

A. I. N° - 269278.0005/20-2
AUTUADA - RONDELLI COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTE - SILVIO CHIAROT DE SOUZA
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0035-05/23-VD**

EMENTA: **ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Ajustes efetuados no levantamento fiscal reduziram a exigência. Irregularidade procedente em parte; **b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS.** Acatamento das razões defensivas. Irregularidade procedente em parte. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA ADOÇÃO DA ALÍQUOTA.** Acatamento parcial das razões defensivas. Irregularidade procedente em parte; **b) OPERAÇÕES SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL.** Acatamento parcial das razões defensivas. Irregularidade procedente em parte. **3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL.** Acatamento parcial das razões defensivas. Irregularidade procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpra inicialmente frisar que o presente relatório obedece às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, notadamente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da simulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

Lavrado em 30.6.2020, o Auto de Infração exige ICMS no valor histórico de R\$ 182.408,91, de seguinte descritivo:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em face de erro na adoção da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

INFRAÇÃO 04 – 07.01.01 – Deixou de efetuar pagamento de ICMS por antecipação, na qualidade de substituto tributário, em face de aquisições interestaduais de mercadorias.

INFRAÇÃO 05 – 07.01.02 – Pagou a menor ICMS por antecipação, na qualidade de substituto tributário, em face de aquisições interestaduais de mercadorias.

Valores, fatos geradores e enquadramentos de cada irregularidade apostos no corpo do lançamento de ofício.

Documentos apensados pela fiscalização (fls. 12/89).

Em sua defesa (fls. 94/103), o contribuinte, não necessariamente nesta ordem:

Invoca a nulidade “do levantamento, em face dos equívocos na elaboração dos citados demonstrativos” (sic.). Isto porque neles o fisco envolveu várias situações em que não cabia a cobrança da tributação pretendida.

Logo, a autuação padece de vício insanável, pelo fato dos levantamentos estarem deficientes ou mal elaborados, resultando em cobrança indevida de tributo. Neste sentido, traz precedente administrativo do Pará.

Ataca o mérito, irregularidade a irregularidade.

Concernente à Infração 01:

A auditoria relacionou alguns produtos dentro da substituição tributária (ST), mas que, na verdade, não detinham essa característica tributária. Dentre eles considerou que os *amendoins se enquadrariam como salgadinhos diversos*, conforme Anexo I do RICMS/BA no item 11.8. Para comprovar o equívoco, anexa à presente defesa parte do NESH (Notas explicativas do sistema harmonizado de designação e codificação de mercadorias) que contém as descrições técnicas das mercadorias e as indicações práticas internacionalmente aceitas quanto à classificação e à identificação das mercadorias para demonstrar que, apesar da NCM dos referidos produtos corresponderem ao que está no anexo I do RICMS/BA, não poderiam ser classificados como sendo um produto ST, pois as suas características não correspondem ao que está descrito no Anexo I. Para melhor demonstração, faz um levantamento destas mercadorias através das notas fiscais de entradas comprovando o NCM das mercadorias e anexando fotos dos mesmos, a saber:

Os produtos 549649 – *Amendoim Cara Pina*, NCM 2008.11.00, que na sua descrição informa que é um produto com açúcar cristal, amendoim e glicose conforme NF 5350 e NF 117770.

Os produtos 839434 – *Amendoim Amafil*, NCM 1202.42.00, amendoim com casca beneficiado, que serve de ingrediente para uma receita junina, conforme NF 24061.

O produto 692760 – *Amendoim Torrado Juparana*, NCM 2008.11.00, é sem casca e torrado conforme NF 24977 e NF 3324.

O produto 497053 – *Amendoim Torrado Guimaraes*, NCM 2008.11.00, é o amendoim torrado e moído sem açúcar, pertencente a linha culinária e servindo como ingrediente para confecção de receita junina, conforme NF 2843.

O produto 607150 - *Amendoim Confeitado 500gr Colorido Dori Um*, NCM 1704.90.20, é um amendoim doce tipo confeito, conforme foto em anexo e conforme NF 35159 e NF 620477.

O produto 123560 - *Amendoim Desc. 500gr Descascado Juparana UM*, NCM 1202.42.00, é o amendoim torrado e descascado, conforme NF 35822 e NF 13811.

O produto 249491 - *Amendoim Descascado 500gr Yoki Um*, NCM 1202.42.00, conforme NF 409596.

Os produtos 832847, 832871, 832863, 832855, 855456, 855430, 855448, 187887, 187917, 187950, 188000, 188026, 187925, NCM 1901.90.90 são, conforme as notas fiscais NFe 186269, 57121 e 12098, *misturas para bolo produtos adquiridos para padaria com 5kg*, conforme consta no anexo I do RICMS/BA no item 11.14.13 - Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg, de modo que não foi observado que nossa embalagem é de 5kg, não sendo considerado como ST; registre-se pois que o autuante incorreu nesse equívoco em relação ao produto: misturas de bolo de 5kg, visto que o contribuinte não concorda com a autuação destes produtos, já que os considera sujeitos à tributação normal.

Do exposto, reconhece, nesta parte, apenas o débito no valor de R\$ 350,85.

Concernente à Infração 02:

A auditoria alcançou notas fiscais em que, supostamente, existiria o uso indevido de crédito. Mas em relação as notas fiscais de empresas industriais do simples nacional situadas na Bahia, conforme RICMS/BA Art. 269, X, são concedidos à empresa normal créditos presumidos de 12%,

em opção ao crédito fiscal informado na nota fiscal, nos termos do art. 57 do mesmo regulamento. Logo, pode ser observado que o contribuinte deixou, até mesmo, de se creditar do imposto presumido no valor de R\$ 1.403,41 referente às notas fiscais NF 7137, 450, 592 e 611.

Em relação às notas fiscais de empresas optantes pelo simples nacional, oriundas de outros estados, apropriou-se do ICMS conforme art. 57 do RICMS/BA, constante nas informações complementares das referidas notas fiscais.

Do exposto, reconhece, nesta parte, apenas o débito no valor de R\$ 1.571,87, referente às notas fiscais 22964, 1595 e 286544, o que pode ser comprovado conforme planilha que elaborou.

Concernente à Infração 03:

Verificou na planilha disponibilizada pelo fisco que os cosméticos, entre janeiro de 2016 a 09 de março de 2016, foi incluída a alíquota de 20%, quando o correto seria de 17%, pois a alteração das alíquotas se deu de acordo com a Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 10/03/16.

Os produtos 219100 - *Biscoito 320gr Sequilhos Laranja Bom Biscoito Un* e 219096 - *Biscoito 320gr Sequilhos Nata Bom Biscoito Um*, são da ST, pois estão elencados no Anexo I RICMS/BA, item 11.21, até 09/03/2016, e no item 11.20-A. a partir de 10/03/2016.

Os produtos 681997 *Biscoito Sequilhos 100gr Coco Vitarella UM* e 682004 *Biscoito Sequilhos 100gr Leite Vitarella Un*, estão no Anexo I RICMS/BA, item 11.20.

O produto 609110 *Flocos Arroz 500gr Confeiteiro Harald Un*, está dentro do regime da ST, por se encontrar no Anexo I do RICMS/BA, item 11.8.

Os produtos 198757 e 203157 referem-se a leite de cabra, amparado por isenção, conforme RICMS/BA, art. 265, h.

O produto 686328 *Pad. Mousse Chocolate Kg Chocolate Nestle Diversos Un* é chocolate com NCM 1806.3220, conforme NF 515717 emitida pelo fornecedor Nestle Brasil Ltda, que vem com o imposto recolhido por substituição tributária, além de estar elencado no Anexo I do RICMS/BA.

O produto 676551 *Papel Manteiga 30cm x 4mt Manteiga Super Un*, NCM 4806.2000, adquirido do fornecedor *Bio Plastic Industria e Comercio de Embalagens Ltda*, conforme NF 45986, está elencado no Anexo I, item 12.15 do RICMS/BA, inclusive como consta nas Notas Explicativas NESH, pois o produto é considerado papel impermeável a gorduras, de sorte que em face de suas características é considerado papel vegetal, pertencente à ST.

O produto 879959 *V.Tto 720ml S/ Álcool Seco La Dorni Un*, NCM 2202.9900, conforme NF 126 do fornecedor Sobrieta Comércio de Alimentos Bebidas Especiais Eireli é considerado como “tipo” de suco de uva, pois sua fermentação é feita sem o uso de álcool, portanto produto tributado a 18%, ao invés de 27%.

Do exposto, reconhece, nesta parte, apenas o débito no valor de R\$ 26.953,55.

Concernente à Infração 04:

No mês 06/2017 foi observado que na planilha fiscal, INFRAÇÃO 04-07.01.01_RESUMO, o valor de ICMS ST informado foi de R\$ 6.007,01, embora na planilha Inf 04-07.01.01_Lista de NF (2), esteja informado o valor de R\$ 488,06 no mesmo mês. Assim, o total correto desta infração é de R\$ 84.220,83, ao invés de R\$ 89.739,78.

As notas fiscais 142690, 146036, 148172, 148173, 149620, 150859, 157932 e 158813 do fornecedor Vilheto Alimentos Ind e Com Ltda, CNPJ 10.361.097/0001-11, e as notas fiscais 196955, 199403 e 201823, do fornecedor Frigorífico Irmãos Reis Ltda, CNPJ. 53.430.997/000186, se referem aos produtos Charque e Jerked Beef, de modo que, conforme consta no Anexo I do RICMS/BA, item 11.27, estes produtos estão como exceção e, portanto, não há o que se falar de ICMS ST.

As notas fiscais 2510, 2591, 2595, 406, 135810, 145783, 806 e 807 acobertam materiais de escritório como cartolina, papel ofício, bobina, caneta, formulário contínuo etc., produtos adquiridos para uso e consumo da empresa, sendo registrados na escrita fiscal pelo CFOP 1.556 e 2.556 e, portanto, não é devido o ICMS ST destas notas fiscais. Anexa, inclusive demonstrativo DIFAL. As notas fiscais 806 e 807 foram escrituradas no mês 01/2018, conforme consta no SPED fiscal, portanto, o ICMS DIFAL foi pago no mês em referência.

As notas fiscais nº 95, 96, 557 2508, 49293 foram canceladas pelo próprio emitente e portanto não deve ser cobrado o ICMS ST.

As notas fiscais 553 e 554 dizem respeito a operação não realizada e, portanto, não é devido o ICMS ST.

Adiciona que muitas notas fiscais foram canceladas pelo próprio fornecedor, sendo emitida uma nota fiscal de entrada anulando a operação como devolução de vendas, outras entradas sendo indevido o ICMS ST. São elas:

NF's 594, 520, 697, 695 e 696, canceladas pelas notas fiscais 619, 620, 706, 707 e 708, respectivamente, do fornecedor Papel e Jeans Eireli Me, CNPJ 24.626.993/0001-70.

NF's 1495104 e 1495106, canceladas pelas notas fiscais 16131 e 16132, respectivamente, do fornecedor Pastifício Santa Amália S/A, CNPJ 22.229.207/0001-75.

NF 285968, cancelada pela nota fiscal 2599, do fornecedor Aurora Bebidas e Alimentos Finos Ltda, CNPJ 61.296.646/0001-52.

NF 400646, cancelada pela nota fiscal 400828, do fornecedor Wickbold e Nosso Pão Ind. Alim. Ltda CNPJ 62.691.043/0010-09.

Sobre as notas fiscais de nº. 34799, 35760, 37712, 37959 e 39040, o ICMS ST devido foi pago através de DAE em separado, conforme comprovantes de pagamento, despercebido pela auditoria.

As notas fiscais 25021 e 25921, do Fornecedor Seleta e Boazinha Ind. Com. Imp. e Exp. Ltda, o ICMS ST foi pago através da GNRE, conforme comprovantes de pagamento, despercebidos pela auditoria.

Acerca das notas fiscais 16520, 51907, 41763, 51531, 51532, 18064, o imposto foi pago, mas observa que houve erro de digitação do contribuinte dos números das notas fiscais, conforme pode ser observado em documentos que anexou.

Acerca da nota fiscal 153, do fornecedor Uniglobal Comercio Exterior Ltda, também houve pagamento do imposto, conforme consta em planilha que elaborou.

As notas fiscais 205220, 209090, 212033, 217736 são referentes ao produto New Choco Diet Lowcucar Pote, um achocolatado conforme figura do produto que anexou produto tributado normalmente e não por ST.

As notas fiscais 3905 e 5350, referentes ao produto Amendoim Cara Pina e Amendoim Torrado, são produtos tributados normalmente, conforme explanado na infração 01, sendo indevido o ICMS ST.

A nota fiscal 454821 refere-se a cobertura para sorvete sabor de chocolate e não está elencado no item 15.0, sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas no Anexo I RICMS/BA, sendo indevido o ICMS ST.

As notas fiscais 139, de 16/08/16, e 298, de 23/03/17, tratam de Creme de Avelã e não de chocolate, contendo os seguintes ingredientes: Açúcar, Óleo de Palma, **Avelã** (13%), **Leite** em pó desnatado (8.7%), cacau com gordura reduzida (7.4%), Emulsificante: lecitina (**soja**), Vanilina. Portanto, não poderia ser classificado como chocolate. Para ser da ST, deve existir a correlação da descrição do produto e NCM, de sorte que o produto não pode ser considerado como chocolate, já que em sua composição em sua maioria é creme de avelã.

Do exposto, reconhece, nesta parte, apenas o débito no valor de R\$ 5.325,37.

Concernente à Infração 05:

Afirma que durante a ação fiscal disponibilizou para o Estado uma planilha relacionando todas as notas fiscais em que houve pagamento do ICMS ST, mas mesmo assim ditos documentos fiscais foram relacionados nesta irregularidade.

Com base na planilha fiscal Infração 05 - 07.01.02, para fins de explicação e elisão da cobrança, incluiu duas colunas VALOR RECOLHIDO PLAN/GNRE e DIFERENÇA A RECOLHER, onde consigna o valor recolhido de cada nota fiscal, mediante DAE 1145 ou GNRE e a diferença a recolher, caso exista.

Na NF 345311, o valor recolhido do ICMS ST possui redução da base de 10%, conforme CONV. ICMS 76/94, cláusula segunda, § 5º, inexistindo diferença a recolher.

Na planilha fiscal consta o produto 452297 - Amendoim Confeitado 500gr Chocolate Dori Un, 745812 - Amendoim Confeitado 700gr Chocolate Dori Un, 745820 Amendoim Confeitado 700gr Colorido Dori Un 607150 – Amendoim Confeitado 500gr Colorido Dori Um, considerado pelo fisco como sendo chocolate. O produto é amendoim com uma cobertura de **sabor** de chocolate e colorido e que, portanto, não pode ser considerado como chocolate, conforme a descrição dos ingredientes na figura que anexou.

Também consta na planilha o produto 144010 - Creme 140 gr Nutella, 489590 – Creme 350 gr Nutella (creme de avelã), relacionado na infração 04, tributado normalmente e não pela ST.

Diz que o fisco não viu as notas fiscais de devoluções das mercadorias que anularam as entradas, devendo ser deduzido o valor do ICMS ST a pagar. São elas:

Nota fiscal 553403 possui a nota fiscal de devolução 74904;

Nota fiscal 244412 possui a nota fiscal de devolução 75531, 75533, 75526;

Nota fiscal 244557 possui a nota fiscal de devolução 75547;

Nota fiscal 360224 possui a nota fiscal de devolução 77581;

Nota fiscal 39760 possui a nota fiscal de devolução 87484 e 87496;

Nota fiscal 110120 possui a nota fiscal de devolução 95873.

As notas fiscais 25313 e 25652 possuem o pagamento do ICMS ST através da guia GNRE portanto não é devido o valor do ICMS ST.

Acerca da Nota fiscal 77737, o ICMS ST foi totalmente pago, conforme planilha disponibilizada mas ignorada pelo fisco.

Na planilha fiscal, sobre a nota fiscal 82913, foram duplicados os itens 12, 13 14 e 15, valor de ICMS ST cobrado duas vezes. Como também na NF 86842, itens 1, 2, 3, estão duplicados, mas com produtos que não constam na nota fiscal de origem. Estes valores foram deduzidos do cálculo do ICMS ST e estão em destaque em amarelo na planilha, de modo que inexistente diferença a recolher.

Na nota fiscal 102317, o produto CHOC PO 33% MELKEN 10X1,050KG é um achocolatado e, portanto, é tributado conforme figura abaixo.



Do exposto, conforme planilha que anexou, não é devido ICMS ST das notas relacionadas.

Há pedido de realização de diligência.

Juntados DANFES, guias de arrecadação, notas explicativas do Sistema Harmonizado, planilhas empresariais e fotos de produtos, entre outros documentos (fls. 104/537).

O representante estatal, em seu informativo (fls. 540/546):

Sobre a infração 01, admite que as mercadorias sujeitas à substituição tributária e com a apropriação de crédito são apenas as balas de chocolate, na maior parte, e de ração animal entrada sob CFOP 1949 – outras entradas – fazendo referência a erro em outra nota de entrada nº 112.433 não localizada na escrita do contribuinte. Reduz-se assim o crédito indevido para R\$ 2.302,75 conforme demonstrativo anexo a esta informação.

Mês/Ano	BaseCálculo	Crédito Indevido
fev/16	3,46	0,59
jun/16	423,6	50,83
ago/16	2.858,40	343,02
out/16	469,79	87,34
dez/16	1.877,60	337,98
abr/17	708,01	127,44
ago/17	291,54	52,48
out/17	8.152,39	1.303,07
Total	14.784,79	2.302,75

Sobre a infração 02, concorda com as alegações empresariais, sendo apresentado novo demonstrativo, a seguir encartado, considerando pertinentes os argumentos da defesa:

Ano	Mes	VIDevidoAud	VIAjustEmpr	VIIcmsDevido
2016	7	1.517,67	0,00	1.517,67
2016	12	140,92	0,00	140,92
Total		1.658,59	0,00	1.658,59

Sobre a infração 03, concorda parcialmente com a impugnante e faz as seguintes ponderações:

- 01- Os cosméticos tiveram suas alíquotas reduzidas para 17% no período precedente a 10/03/2016;
- 02- Os produtos Biscoito Sequilhos, argumenta a defesa, estão na ST desde 10/03/2016; entretanto, esta condição tributária, para biscoitos não derivados de farinha de trigo, só passou a surtir os efeitos pretendidos pela defesa a partir de 01/06/2016, conforme decreto 16.738/16. Portanto, estes produtos até esta data eram tributados e saíram sem tributação, não havendo porque alterar o valor reclamado.
- 03- Flocos de Arroz Confeiteiro Harald como afirma a defesa sujeitos à Substituição Tributária
- 04- Apesar de ser uma saída interestadual, o Leite de Cabra também é isento nos termos do artigo 265, Inciso I, alínea “h”, do RICMS.
- 05- Padaria Mousse Chocolate NCM 18063220 teve o imposto retido pela NESTLÉ como argumenta a defesa.
- 06- Embora possa ser funcionalmente um papel impermeável, o Papel Manteiga NCM 48062000 não é artigo de papelaria condição em que estaria sujeito à substituição tributária. Fica mantido o entendimento exarado no processo.
- 07- O Vinho sem álcool, como alegado, está fora do conceito de bebidas alcoólicas e deve ser tributado à 18%.

08- Embora não alegado pela defesa, foi excluído o item Silicone porque não é produto classificável como material de construção e, sim, de polimento de veículos.

Com base nisto, elabora novo demonstrativo e reduz a exigência inicial para R\$ 32.315,36:

TOTAL - ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA				
MES/ANO	BC_EFD	ICMS_EFD	ICMS_Calc	DIF_ICMS
jan/16	0	0	3.836,84	3.836,84
fev/16	0	0	3.704,81	3.704,81
mar/16	732	4.821,10	8.175,85	3.354,75
abr/16	594	1.489,82	4.187,95	2.698,13
mai/16	990	1.722,36	3.642,30	1.919,94
jun/16	882	1.715,10	4.909,19	3.194,09
jul/16	288	680,41	1.816,58	1.136,17
ago/16	306	575,53	2.668,15	2.092,62
set/16	594	1.064,67	2.175,87	1.111,00
out/16	0	0	988,63	988,63
nov/16	18	33,8	1.813,52	1.779,72
dez/16	54	98,12	1.116,36	1.018,24
Total 2016	4.458,00	12.200,91	39.035,65	26834,74
jan/17	0	0	1.465,01	1.465,01
fev/17	0	0	164,67	164,67
mar/17	0	0	439,13	439,13
abr/17	88	209,21	864,57	655,36
mai/17	0	0	291,81	291,81
jun/17	0	0	171,31	171,31
jul/17	0	0	248,06	248,06
ago/17	0	0	245,11	245,11
jan/17	0	0	716,06	716,06
out/17	0	0	290,42	290,42
nov/17	0	0	373,21	373,21
dez/17	0	0	420,49	420,49
Total 2017	88,00	209,21	5.689,85	5.480,64
Total Geral	4.546,00	12.410,12	44.725,50	32.315,38

Sobre a infração 04, reconhece o erro de totalização para junho de 2017, estando certo a soma de R\$ 488,06 e errada a soma de R\$ 6.007,01, fazendo as devidas retificações em novo demonstrativo.

Depois, faz as ponderações abaixo, *ipsis litteris*:

- 1- As notas fiscais do fornecedor Vilheto Alimentos Indústria e Comércio e do Frigorífico Irmãos Reis Ltda. devem ser excluídas do cálculo em virtude dos produtos nela consignados – Carne Salgada – na verdade é Charque e Jerked Beef (não sujeitos a tal regime). De fato, o contribuinte está com a razão sendo excluída do cálculo os produtos referidos. Ok
- 2- São relacionadas as notas fiscais 2510, 2591, 2595, 406, 135810, 145783, 806 e 807, suporte de operações com materiais de escritório e registradas na EFD sob os CFOP 1556 ou 2556 como materiais de uso e consumo do estabelecimento. No entanto, as notas fiscais 806 e 807 não foram lançadas na EFD de 2017 apenas em 2018. Ok
- 3- Cancelamento das notas fiscais 95, 96, 557, 2508 e 49293 foram canceladas pelos emitentes. OK.
- 4- Os documentos 553 e 554, conforme justificativa anexa, não corresponderam a uma operação efetiva. Ok.
- 5- As notas fiscais seguintes foram canceladas pelo próprio remetente pela emissão de documento de entrada anulando a operação. NFs nº 594, 520, 697, 695 e 696 anuladas pelas notas fiscais 619, 620, 706, 707 e 708 respectivamente. Ok.
- 6- As notas fiscais 1495104, 1495106, 285968, 400646 se referem a operações canceladas pela emissão pelo fornecedor das notas 16131, 16132, 2599 e 400828. Verificada documentação ok.
- 7- As NFs nº 34799, 35760, 37712, 37959 e 39040 tiveram as antecipações feitas pelos DAES avulsos anexos. Conferido ok.

- 8- As notas fiscais 25021 e 25291 das aguardentes Seleta foram pagas através de GNRES anexas. ok.
- 9- As notas fiscais 16.520, 51907, 41763, 51531, 51532 e 18064 constam da planilha de cálculo apresentada pelo contribuinte à fiscalização, contudo, nela foram calculadas com erro no documento e, por esta razão não foram identificadas. ok.
- 10- A nota fiscal 153 foi excluída do cálculo por constar da planilha oferecida à fiscalização e não considerada.
- 11- As notas fiscais 205220, 209090, 212033 e 217736 do produto New Choco Diet Lowcucar Pote se refere a um achocolatado e não tributado pela ST. Foram excluídas. Trata-se de fato de achocolatado.
- 12- Os amendoins das notas fiscais 3905 e 5350 e a cobertura de sorvete NF 454.821 foram excluídos do cálculo da ST.
- 13- Os Cremes de Avelã NCM 1806.9 classificado no item 11.4 (anexo mercadorias sujeitas à substituição tributária) cuja descrição “Chocolates e outras Preparações alimentícias contendo cacau”. Conforme informação trazida aos autos pela defesa na fl. 323, é parte da composição da Nutella o cacau nas proporções ali descritas. Portanto, entendemos que o produto se encaixa na classificação do anexo. Mantida a infração.

Apresenta o seguinte demonstrativo:

TOTAL SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA			
Mês/Ano	BCST		ST
fev/16	1.229,33		122,51
ago/16	51.698,99		8.104,18
TOTAL ST 2016			8.226,69
fev/17	19.497,95		3.056,44
mar/17	15.333,77		2.389,52
mai/17	15.909,78		2.479,28
jun/17	2.309,92		226,31
jul/17	1.743,18		197,17
set/17	2.331,18		257,61
nov/17	2.852,63		441,92
dez/17	3.580,07		418,33
TOTAL ST 2017			9.466,58
TOTAL GERAL			17.693,27

Sobre a infração 05, faz as seguintes ponderações:

Apesar da defendente ter produzido uma “planilha paralela” (sic.), onde aponta inexistir diferença de imposto a recolher, acaba não fazendo a sua anexação ao PAF.

E acrescenta:

- 1. A nota fiscal 345311 não teve a redução da base de 10% nos termos do convênio 76/94 em sua cláusula segunda, § 5º. De fato, o levantamento feito não havia reduzido a base de cálculo. Procedeu-se a esta redução na forma da nova planilha denominada DIF_ST INFORMAÇÃO FISCAL, corrigindo o equívoco apontado.*
- 2. Relativamente aos produtos Amendoim confeitado de chocolate Dori e Amendoim confeitado colorido Dori contesta seu enquadramento e considera o regime normal como correto. O confeitado de chocolate tem NCM 1806.9000. O item 11.4, do anexo de ST do RICMS/BA, inclui este produto como “Outras Preparações Alimentícias contendo Cacau”. Portanto, seguindo este claro critério, não há porque mudar o entendimento adotado para o caso. O amendoim confeitado colorido Dori NCM 1704.9020, de fato, não pode ser incluído no regime ST, o que é corrigido na planilha DIF_ST_INFORMAÇÃO FISCAL.*
- 3. O contribuinte contesta o tratamento tributário dado ao Creme Nutella, o qual considera deva seguir o regime normal. Esta discussão já foi travada por ocasião da avaliação da*

infração 04 e restou entendido que este produto deve seguir o regime de substituição tributária. Será mantido.

4. Não foram levadas em consideração as notas fiscais de devolução dos documentos 553403 – 74904, 244412 - 74904, 75531, 75533, 75526 , 244557 - 75547, 360224 - 77581, 39760 – 87484, 87496, 110120 – 95873. Primeiramente, a nota fiscal 77581 pretensamente objeto de devolução de parte da nota fiscal 360224, não corresponde a afirmação da defesa, posto tratar-se de documento de venda interna no Estado. Desta forma, será desconsiderada no recálculo do demonstrativo. Todas as outras notas relacionadas ensejaram a modificação da planilha de cálculo com a criação da coluna devoluções e as consequentes alterações na base e no crédito utilizado.
5. As notas fiscais 25313 e 25652 tiveram seu recolhimento feito GNRE. Estes documentos foram excluídos do cálculo.
6. O contribuinte observa que a nota fiscal 77737 teve sua antecipação paga conforme planilha cedida, o que não teria sido considerado. Esta alegação demonstra falta de entendimento do demonstrativo DIF_ST. Sua mecânica é refazer os cálculos dos produtos sujeitos à ST apresentados pelo contribuinte nas planilhas em que são justificados seus cálculos; refeitos os cálculos, é cobrada a diferença entre valores. Portanto, se a nota está relacionada com o imposto calculado, ela foi considerada.
7. A defesa reclama a repetição de alguns itens nas notas fiscais 82913 e 86842 na planilha de cálculo da diferença da ST, obtendo-se assim valores não devidos no resultado. De fato, esta falha existiu e foi corrigida no demonstrativo.
8. Finalmente, os chocolates em pó 33% Melken 10x1,050 da nota fiscal 102317 seria achocolatado, acrescentando à peça figura de produto diverso na fl. 325 para ilustrar sua tese, mas este não tem relação com aquele sob discussão. Apesar do equívoco ilustrativo o argumento defensivo parece correto na medida em que achocolatado é definido como contendo aproximadamente 30% de pó de cacau em sua composição.

Após a revisão, cola na peça informativa o seguinte demonstrativo:

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA SAT/DAT SUL - IFEPSUL
OS: 50157520 06353.864/0001-73 BA
Período: 01-01-2016 a 31-12-2017
RONDELLI COMERCIO E TRANSPORTE LTDA

Mês/Ano	BCICMSST	ICMSST	ICMSST	DIF_ICMS
		Calculado	Pago	
fev/16 Total	49.118,94	5.156,54	5.011,87	144,67
abr/16 Total	25.515,33	3.650,39	2.962,92	687,47
mai/16 Total	8.504,18	1.118,12	906,50	211,62
jun/16 Total	23.841,99	2.466,33	2.380,76	85,57
jul/16 Total	37.770,83	4.664,02	4.566,13	97,89
ago/16 Total	13.885,41	1.427,07	587,83	839,24
dez/16 Total	41.642,40	4.563,39	3.146,59	1.416,80
jan/17 Total	48.590,18	6.586,62	5.546,73	1.039,89
fev/17 Total	37.094,05	4.596,64	3.832,06	764,58
mar/17 Total	53.669,54	6.516,51	6.214,39	302,12
abr/17 Total	10.455,24	1.083,21	1.039,66	43,55
mai/17 Total	10.154,85	1.043,20	400,95	642,25
jun/17 Total	11.967,24	1.267,47	1.172,47	95,00
jul/17 Total	13.927,32	1.436,81	408,76	1.028,05
ago/17 Total	23.317,85	2.428,01	1.316,86	1.111,15
out/17 Total	10.648,94	1.097,23	1.047,77	49,46
nov/17 Total	22.232,54	2.378,83	556,60	1.822,23
dez/17 Total	8.836,70	924,89	862,33	62,56
	451.173,53	52.405,28	41.961,18	10.444,10

Silvio Chiarot de Souza
IFEPSUL
Cad. 13269278-7

Juntados novos documentos (fls. 547/565), particularmente os novos demonstrativos de débito das irregularidades.

Sob outra relatoria, é o processo convertido em diligência para saneamento de formalidades, com oitiva sucessiva das partes (fls. 569/570).

Manifestações reiterativas do autuado e do autuante (fls. 575/576 e 580, respectivamente).

PAF redistribuído para esta relatoria.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória adicional, inclusive diligência ou perícia.

VOTO

Extraí-se da peça defensiva que o sujeito passivo arguiu uma preliminar de nulidade **depois** de enfocar o mérito das irregularidades.

Vamos a ela, portanto.

A alegação empresarial é no sentido de que os levantamentos estatais estavam equivocados, deficientes e mal elaborados.

No entanto, não é isto que se retira dos autos. O contribuinte desenvolveu exaustivamente o seu arcabouço defensivo. Desceu a detalhes como tipo de mercadoria, NCM correspondente e número da nota fiscal, entre outros dados que caracterizaram as operações envolvidas no lançamento de ofício. Prova de que compreendeu bem as irregularidades e assacou contra elas argumentos que foram inclusive acatados pela auditoria. As planilhas fiscais foram elaboradas com correção. Pontuais equívocos de forma não propiciam a nulidade da cobrança, até porque puderam ser retificados durante a instrução do processo.

Preliminar afastada.

Logo, o auto de infração atende aos requisitos formais.

Obedecidos os princípios processuais administrativos tributários.

Indefiro o pedido de diligência porque já presentes os elementos instrutórios necessários ao deslinde da questão.

No mérito, o que se vê é uma conjunção de pontos que terminaram contando em sua esmagadora maioria com o assentimento da Fazenda Pública.

Seguindo a mesma metodologia das partes, esta relatoria irá se debruçar sobre os aspectos que ainda não contaram com a concordância do autuante e do autuado.

Infração 01: constou como anexo do auto de infração um levantamento inicial que apontou diversos produtos que não estariam inseridos no regime jurídico da substituição tributária (ST), segundo entendimento do sujeito passivo.

Isto foi reconhecido pelo autuante que só manteve como apropriação indevida de créditos fiscais as aquisições de balas de chocolate e de ração animal, inclusive com refazimento dos valores devidos. Estes dois produtos não sofreram contestação empresarial.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 2.302,75.

Infração 02: aqui houve a concordância total do autuante em relação aos argumentos defensivos. Refeito o cálculo da dívida.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 1.658,59.

Infração 03: após haver assentimento parcial do fisco, ainda remanescem alguns pontos discordantes merecedores de apreciação, ao redor de pouco mais de cinco mil reais.

Realmente, os Biscoitos Sequilhos, não derivados de farinha de trigo, só entraram no regime da ST a partir de 01/06/2016, consoante Dec. 16.738/16, que acrescentou o item 11.20-A ao Anexo 1 do RICMS-BA. Com razão o Estado.

As mercadorias previstas no item 12 do Anexo 1 do RICMS estão dentro do ramo de papelaria, até porque os acordos interestaduais celebrados atingem este ramo de atividade. O *papel manteiga* não é comprado em papelaria. Inclusive o autuado é do setor de alimentos. Com razão a Fazenda Pública.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 32.315,36.

Infração 04: A auditoria acatou quase que integralmente as alegações da impugnante. A questão residual está no creme de avelã, para o autuante dentro da ST, para o autuado fora.

O creme de avelã pode ser classificado no item 11.4 do Anexo 1, sujeito à ST, posto que, não obstante a composição preponderante deste produto contar com 13% de avelã e 7,5% de cacau, reconhecidamente a mercadoria é uma preparação alimentícia que contém cacau.

Assim, pela descrição contida no citado item 11.4, basta haver no produto cacau para que haja o enquadramento na ST; veja-se, portanto, a sua descrição, contida no Anexo 1: Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate.

Há precedentes administrativos nesta direção: Acórdãos JJF Nº 0105-05/22-VD, JJF Nº 0139-04/22-VD, JJF Nº 0146-01/19, JJF Nº 0173-03/18, JJF Nº 0182-06/21NF-VD e CJF Nº 0147-11/19.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 17.693,27.

Infração 05: esta é irregularidade idêntica à infração 04, só que lá é falta de pagamento, aqui é pagamento a menor de imposto, igualmente devido por antecipação tributária total.

Também nesta irregularidade o fisco aquiesceu com quase todos os argumentos defensivos. Vamos aos pontos controversos.

O creme de avelã pode ser classificado no item 11.4 do Anexo 1, sujeito à ST, posto que, não obstante a composição preponderante deste produto contar com 13% de avelã e 7,5% de cacau, reconhecidamente a mercadoria é uma preparação alimentícia que contém cacau.

Assim, pela descrição contida no citado item 11.4, basta haver no produto cacau para que haja o enquadramento na ST; veja-se, portanto, a sua descrição, contida no Anexo 1: Chocolates e **outras preparações alimentícias contendo cacau**, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate.

Há precedentes administrativos nesta direção: Acórdãos JJF Nº 0105-05/22-VD, JJF Nº 0139-04/22-VD, JJF Nº 0146-01/19, JJF Nº 0173-03/18, JJF Nº 0182-06/21NF-VD e CJF Nº 0147-11/19.

No tocante aos produtos Amendoim confeitado de chocolate Dori e Amendoim confeitado colorido Dori, estão de fato na ST, posto que, sob a NCM 1806.9000, são enquadráveis no item 11.4 do Anexo 1 do RICMS baiano.

Quanto às devoluções que desfizeram as operações de aquisição, só a NF 77.581 não se enquadra nesta situação, porque se trata de documento de venda interna no Estado.

Irregularidade procedente em parte, no monte histórico de R\$ 10.444,10.

Fica assim o quadro demonstrativo entre o lançado e o considerado procedente por esta Junta:

	Lançado	Procedente
Inf 01	14.080,39	2.302,75
Inf 02	16.802,49	1.658,59

inf 03	34.166,53	32.315,36
Inf 04	89.739,78	17.693,27
Inf 05	27.619,72	10.444,10
Totais	182.408,91	64.414,07

Isto posto, o auto de infração é julgado PROCEDENTE EM PARTE, no total histórico de R\$ 64.414,07, mais consectários.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0005/20-2**, lavrado contra **RONDELLI COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$ 64.414,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “d” e VII, “a” e da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - RELATOR