiscais constantes das fls. 82 a 161, 218 a 243, 418 a 431 e 484 a 531.

Pede pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

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

VOTO

(...)

Em relação à Infração 01 que trata da acusação de que a Impugnante teria realizado através de notas fiscais, operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a Impugnante reconheceu como devido o valor de R\$ 1.084,70, confessando que de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária e, portanto não estavam com a fase de tributação encerrada, mas que por equívoco saíram sem a devida tributação.

É importante registrar também que em relação à infração 02, que trata da acusação de que a Impugnante teria realizado através de cupons fiscais, operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a Impugnante também reconheceu parte da infração que perfaz o montante de R\$ 46.424,73, pois confirmou que de fato o ICMS deixou de ser recolhido em algumas das operações que não eram sujeitas ao regime de substituição tributária e assim foram consideradas.

(...)

Destarte, considerando que foi avaliado pela Autuante, em sede de revisão fiscal, todas as provas documentais apresentadas pela defesa em sua primeira manifestação;

Considerando que mesmo após a preclusão de seu direito de apresentar provas ainda lhe foi permitido trazê-las aos autos, em mais duas oportunidades após a impugnação vestibular, tendo sido objeto de avaliação e devido cômputo pela Autuante a favor da Impugnante;

Considerando que está precluso o seu direito quanto a apresentação de provas documentais, segundo art. 123 do RPAF, nada mais podendo trazer em sede de primeira instância administrativa;

Considerando que analisei todas as considerações apresentadas pela Autuante acerca do conjunto probatório e posso afiançar que estão absolutamente corretas as suas considerações e conclusões sobre as correções

aplicadas ao seu levantamento fiscal, conforme minudentemente relatado.

Considerando que após as diversas oportunidades de revisão, se verifica do último pronunciamento defensivo que a Impugnante ainda resiste apenas sobre as mercadorias: Massas para pizza, pastel e lasanha, por considera-las mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

Passo a tecer considerações sobre estas últimas, inicialmente abordando acerca das motivações esboçadas pela defesa que teve por espeque as decisões proferidas nos acórdãos n.ºs 0127-01/16 e 0168-01/16, das quais divirjo tendo em vista que estas decisões não levaram em consideração o fato de que estas mercadorias que têm por características serem pré cozidos, ou terem passados por qualquer outro tipo de preparo, que são elementos excludentes das mesmas do regime de substituição tributária, ex vi do item 33 e 33.1 do ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS 2012, reproduzido abaixo:

33	Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo
33.1	Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo ; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo – 1902.1; 1905; 1902.3

Destarte, acato as provas documentais consideradas pela Autuante até aqui produzidas pela defesa e as respectivas alterações propostas ao valor do levantamento fiscal e voto pela procedência parcial do presente auto de infração, considerando a aplicação do demonstrativo de débito a seguir:

INFRAÇÃO 01	
MÊS	VALOR JULGADO
jan-13	47,88
fev-13	528,55
mar-13	344,51
abr-13	892,74
mai-13	148,28
jun-13	131,65
jul-13	185,54
ago-13	51,77
set-13	80,77
out-13	76,63
nov-13	186,83
dez-13	317,51
TOTAL	2.992,66
INFRAÇÃO 02	
MÊS	VALOR JULGADO
jan-13	6.372,82
fev-13	4.920,93
mar-13	12.449,22
abr-13	5.625,65
mai-13	5.897,86
jun-13	7.962,08
jul-13	4.855,38
ago-13	6.940,83
set-13	6.753,18
out-13	7.045,82
nov-13	4.809,12
dez-13	7.617,49
TOTAL	81.250,38

Assim o presente auto de infração passa a ter seu valor corrigido quanto a infração 01 de R\$ 3.374,13 para R\$ 2.992,66 e quanto a infração 02 de R\$ 211.004,62 para R\$ 81.250,38, mantendo-se a infração 03 com o valor original de R\$ 109,50. Ficando o valor total reduzido de R\$ 214.488,25 para R\$ 84.352,52.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O patrono do recorrente ainda inconformado com a Decisão recorrida, apresenta Recurso Voluntário às fls. 591/596, onde teceu, tão somente na infração 2, o seguinte:

Refuta o desejo pela reforma do acórdão recorrido, pois afirma que para o valor mantido para a infração 02. Assim, o ora Recorrente se vale do presente recurso para demonstrar aos Ilustres Conselheiros que a infração 02 merece ser revisada, em razão, essencialmente, das “massas”

estarem sujeitas ao regime da substituição tributária.

Na infração 2, disse que embora já tenha havido uma redução significativa da infração em questão, o ora Recorrente ressalta que a mesma ainda contém inconsistências que acabaram gerando imposto a maior a ser pago, quais sejam: 1) massa para pastel; 2) massa para pizza; 3) massa para lasanha.

Esclarece que tais mercadorias, apesar de estarem previstas no item 33.1, do Anexo I do RICMS/12, os i. Julgadores não consideraram sujeitas ao regime da substituição tributária pelo fato de terem por característica serem pré-cozidas ou terem passado por qualquer outro tipo de preparo. Contudo, como se pode visualizar nas notas fiscais em anexo (**Doc. 01**), tais mercadorias contém a NCM/SH 1902.11.00, a qual se enquadra no item 33.1 do Anexo I, do RICMS/2012, vigente no exercício de 2013.

Assinala jurisprudência do CONSEF (A-0127-01/16) que comprova o alegado de que a pizza e a massa de pizza estão sujeitas ao regime de substituição Tributária. Pondera que no que se refere às massas de pastel, os i. Julgadores consideraram que a mesma não estava sujeita ao regime de ST. Contudo, como se pode visualizar nas notas fiscais em anexo (**Doc. 02**), tais mercadorias contém a NCM/SH 1902.11.00, a qual se enquadra no item 33.1, do Anexo I do RICMS/2012, vigente no exercício de 2013. Aponta também, na mesma decisão citada que serve como respaldo, discorre sobre as massas de pastéis estão sujeitas ao regime de substituição Tributária.

Finaliza requerendo Provimento do Recurso Voluntário apresentado para ajustar em definitivo o lançamento relativo à infração 02, no sentido de excluir desta as massas de pastel, pizza e lasanha, em razão de as mesmas estarem sujeitas ao regime da substituição tributária (item 33.1, do Anexo I, do RICMS/12).

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão Nº 0132-02/19) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$ 214.488,25 para o montante de R\$ 84.352,54, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada à decretação da procedência parcial das infrações 01 e 02, sendo este o objeto do Recurso de Ofício.

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi assim descrita: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de notas fiscais constantes no anexo 4.1, já a Infração 02, “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de cupons fiscais constantes no anexo 4.2”.*

A redução dos valores lançados estão associadas às exclusões feitas por parte da Autuante, e acatada pelo julgador de piso, quando excluiu diversos itens isentos, não tributados e incluídos na substituição tributária, tais como:

- *ATUM POSTAS VITALMAR 1KG
- *BATATA PALITO ONE FRY CONG P/FRIT 2.5KG
- *BOLA CAMBIO UNIV LUXCAR R5290 1UN
- *BROCOLIS FLORETE CONG SEARA 1KG
- BUCHO BOV CONG KG
- CANTONEIRA PLAST ASTRA KANT1 BR1 1UN
- CAPA P/PARAFUSO UNIV 8200 LUXTRO 4UN
- CARAMELO DOD S TOFFEE COB.CHOCOL 700GR
- COBERTURA NESTLE MARFIM 2300GR

Dentre outros...

Nego, portanto, Provimento ao Recurso de Ofício.

Relativamente ao Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, entretanto, a recorrente apenas se insurge contra a infração 02, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da constatação de que a empresa *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte deu saída de mercadorias tributadas como não tributada através de cupons fiscais constantes no anexo 4.2”*.

No mérito, o Sujeito Passivo se manifesta contra a manutenção dos itens: 1) massa para pastel; 2) massa para pizza; 3) massa para lasanha. A Recorrente alega que essas mercadorias autuadas estavam previstas no item 33.1, do Anexo I, do RICMS/12, e que os i. Julgadores não consideraram sujeitas ao regime da substituição tributária pelo fato de terem por característica serem pré-cozidas ou terem passado por qualquer outro tipo de preparo.

Examinando os autos, mais precisamente as notas fiscais acostadas no anexo (**Doc. 01 e 02**), fls. 598 a 604, pude constatar que as mercadorias citadas contêm o seguinte NCM/SH 1902.11.00-LASANHA PRE COZ FORTALEZA SEM 200GR, NCM 1902.10.00 - MASSA PASTEL MASSA LEVE ROLO 1KG e NCM 1902.3000 - MASSA PIZZA SABORINA MIN QD C/10 400GR.

Em relação a Massa de Pizza e Massa de Pastel, analisemos o que diz o art. 373 do RICMS/BA:

“Art. 373. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso I do caput.

(...)

§ 2º A antecipação tributária das mercadorias de que trata o caput alcança, inclusive, as operações internas subsequentes com macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, pães, pães de especiarias, torradas em fatias ou raladas e as misturas ou preparações para pães, desde que produzidas neste Estado.”

Por sua vez, o art. 379 da mesma norma regulamentar dispõe que o documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes.

Entendo da disposição supra, que os produtos resultantes da utilização da farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, tais como massa para pizza, massa para pastel e massa para lasanha, enquadrados na posição da NCM 1902, consideradas massas alimentícias não cozidas, nem recheadas nem preparadas de outro modo, não sofrerão incidência do ICMS nas operações de saídas promovidas pelo fabricante, haja vista que a antecipação tributária sofrida pelo trigo em grãos ou pela farinha de trigo alcança as operações subsequentes promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias e biscoitos.

No tocante ao destaque do ICMS no valor equivalente a 12% visa apenas à concessão de um crédito presumido para o destinatário compensar o imposto incidente nas operações subsequentes com os referidos produtos, que retornam à tributação normal no comércio (atacado e varejo). Ressalte-se que há o Parecer DITRI nº 10723/2009 nessa mesma direção.

Feitas essas considerações em frente à legislação vigente, podemos concluir que, a recorrente tendo atividade de comércio varejista, as saídas de massas de pizza e massas de pastel, sofrerão tributação normal, portanto, não estão incluídos na sistemática da substituição tributária.

Inclusive temos já acordo nessa linha:

ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/22-VD

De fato, a massa para pastel não se inclui no regime de ST por não se enquadrar na descrição da norma quanto à sua especificação de “outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”, tendo em vista que os produtos, objeto da exigência fiscal, são massas de pizza e de pastel, recheadas ou não, mas todas submetidas a processo de précozimento, resultado de uma fase de industrialização. É o que se observa no item 11.17.0 do Anexo I do RICMS/BA.

Já a Massa para lasanha, sendo pré-cozida, é tributada normalmente, porque a posição 33.1 do Anexo 1 do RICMS/BA só contempla as massas não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; não alcançando as massas pré-cozidas. Nessa mesma toada já temos voto proferido neste sentido através do Acórdão nº 0264-12/15.

Do exposto NEGÓ PROVIMENTO Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0012/17-0, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 84.352,54**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS