

PROCESSO - A. I. N° 207098.0001/22-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.
RECORRIDOS - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0032-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.04.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0074-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. Acolhimento aos elementos de provas apresentados na defesa. Refeitos os cálculos. Infração Improcedente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) OPERAÇÕES COM EMISSÃO DE NF-e; b) OPERAÇÕES COM EMISSÃO DE NFC-e.** Valor reduzido por acolhimento de parte das provas e argumentos da defesa. Infrações parcialmente procedentes. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO.** Comprovado, através dos registros no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, que as aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o ICMS-ST foi retido pelo remetente das mercadorias. Infração Insubsistente. **4. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** A autuada cometeu a infração de dar entrada no estabelecimento de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal. Apresentou provas parciais de notas fiscais emitidas em retorno pelo fornecedor. Infração Parcialmente Procedente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou, por decisão unânime, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2022 com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 195.211,93, em decorrência do cometimento das infrações, conforme segue.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.006. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS exigido R\$ 53.074,82, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019.*

O autuante informa que “O contribuinte utilizou crédito fiscal entradas de mercadoria’ enquadradas no regime de Substituição Tributária por Antecipação, cujas mercadorias, que encontram-se relacionadas nos demonstrativos constantes do Anexo I, sofreram a tributação de forma antecipada, em obediência ao disposto no art. 9º da Lei nº 7 014/96, assim estabelecido: ‘Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a, fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei. ’”.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 - 002.001.003. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 2.610,84, acrescido de multa de 60% tipificada no*

art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em setembro e dezembro de 2019.

O autuante informou que “O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas, tendo como natureza da operação ‘Remessa em Bonificação, Doação ou Brinde’ CFOP 5.910, sem a devida tributação do imposto, conforme demonstrativos constantes do Anexo II, relativamente ao exercício de 2019, conforme cópias das referidas Notas Fiscais eletrônicas anexas”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 - 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 50.796,78, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro e dezembro de 2019.

O autuante complementa informando que: “O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a exemplo de chocolates, produtos de higiene pessoal, material de limpeza, bebidas, dentre outras mercadorias que deixaram de sujeitar-se à substituição tributária no exercício de 2019, conforme demonstrativos constantes do Anexo III, e cópias de Notas Fiscais eletrônicas anexadas por amostragem”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 - 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 24.214,54, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019.

Consta a seguinte informação: “O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, através de Nota Fiscal a Consumidor Eletrônica - NFC-e, a exemplo de chocolates, produtos de higiene pessoal, material de limpeza, bebidas, dentre outras mercadorias que deixaram de sujeitar-se à substituição tributária no exercício de 2019, conforme demonstrativo constante do Anexo IV”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 007.001.002. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. ICMS exigido R\$ 42.224,31, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto e setembro de 2019.

Consta a informação: “Conforme demonstrativo constante do Anexo VI, referente ao exercício de 2019 e cópias de notas fiscais anexas”.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96, c/com art. 289 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 016.001.006. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa percentual de 1% sobre o valor de cada nota fiscal no valor de R\$ 20.084,52, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, para fatos ocorridos em janeiro a dezembro de 2019. “Conforme lista de Notas Fiscais eletrônicas constantes do demonstrativo do Anexo VII, referente ao exercício de 2019, e conforme cópias das NF-e por amostragem anexas”.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 197 a 204), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 212 a 233, 291 a 295). Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 2ª JF, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de sete infrações, das quais reconheceu a 05, a qual, desde já a tenho como subsistente, tendo em vista sobre ela não haver lide.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e exerce a atividade econômica CNAE-Fiscal 4639/7-01 - comércio atacadista de produtos alimentícios em geral e como atividade secundária, dentre outras, o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi notificado através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 11 a 22, cuja ciência ocorreu de forma expressa em 14/01/2022.

A ciência da lavratura do Auto de Infração e a intimação para quitação do débito levantado ou apresentação de defesa no prazo de 60 dias ocorreu também via DT-e, fls. 24, 25 e 195, postada em 31/03/2022, lida em 01/04/2022.

Os demonstrativos analíticos e sintéticos, assim como cópias de documentos fiscais, constam anexados aos

autos na forma impressa, fls. 47 a 192, estando tais demonstrativos gravados em arquivos magnéticos no CD, fl. 45, recebidos pela autuada quando da ciência da lavratura do Auto de Infração.

Verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, a autuada e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

A defesa não traz arguições preliminares, razão pela qual passo a analisar o mérito das infrações.

A **infração 01**, acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com pagamento do ICMS-ST.

A defesa apresenta relação de mercadorias que entende não estarem, à época dos fatos geradores, sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, considera lícito o crédito apropriado.

O autuante que inicialmente não acatou os argumentos da defesa, em sede da segunda informação fiscal, considerou procedente parte das arguições da defesa e excluiu do levantamento os itens: **(I)** Massa de Lasanha Fortaleza Pré Cozida – NCM 1902.11.00; **(II)** Massa para Pizza – NCM 1902.19.00; **(III)** Óleo de Peroba – NCM 3409.0; **(IV)** Bacon PIF PAF – NCM 1602.49.00; e **(v)** Energético GUARANUP e GUARATHON – NCM 2202.10.00.

Elaborou novo demonstrativo, conforme Anexo I, fls. 296 a 301, restando como devido o valor histórico de R\$ 27.207,82.

Para decisão da lide, é imprescindível analisar os itens e identificar quais deles estão, ou não, sujeitos ao regime da substituição tributária.

Preliminarmente à análise, ressalto o entendimento da Administração Tributária e pacífico neste CONSEF, que para considerar a inclusão de uma mercadoria no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, conforme exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: “ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Idêntico entendimento foi manifestado no Parecer 11219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “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, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

Isto posto, abordo a seguir, cada item individualmente, ponderando as razões da defesa e aquelas postas na informação fiscal, observando as disposições do Anexo 1 ao RICMS/2012, em sua versão vigente em 2019, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no Anexo 1 ao RICMS/2012, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

Acaso, se confirme que a mercadoria estava sujeita ao regime de substituição tributária, a mercadoria deve ser mantida no levantamento.

ENERGÉTICO GUARANUP – NCM 2202.10.00 e ENERGÉTICO GUARAMIX – NCM 2202.99.00. A defesa insiste se tratar de bebidas à base de guaraná e açaí, não são energéticos (produto composto líquido pronto para consumo, que contém como ingrediente específicos conforme item 2.3 do Anexo da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 273/2005, da ANVISA, sendo que por questões de mercado, o fabricante os chama de energéticos, porém, no rótulo é identificada como bebida mista.

Inicialmente, trato do item GUARANUP, cujo NCM 2202, conta com a seguinte descrição de produtos nele incluído: “Bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de fruta ou de produtos hortícolas, da posição 20.09 - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas”.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 2202.1, no item 3.7, com a seguinte descrição: “Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes”.

Para as bebidas classificadas como “Bebidas energéticas”, constam a seguinte descrição: “Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600 ml.” – NCMs 2106.9, 2202.9 no item 3.12. No item 3.13 para as mesmas NCMs, consta a descrição: “Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600 ml”.

Portanto, o produto GUARANUP – NCM 2202.10.00, não estava sujeito ao regime de substituição tributária em

2019, devendo ser excluído do levantamento, como procedeu o autuante.

Para o item **ENERGÉTICO GUARAMIX** – NCM 2202.99.00, que também foi excluído do levantamento pelo autuante, está correto o procedimento, inclusive com base no entendimento da Diretoria de Tributação, conforme Parecer 23521/2012, cuja ementa segue reproduzida:

“**ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** O produto “GUARAMIX”, ainda que classificado na NCM 22.02.10.00, considerando que sua descrição não seja condizente com aquela contida no item 3.7 do Anexo I do RICMS-BA/2012, não está sujeita ao regime da substituição tributária, nos termos do art. 289 do mesmo diploma legal”.

Restaram não excluídas do levantamento, pelo autuante, as massas para pizzas e pastel, com NCM 1902.19.00.

No Anexo I ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 1902.1 no item 11.7, com a descrição: “Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”.

Justifica-se a manutenção dessas mercadorias no levantamento, em razão de estarem, em 2019, sujeitas ao regime de substituição tributária, inclusive assim entende a administração tributária estadual externada no parecer 23025/2012, cujo trecho reproduzo:

“No âmbito deste Estado, os produtos elaborados com mistura de farinha de trigo, compreendidos nas posições da NCM 1902.1, 1905 e 1902.3, constam no item 33.1 do Anexo I ao Decreto nº 13.780/2012, como mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (antecipação total do imposto).

Dessa forma, tem-se que, nas aquisições interestaduais de produtos elaborados com mistura de farinha de trigo, compreendidos nas posições da NCM 1902.1, 1905 e 1902.3, sem o imposto retido, o adquirente deverá efetuar o recolhimento da antecipação tributária por substituição (antecipação total) relativamente às operações internas, na entrada dos produtos neste Estado, conforme previsto na Lei 7.014/96, art. 8º, inciso II, e § 4º, inciso I, e no RICMS-BA/12 (Decreto 13.780/12), art. 289, e Anexo I, item 33.1”.

Em conclusão, acato a revisão procedida pelo autuante e tenho a infração como parcialmente subsistente, na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	% Multa	Valor Histórico (R\$)
31/01/2019	09/02/2019	16.922,39	18,00	60,00	3.046,03
28/02/2019	09/03/2019	13.552,00	18,00	60,00	2.439,36
31/03/2019	09/04/2019	23.412,50	18,00	60,00	4.214,25
30/04/2019	09/05/2019	1.342,72	18,00	60,00	241,69
31/05/2019	09/06/2019	15.668,67	18,00	60,00	2.820,36
30/06/2019	09/07/2019	20.834,17	18,00	60,00	3.750,15
31/07/2019	09/08/2019	2.745,39	18,00	60,00	494,17
31/08/2019	09/09/2019	18.177,83	18,00	60,00	3.272,01
30/11/2019	09/12/2019	14.529,28	18,00	60,00	2.615,27
31/12/2019	09/01/2020	23.969,61	18,00	60,00	4.314,53
Total					27.207,82

Em relação a **infração 02**, cuja acusação é de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como se não tributáveis fosse, a defesa alegou que os itens relacionados no demonstrativo se referem a entrega de brinde, CFOP 5.910, que não são comercializados pela empresa.

O autuante, quando procedeu a revisão, excluiu o item moto Honda, vez que a mercadoria ingressou no estabelecimento com o ICMS-ST antecipado, restando para infração o valor histórico de R\$ 1.480,01.

Quanto aos demais itens mantidos no levantamento, o autuante justificou que o regulamento dispensa a emissão de nota fiscal para a entrega do brinde ao cliente, todavia, exige a emissão de nota fiscal com lançamento do imposto, conforme art. 389, inc. II, do RICMS/2012, o que não ocorreu.

A defesa não trouxe aos autos, prova de que tenha procedido conforme o citado dispositivo regulamentar, que tem o objetivo exatamente de compensar o crédito recebido quando da entrada do brinde no estabelecimento. Portanto, acato o entendimento e tenho a infração como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data da Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	% Multa	Valor Histórico (R\$)
30/09/2019	09/10/2019	6.546,00	18,00	60,00	1.178,28
24/12/2019	09/01/2020	1.676,28	18,00	60,00	301,73
Total					1.480,01

A **infração 03**, acusa o contribuinte de ter praticado operações tributadas como não tributadas, deixando de recolher o ICMS correspondente.

A defesa arguiu a improcedência da exigência sob dois fundamentos: **(a)** existência de produtos sujeitos à substituição tributária; e **(b)** foram listadas operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatária das mercadorias.

O autuante, em sede de informação fiscal, em relação aos itens que a defesa alegou estarem incluídos na

substituição tributária, excluiu o item *Cremosinho Doce Mel* – NCM: 2105.00.00, mantendo os demais, os quais passo a tratar.

CHOCOLATE TWIX ORIGINAL 18X40 G – NCM: 1905.53.10. No sítio do fabricante, consta a seguinte informação sobre o produto: “Chocolate Twix Caramelo é um doce produzido com uma mistura perfeita de chocolate, biscoito e caramelo, (...). É uma guloseima apreciada por todos, (...)”.

A NCM citada pelo autuante, 1905.31 além de não corresponder a NCM do produto, a descrição também não corresponde, uma vez que no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a descrição: “Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo; (exceto dos tipos ‘cream cracker’, ‘água e sal’, ‘maisena’, ‘maria’ e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial)”.

Portanto este item, não estando sujeito à substituição tributária, deve ser mantido do levantamento.

PALITOS CHOCOLATE CORY AO LEITE – NCM: 1905.90.20. Consta no sítio do fabricante (<http://cory.com.br/>), a seguinte informação sobre o produto: “Palitos com sabor de leite e cobertos com chocolate meio amargo. (...). Ingredientes: Farinha de trigo enriquecida com ferro e ácido fólico, açúcar, gordura vegetal, cacau em pó, licor de cacau, sal, açúcar invertido, emulsificantes lecitina de soja e diacetil tartarato de mono e diglicerídeos, aromatizantes, fermentos químicos bicarbonato de sódio e pirofosfato ácido de sódio. Contém glúten (...) derivados de trigo e soja. Pode conter leite, aveia, centeio, cevada e triticale”.

A NCM 1905.90.2, consta no Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2012 nos itens: **(I)** 11.13.0 com a seguinte descrição: “Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo dos tipos ‘cream cracker’ e ‘água e sal’.”; **(II)** 11.13.1 – “Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo dos tipos ‘cream cracker’ e ‘água e sal’”; **(III)** 11.13.2 – “Outras bolachas, exceto casquinhas para sorvete e os biscoitos e bolachas relacionados nos CEST 17.056.00 e 17.056.01.”; **(IV)** 11.18.0 – “Outros pães, exceto o classificado no CEST 17.062.03.”; e **(V)** 11.18.2 – “Casquinhas para sorvete”.

Dessa forma trata-se de produto sujeito a substituição tributária, devendo ser excluído no levantamento.

VODKA 51 ICE, SKARLOF, BLUE SPIRIT ICE e SIX - NCM: 2208.90.00 e 2208.60.00. Segundo informações constantes no sítio do fabricante (<https://www.ciamuller.com.br/>), o produto *VODKA 51 ICE*, é uma “bebida alcoólica mista gaseificada (...) Tem teor alcoólico de 5,5%, (...)”. “, mesmas informações para o produto *BLUE SPIRIT ICE*, cujo teor alcoólico varia de 5,0% a 5,5%.

Segundo informações do fabricante, “*SIX PM* é formada por bebidas de base alcoólica neutra de alta qualidade aromatizada. Os sabores são Gin Tônica (...); Spritz; Moscow Mule (levemente cítrico e refrescante, um sucesso nas noites); e Cuba Libre (sabor da cola unido ao aroma natural do limão).

(...) Todos os sabores da *SIX PM* possuem 7,9% de volume alcoólico (...)”.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, consta para a NCM 2208.9 no item 3.19, a seguinte descrição: “Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%.”, ou seja, os produtos estão sujeitos à substituição tributária, devendo ser excluídos do levantamento.

Na manifestação, a autuada manteve as alegações para as operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatário, pois, entende que não ocorreu fato gerador do ICMS, posto que são operações de transferência para uso/consumo do próprio estabelecimento.

Ao examinar os documentos e o demonstrativo analítico da infração 03, fls. 77 a 105, constato que parte das operações ocorreram com o CFOP 5.949 – “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, como alegou a autuada”.

O autuante, já na informação fiscal, reconheceu como parcialmente procedente o argumento tendo identificado na sua EFD a entrada de mercadoria e o seu retorno, embora com o CFOP equivocado, razão pela qual excluiu parte das operações com o CFOP 5.949. Para as demais operações com o citado CFOP, mesmo atestando que se destinaram a outro estabelecimento do mesmo contribuinte, o autuante não acatou os argumentos.

Constatado que se trata de operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não havendo que se falar em operações tributadas, devendo estas serem excluídas do levantamento.

Assim, de ofício, procedi aos ajustes no levantamento e considero parcialmente subsistente a infração 03, na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	1.802,86	18,00	60,00	324,52
28/02/2019	09/03/2019	2.291,36	18,00	60,00	412,44
31/03/2019	09/04/2019	2.840,31	18,00	60,00	511,26
30/04/2019	09/05/2019	3.412,55	18,00	60,00	614,26
31/05/2019	09/06/2019	2.475,64	18,00	60,00	445,62
30/06/2019	09/07/2019	13.141,64	18,00	60,00	2.365,50
31/07/2019	09/08/2019	1.947,55	18,00	60,00	350,56

31/08/2019	09/09/2019	613,67	18,00	60,00	110,46
30/09/2019	09/10/2019	13.235,04	18,00	60,00	2.382,31
31/10/2019	09/11/2019	6.545,45	18,00	60,00	1.178,18
30/11/2019	09/12/2019	11.411,56	18,00	60,00	2.054,08
31/12/2019	09/01/2020	6.522,44	18,00	60,00	1.174,04
Total					11.923,23

A **infração 04**, consiste na mesma acusação anterior, agora referente as saídas através de nota fiscal de consumidor eletrônica – NFC-e, onde a autuada arguiu que constam também mercadorias sujeitos à substituição tributária, conforme listagem, onde constam os produtos **(I) VODKA 51 ICE**, diversos sabores; **(II) CHOCOLATE TWIX ORIGINAL**; **(III) PALITOS CHOCOLATE CORY AO LEITE**; e **(IV) CREMOSINHO DOCE MEL**.

O autuante, na informação fiscal considerou que a infração tem o mesmo teor anterior, diferenciando apenas pelos documentos emitidos, no caso desta, a saídas se deram através de NFC-e, portanto, servem para esta, todas as informações prestadas para anterior.

Assim, excluiu do levantamento o item CREMOSINHO DOCE MEL, por se tratar de sorvete, sujeito à substituição tributária, mantendo os demais itens.

Efetivamente, a acusação é a mesma e os argumentos referente aos itens sujeitos ao regime de substituição tributária se repetem exatamente como na infração 03.

Dessa forma, cabem as mesmas conclusões, já explicitadas linhas acima, de forma que tenho a infração 04 como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	393,42	18,00	60,00	70,82
28/02/2019	09/03/2019	17,70	18,00	60,00	3,19
31/03/2019	09/04/2019	491,86	18,00	60,00	88,53
30/04/2019	09/05/2019	188,60	18,00	60,00	33,95
31/05/2019	09/06/2019	4.978,88	18,00	60,00	896,20
30/06/2019	09/07/2019	6.343,91	18,00	60,00	1.141,90
31/07/2019	09/08/2019	430,66	18,00	60,00	77,52
31/08/2019	09/09/2019	164,82	18,00	60,00	29,67
30/09/2019	09/10/2019	989,22	18,00	60,00	178,06
31/10/2019	09/11/2019	1.678,30	18,00	60,00	302,09
30/11/2019	09/12/2019	1.440,56	18,00	60,00	259,30
31/12/2019	09/01/2020	1.851,08	18,00	60,00	333,19
Total					3.414,42

A **infração 06**, consiste na acusação de ter o contribuinte efetuado recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária procedentes de outras unidades federativas.

A defesa atribui ser improcedente a infração argumentando que no levantamento, constam: **(a)** operações pagas por antecipação tributária através de DAE – receita 1145; **(b)** operações que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor; e **(c)** produtos normalmente tributados.

O autuante acatou em parte as alegações da defesa, especificamente quanto a alguns itens que a defesa arguiu serem mercadorias tributadas normalmente, especificamente aos itens COXÃO TRASEIRO e CARNE SECA, que embora não constam na descrição dos mesmos nos documentos fiscais a expressão “CHARQUE”, contudo, nos Registros de entradas e saída da EFD, constatou se tratar de charque.

Como a infração exige o ICMS devido por antecipação total, caberia a autuada apresentar os comprovantes do recolhimento do imposto referente às operações através do DAE com código de receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 – RICMS. Não tendo o contribuinte apresentado o DAE correspondente contendo explicitamente as notas fiscais correspondentes, não há comprovação do recolhimento.

Outra alegação da defesa consiste na afirmação de que nas notas fiscais que lista, o ICMS-ST já fora retido pelo contribuinte remetente.

Em busca da verdade material, considerando que o autuante sobre o argumento não se manifestou, procedi consultas ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, onde constatei ter razão a alegação da defesa, conforme dados a seguir listados:

Nº NF-e	Emitente	UF	ICMS-ST Retido
011.163	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	1.813,61
012.536	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.043,45
012.821	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.438,05
015.419	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	845,24
015.420	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.870,05
015.510	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.084,90

015.511	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	523,17
016.139	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.407,28
017.163	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.980,14
029.283	PECCIN S/A	AL	122,90
029.459	PECCIN S/A	AL	234,48
030.223	PECCIN S/A	AL	244,61
030.356	PECCIN S/A	AL	359,21
031.087	PECCIN S/A	AL	162,76
031.314	PECCIN S/A	AL	85,46
031.510	PECCIN S/A	AL	338,64
031.857	PECCIN S/A	AL	339,05
032.304	MW COMERCIO IMP. E EXPORT. DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA.	SP	410,18
032.467	MW COMERCIO IMP. E EXPORT. DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA.	SP	410,18
499.118	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRÊS DE MAIO S.A.	PB	2.373,76
499.511	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	854,00
504.127	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRÊS DE MAIO S.A.	PB	2.154,84
504.128	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRÊS DE MAIO S.A.	PB	4.084,59
508.747	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	601,85
602.811	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	1.944,45

Consta inclusive nas notas fiscais emitidas pela PANDURATA ALIMENTOS LTDA., a seguinte informação no campo das informações complementares: “Operação interna, prod. produção própria: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000; Biscoitos Cracker e Água e Sal: Redução da BC do ICMS em 58,82% - Produtos da Cesta Básica, nos termos do item 20, do Anexo II, do Regulamento do ICMS. Operação interna, prods adquiridos de terceiros NCM 1905.31.00: ICMS ST recolhido conforme Art. 2º do Anexo XXXIII RICMS/AL - Contribuinte substituído. Operações interestaduais: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000 e Protocolo 50/2005. Transf entre estab da mesma empresa: Suspensão do IPI conforme Artigo 43, inciso X do Decreto 7.212/2010”.

Portanto, todas essas notas fiscais, devem ser excluídas do levantamento assim como a exclusão de parte das mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, já revisada pelo autuante, que acolho.

Procedi, de ofício, a apropriação dos valores correspondentes às notas fiscais acima listas, visto terem o ICMS-ST comprovadamente retido pelo remetente e refiz o demonstrativo, fl. 272, cujo resultado segue na tabela:

Mês	Valor Devido - Auditado	Valor Lançado - Empresa	Valor Devido
Janeiro-2019	0,00	854,00	0,00
Fevereiro-2019	227,20	832,78	0,00
Abril-2019	1.165,57	1.165,57	0,00
Maio-2019	533,00	2.658,92	0,00
Agosto-2019	1.374,10	3.475,41	0,00
Setembro-2019	1.550,81	6.137,03	0,00
Total	4.850,68	15.123,71	0,00

A infração 06 é insubsistente.

Quanto a **infração 07**, que acusa o contribuinte de dar entrada no estabelecimento de mercadorias sem o registro na sua escrita fiscal, a defesa listou documentos fiscais que acobertaram operações cujas mercadorias não lhe foram entregues e o fornecedor emitiu a nota fiscal de retorno das mercadorias não entregues e outros casos que as notas fiscais foram lançadas no Bloco E como ajustes na apuração, argumentos não acatados pelo autuante.

A infração exige o pagamento de multa por descumprimento de uma obrigação acessória, prevista no art. 217, incisos I, II e III do RICMS/2012, ou seja, o livro Registro de Entradas, destina-se à escrituração pelos contribuintes:

- I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;
- II - das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento;
- III - dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

O livro Registro de Entradas, com a obrigatoriedade da Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui, para os contribuintes mais um conjunto de registros quem compõem o arquivo digital correspondente a EFD, que substituiu a escrituração e impressão dos livros fiscais, dentre eles o Registro de Entradas, conforme previsto no Ajuste SINIEF nº 02/09.

Portanto, a falta de registro nos arquivos da EFD equivale a omissão do registro do documento que acobertou operação com repercussão tributária na escrita fiscal, caracterizando o descumprimento de uma obrigação acessória, fato que enseja a aplicação de multa, no caso em análise, a multa de “1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”, conforme o art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Portanto, pouco importa se a operação, cujo respectivo documento fiscal deixou de ser registrado, se trata de

operação de venda, devolução, ou que tenha sido uma operação tributada, ou não tributada, tendo em vista que não há exigência de imposto.

Após consultas ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, constatei que as notas fiscais sobre as quais a defesa diz que “foram lançadas no Bloco E (apuração) como ajustes na apuração”, são notas fiscais recebidas pela autuada para fins de transferência de saldo credor do ICMS (CFOP 5.602 - Transferência de saldo credor de ICMS para outro estabelecimento da mesma empresa, destinado à compensação de saldo devedor de ICMS) e transferência de saldo devedor de ICMS (CFOP 5.605 - Transferência de saldo devedor de ICMS de outro estabelecimento da mesma empresa).

Também, constatei que a NF-e nº 032.329, constante no demonstrativo, fl. 176, não foi cobrada a multa. Verifiquei que a citada nota fiscal, emitida por VCT BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO, CNPJ nº 09.300.053/0002-83, procedente do Espírito Santo, se refere a complemento da nota fiscal nº 031.041 do valor do ICMS destacado, conforme consta descrito nas informações complementares: “Compl. de Imposto Referente a NF 000031041-1 Emitida em 27.11.2019 ‘ICMS Substituição Tributária Recolhido Antecipadamente nos Termos do ART. 426-A DO RICMS/SP’ Sujeito a IPI, ICMS-ST devido com fundamento no Protocolo 14/2006, com as alterações do Protocolo 82/2015, não retido por ausência de dispositivo legal da legislação interna do Estado de destino MERCADORIA COLETADA NO ARMAZEM GERAL CENTRO DISTRIBUIÇÃO E LOGISTICA N. SRA. DA PENHA CNPJ: 04.077.240/0001-45 I.E: 082671834 END: DARLY SANTOS, 2025 - ESTRADA DE CAPUABA DARLY SANTOS, 2025 ESTRADA DE CAPUABA NOSSA S. DA PENHA CEP: 29110-340 TR74975 260719”.

Registro que apesar de constar relacionadas no levantamento, não foi cobrada a multa de 1% sobre estas notas fiscais, tendo em vista que não existe valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento. Portanto, desnecessária a argumentação da defesa.

O argumento da defesa, apresentado na última manifestação, fl. 284, que justificaria a falta de escrituração de notas fiscais em razão do próprio fornecedor ter cancelado a operação, tendo, inclusive, emitido notas fiscais de retorno cujos números a defesa indica em tabela, de pouca valia se mostrou, tendo em vista, não haver a identificação do fornecedor, tampouco foi apresentado, sequer cópia das notas fiscais correspondentes às devoluções o que permitiria a requerida comprovação das devoluções.

Destarte, a autuada, somente comprovando os registros das notas fiscais na EFD poderia elidir a infração, o que não ocorreu.

Assim sendo, a infração é subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir:

	Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Multa	Resultado
01	001.002.006.	53.074,82	27.207,82	60,00	Parcialmente subsistente
02	002.001.003.	2.610,84	1.480,01	60,00	Parcialmente subsistente
03	002.001.003.	50.796,78	11.923,23	60,00	Parcialmente subsistente
04	002.001.003.	24.214,54	3.414,42	60,00	Parcialmente subsistente
05	006.005.001.	2.206,12	2.206,12	60,00	Reconhecida
06	007.001.002.	42.224,31	0,00	60,00	Insubsistente
07	016.001.006.	20.084,52	20.084,52	1,00	Subsistente
Total		195.211,93	66.316,12		

Tendo sido interposto Recurso de Ofício, em razão do valor desonerado pela Decisão da Junta, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara para julgamento.

Inconformado com a decisão de piso, o autuado interpõe Recurso Voluntário nos seguintes termos.

Apesar dos Julgadores da 2ª Junta de Julgamento Fiscal entenderam que as massas para pastel, NCM 19021900, é produto sujeito ao regime de substituição tributária, a Recorrente entende de forma diferente, no que tange a Infração 01.

A massa para pastel é produto pré-cozido (massa fresca), comercializada resfriada, ou seja, mantida sobre refrigeração de 1º até 10º, geralmente. O item 11.7 do Anexo 1 vigente em 2019 trata de massas alimentícias **não cozidas**.

	NCM	NCM	Descrição	Alíquota	Alíquota
11.7	17.049.00 a 17.049.05	1902.1	Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)

Portanto, entendemos que o produto massa para pastel deve ser excluído do lançamento. Anexa algumas imagens ao recurso, a exemplo das massas “belamassa”, “massaleve”, “arosco” e

“mezzani”.

Da mesma forma, entende que a massa para pizza, NCM 19121900, não estava inserida no item 11.7 do Anexo 1 vigente em 2019. Isto porque são massas geralmente pré-cozidas ou pré-assadas, a exemplo das massas “select” e “nutfree”, que também anexa fotos ao recurso.

Quanto à Infração 02 restaram os itens abaixo no demonstrativo:

114138.0	FREEZER METALFRIO HORIZ 550ML 1X1UN
114147.0	FREEZER METALFRIO TP VIDRO 400ML 1X1UN
114156.0	TV 48 SONT LED FHD KD48W655D 1X1UN
114165.0	TV 48 SAMSUNG LED FHD 55J5300 1X1UN
122637.0	TV 32 LED HD SAMSUNG 32J4290
122682.0	TV 43 LED FHD SAMSUNG 43J5290

O item de código 114138.0 foi recebido pela Nota Fiscal-e nº 557546, série 001, chave de acesso 35190827932734000165550010005575461119755865, escriturada em setembro/2019, sem lançamento de crédito.

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS													
CONTRIBUINTE: COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA													
CNPJ/CPF: 05.466.724/0001-49 INSCRIÇÃO ESTADUAL: 58965485 UF: BA MUNICÍPIO: Salvador - BA													
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/09/2019 a 30/09/2019													
Data Entrada	Data emissão	Nr. Doc.	Modelo	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo
CS/ICMS	CFOP	Aliquota ICMS	Valor Operação	Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo	Valor ICMS ST	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo				
23/09/2019	26/08/2019	557546	55	001		00	27.932.734/0001-65	373180465117	SP	Itapevi - SP	SYNAPCOM COMERCIO ELETRONICO LTDA	0,00	0,00
		041	2551	0,00	3.001,36	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00

O item de código 114147.0 foi recebido pela Nota Fiscal-e nº 564282, série 001, chave de acesso 35190927932734000165550010005642821759569641, escriturada em setembro/2019, sem lançamento de crédito.

23/09/2019	03/09/2019	564282	55	001		00	27.932.734/0001-65	373180465117	SP	Itapevi - SP	SYNAPCOM COMERCIO ELETRONICO LTDA	0,00	0,00
		041	2551	0,00	2.792,52	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00

O item de código 114156.0 e o item de código 114165.0 foram recebidos pela Nota Fiscal-e nº 79936, série 000, chave de acesso 33190833041260048604550000000799361120618315, escriturada em setembro/2019, sem lançamento de crédito.

23/09/2019	24/08/2019	79936	55	000		00	33.041.260/0486-04	77617566	RJ	Rio de Janeiro - RJ	VIA VAREJO S/A	0,00	0,00
		041	2551	0,00	5.334,23	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00

O item de código 122637.0 foi recebido pela Nota Fiscal-e nº 283109, série 000, chave de acesso 29191233041260141493550000002831091122202090, escriturada em dezembro/2019, sem lançamento de crédito.

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS													
CONTRIBUINTE: COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA													
CNPJ/CPF: 05.466.724/0001-49 INSCRIÇÃO ESTADUAL: 58965485 UF: BA MUNICÍPIO: Salvador - BA													
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/12/2019 a 31/12/2019													
Data Entrada	Data emissão	Nr. Doc.	Modelo	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo
CS/ICMS	CFOP	Aliquota ICMS	Valor Operação	Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo	Valor ICMS ST	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo				
		041	1551	0,00	90,94	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00
24/12/2019	16/12/2019	283108	55	000		00	33.041.260/0486-04	106513734	BA	Camaçari - BA	VIA VAREJO S/A	0,00	0,00
		041	1551	0,00	277,80	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00
24/12/2019	16/12/2019	283109	55	000		00	33.041.260/0486-04	106513734	BA	Camaçari - BA	VIA VAREJO S/A	0,00	0,00
		041	1551	0,00	914,14	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00

O item de código 122682.0 foi recebido pela Nota Fiscal-e nº 287917, série 000, chave de acesso 29191233041260141493550000002879171121533569, escriturada em dezembro/2019, sem lançamento de crédito.

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS													
CONTRIBUINTE: COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA													
CNPJ/CPF: 05.466.724/0001-49 INSCRIÇÃO ESTADUAL: 58965485 UF: BA MUNICÍPIO: Salvador - BA													
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/12/2019 a 31/12/2019													
Data Entrada	Data emissão	Nr. Doc.	Modelo	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo
CS/ICMS	CFOP	Aliquota ICMS	Valor Operação	Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo	Valor ICMS ST	Valor IPI	Redução da Base de Cálculo				
		060	1403	0,00	155.357,37	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00
24/12/2019	19/12/2019	287917	55	000		00	33.041.260/0486-04	106513734	BA	Camaçari - BA	VIA VAREJO S/A	0,00	0,00
		041	1551	0,00	2.857,88	0,00		0,00	0,00			0,00	0,00

Junta as cópias dos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS de 2019-09 e 2019-12.

Os itens relacionados no demonstrativo referem-se a entrega de brinde (CFOP 5910). Os itens não são produtos do mix de comercialização da empresa. Entende que a infração é improcedente.

Quanto às Infrações 03 e Infração 04, diz que os julgadores a 2ª JJF mantiveram no lançamento o produto chocolate twix original 18x40g, de NCM 19053100. Em verdade, designar o produto como chocolate é questão de marketing. Trata-se de fato de biscoito com caramelo e cobertura de

chocolate ao leite, inserido na NCM 19053100. Sendo biscoito, está inserido na substituição tributária. Portanto, deve ser excluído do lançamento.

Quanto à Infração 07, as mercadorias indicadas nos documentos a seguir não foram entregues e o fornecedor emitiu NF-e de retorno de mercadoria não entregue.

NumDoc	Ser	ChaveDocFiscal	obs
1297782	1	29190607206816003050550010012977821261444722	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
1314966	1	29191007206816003050550010013149661266849702	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
1327826	1	29191207206816003050550010013278261270743119	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
123111	1	26191205624289000133550010001231111164351955	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
97894	6	28191113004304000250550060000978941274984826	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
98448	6	28191213004304000250550060000984481208354490	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
651619	1	31191206067949000357550010006516191006731040	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
139489	0	29190514998371003215550000001394891980728662	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
151005	0	29190714998371003215550000001510051658122642	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
20407	2	29191215350602000308550020000204071115730718	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
20849	2	29191215350602000308550020000208491801124688	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
238293	7	26190901551272000142550070002382931139131147	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
106279	3	26191001551272000819550030001062791176449963	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
2996929	1	29191200048785004674550010029969291597691989	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
49967	1	29191292215763000500550010000499671178863833	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega
5503292	2	29190501838723026436550020055032921145881287	não entregue. Fornecedor emitiu retorno de não entrega

As chaves de acesso às NF-e indicadas são:

DEMONSTRATIVO				NF-e DE RETORNO DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO			
data	nfe	ser	chave	data	nfe	ser	chave
31/12/2019	2996929	001	29191200048785004674550010029969291597691989	06/01/2019	2998796	001	29200100048785004674550010029987961984523768
20/09/2019	238293	007	26190901551272000142550070002382931139131147	03/02/2020	242	011	26200201551272000142550110000002421888038001
23/10/2019	106279	003	26191001551272000819550030001062791176449963	30/01/2020	27470	004	26200101551272000819550040000274701320160370
03/05/2019	5503292	002	29190501838723026436550020055032921145881287	04/05/2019	5507068	002	29190501838723026436550020055070681484972481
30/12/2019	123111	001	26191205624289000133550010001231111164351955	06/02/2020	17052	002	2620020562428900013355002000170521614288536
19/12/2019	651619	001	31191206067949000357550010006516191006731040	07/01/2020	657973	001	31200106067949000357550010006579731003561910
26/06/2019	1297782	001	29190607206816003050550010012977821261444722	02/07/2019	1298807	001	29190707206816003050550010012988071261740924
16/10/2019	1314966	001	29191007206816003050550010013149661266849702	11/11/2019	1319679	001	29191107206816003050550010013196791268216411
22/12/2019	1327826	001	29191207206816003050550010013278261270743119	29/01/2019	1333444	001	29200107206816003050550010013334441272801482
22/11/2019	97894	006	28191113004304000250550060000978941274984826	28/01/2020	24211	005	28200113004304000250550050000242111050515979
20/12/2019	98448	006	28191213004304000250550060000984481208354490	07/02/2020	24271	005	28200213004304000250550050000242711320160371
03/05/2019	139489	000	29190514998371003215550000001394891980728662	16/05/2019	140772	000	29190514998371003215550000001407721948430477
31/07/2019	151005	000	29190714998371003215550000001510051658122642	02/10/2019	158244	000	29191014998371003215550000001582441093091372
14/12/2019	20407	002	29191215350602000308550020000204071115730718	14/12/2019	20472	002	29191215350602000308550020000204721125770508
19/12/2019	20849	002	29191215350602000308550020000208491801124688	21/12/2019	21002	002	29191215350602000308550020000210021097474987
16/12/2019	49967	001	29191292215763000500550010000499671178863833	02/01/2020	50109	001	29200192215763000500550010000501091661236105
16/12/2019	49967	001	29191292215763000500550010000499671178863833	02/01/2020	50109	001	29200192215763000500550010000501091661236105

Portanto, as NF-e indicadas no quadro acima devem ser excluídas do demonstrativo, pois as mercadorias/bens não deram entrada no estabelecimento da autuada.

Assim sendo, pede pela revisão dos lançamentos e reforma do Acórdão de primeira instância.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JF que julgou, por decisão unânime, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2022 com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 195.211,93, em decorrência do cometimento de 07 infrações, e que fora reduzido para R\$ 66.316,12 em julgamento de primeira instância.

Em julgamento de primeira instância as infrações 01, 02, 03 e 04 foram julgadas parcialmente subsistente, a infração 07 subsistente. A infração 5 reconhecida pela autuada, e não é o objeto do presente recurso. Enquanto, que a infração 6 fora julgada insubsistente.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, 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 18/08/18.

Passo agora a analisar o Recurso de Ofício.

Quanto à infração 01 a defesa apresentou relação de mercadorias que entende não estarem, à época dos fatos geradores, sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, considera lícito o crédito apropriado. O autuante em sede da segunda informação fiscal, considerou procedente parte das arguições da defesa e excluiu do levantamento os itens: (I) Massa de Lasanha Fortaleza Pré Cozida – NCM 1902.11.00; (II) Massa para Pizza – NCM 1902.19.00; (III) Óleo de Peroba – NCM 3409.0; (IV) Bacon PIF PAF – NCM 1602.49.00; e (v) Energético GUARANUP e GUARATHON – NCM

2202.10.00. Elaborou novo demonstrativo, conforme Anexo I, fls. 296 a 301, restando como devido o valor histórico de R\$ 27.207,82.

Conforme voto da 1ª Instância, para considerar a inclusão de uma mercadoria no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, conforme exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: *“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”*.

Em relação aos produtos ENERGÉTICO GUARANUP – NCM 2202.10.00 e ENERGÉTICO GUARAMIX – NCM 2202.99.00 é preciso observar o Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 2202.1, no item 3.7, que continha a seguinte descrição: “Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes”. Para as bebidas classificadas como “Bebidas energéticas”, constam a seguinte descrição: “Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600 ml.” – NCMs 2106.9, 2202.9 no item 3.12. No item 3.13 para as mesmas NCMs, consta a descrição: “Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600 ml”.

Desta forma, como bem apontado em decisão de piso, o produto GUARANUP – NCM 2202.10.00, não estava sujeito ao regime de substituição tributária em 2019, devendo ser excluído do levantamento, como procedeu o autuante. Para o item ENERGÉTICO GUARAMIX – NCM 2202.99.00, que também foi excluído do levantamento pelo autuante, está correto o procedimento, inclusive com base no entendimento da Diretoria de Tributação, conforme Parecer 23521/2012. Após a retirada dos itens, restou devido o valor de R\$ 27.207,82.

No tocante à infração 02, pelo contribuinte ter praticado operações tributáveis como se não tributáveis fosse, a defesa alegou que os itens relacionados no demonstrativo se referem a entrega de brinde, CFOP 5.910, que não são comercializados pela empresa.

O autuante, quando procedeu a revisão, excluiu o item moto Honda, vez que a mercadoria ingressou no estabelecimento com o ICMS-ST antecipado, restando para infração o valor histórico de R\$ 1.480,01. Desta forma fora revisado o valor da autuação.

Com relação a infração 03, por ter praticado operações tributadas como não tributadas, deixando de recolher o ICMS correspondente, a defesa arguiu a improcedência da exigência sob dois fundamentos: **(a)** existência de produtos sujeitos à substituição tributária; e **(b)** foram listadas operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatária das mercadorias.

O autuante, em sede de informação fiscal, em relação aos itens que a defesa alegou estarem incluídos na substituição tributária, excluiu o item Cremosinho Doce Mel – NCM: 2105.00.00, mantendo, porém, os demais.

A **infração 04**, consiste na mesma acusação anterior, agora referente as saídas através de nota fiscal de consumidor eletrônica – NFC-e, onde a autuada arguiu que constam também mercadorias sujeitos à substituição tributária, conforme listagem, onde constam os produtos **(I)** VODKA 51 ICE, diversos sabores; **(II)** CHOCOLATE TWIX ORIGINAL; **(III)** PALITOS CHOCOLATE CORY AO LEITE; e **(IV)** CREMOSINHO DOCE MEL.

O autuante, na informação fiscal considerou que a infração tem o mesmo teor anterior, diferenciando apenas pelos documentos emitidos, no caso desta, a saídas se deram através de NFC-e, portanto, servem para esta, todas as informações prestadas para anterior.

Assim, excluiu do levantamento o item CREMOSINHO DOCE MEL, por se tratar de sorvete, sujeito à substituição tributária, mantendo os demais itens.

No que tange a Infração 04, os argumentos da defesa, é exatamente os mesmos da Infração 03, de que os itens também estão sujeitos ao regime de substituição tributária. Razão também acatada pelo autuante.

A infração 06, diz que o contribuinte efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao

regime de substituição tributária procedentes de outras unidades federativas.

A defesa atribui ser improcedente a infração argumentando que no levantamento, constam: **(a)** operações pagas por antecipação tributária através de DAE – receita 1145; **(b)** operações que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor; e **(c)** produtos normalmente tributados.

O autuante acatou em parte as alegações da defesa, especificamente quanto a alguns itens que a defesa arguiu serem mercadorias tributadas normalmente, especificamente aos itens COXÃO TRASEIRO e CARNE SECA, que embora não constem na descrição dos mesmos nos documentos fiscais a expressão “CHARQUE”, contudo, nos Registros de entradas e saída da EFD, constatou se tratar de charque.

Outra alegação da defesa consiste na afirmação de que nas notas fiscais que lista, o ICMS-ST já fora retido pelo contribuinte remetente. Apesar de não ter sido analisado pelo autuante, o julgador de primeira instância, consultou as notas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, e constatou ter razão a alegação da defesa, conforme listagem apresentada em seu voto.

Diz inclusive constar nas notas fiscais emitidas pela PANDURATA ALIMENTOS LTDA., a seguinte informação no campo das informações complementares: “Operação interna, prod. produção própria: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000; Biscoitos Cracker e Água e Sal: Redução da BC do ICMS em 58,82% - Produtos da Cesta Básica, nos termos do item 20, do Anexo II, do Regulamento do ICMS. Operação interna, prods adquiridos de terceiros NCM 1905.31.00: ICMS ST recolhido conforme Art. 2º do Anexo XXXIII RICMS/AL - Contribuinte substituído. Operações interestaduais: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000 e Protocolo ICMS 50/2005. Transf entre esta da mesma empresa: Suspensão do IPI conforme Artigo 43, inciso X do Decreto nº 7.212/2010”.

Todas as notas fiscais foram excluídas do levantamento assim como a exclusão de parte das mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, já revisada pelo autuante, que foi acolhida pela autuante. Infração não procedente.

Assim sendo, considerando as razões acima expostas, Nego Provimto ao Recurso de Ofício.

Passo agora a analisar as razões do Recurso Voluntário.

Inicialmente, alega a Recorrente que apesar dos Julgadores da 2ª Junta de Julgamento Fiscal entenderam que as massas para pastel, NCM 19021900, trata-se de produto sujeito ao regime de substituição tributária, no que tange a Infração 01.

A alegação é que a massa para pastel é produto pré-cozido (massa fresca), comercializada resfriada, ou seja, mantida sobre refrigeração de 1º até 10º, geralmente. O item 11.7 do Anexo 1 vigente em 2019 trata de massas alimentícias **não cozidas**.

11.7	17.049.00 a 17.049.05	1902.1	Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%)	20%
------	-----------------------------	--------	--	--	--	-----

Portanto, entendem que o produto massa para pastel deve ser excluído do lançamento. Anexa algumas imagens ao recurso, a exemplo das massas “belamassa”, “massaleve”, “arosco” e “mezzani”, da mesma forma, que a massa para pizza, NCM 19121900, isto porque são massas geralmente pré-cozidas ou pré-assadas, a exemplo das massas “select” e “nutfree”, que também anexa fotos ao recurso.

Analisando os produtos apresentados no Recurso Voluntário, consultando os sites dos fabricantes verifica-se que os itens remanescentes na autuação, não se enquadram naqueles listados no item 11.7 do Anexo I, pois são massas frescas, e massas pré-assadas. Portanto, Infração Improcedente.

Quanto à Infração 02 restaram os itens abaixo no demonstrativo, itens freezer e TV's, que entraram no estabelecimento com os CFOPs 1.551/2.551 Nota Fiscal nº 557546, sem utilização de crédito fiscal. O item de código 114147.0 foi recebido pela Nota Fiscal-e nº 564282, também escriturada em setembro/2019, sem lançamento de crédito. Nota Fiscal-e nº 79936, escriturada em setembro/2019, sem lançamento de crédito e Nota Fiscal-e nº 283109, escriturada em

dezembro/2019, sem lançamento de crédito. Nota Fiscal-e nº 287917, escriturada em dezembro/2019, sem lançamento de crédito, conforme cópia dos EFD ICMS apresentados no recurso.

Embora tanto o autuante, quanto a decisão de piso, tenham entendido que os itens deveriam ser mantidos no levantamento, sob a justificativa que o regulamento dispensa a emissão de nota fiscal para a entrega do brinde ao cliente, todavia, exige a emissão de nota fiscal com lançamento do imposto, conforme art. 389, inc. II do RICMS/2012, o que não ocorreu.

De fato, em análise do referido artigo, nele diz que o contribuinte deverá lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal e posteriormente emitir, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”.

Analisando os itens relacionados no demonstrativo verifica-se que se referem a entrega de brinde (CFOP 5910), não se configurando itens do mix de comercialização da empresa. Embora seja este o caso, considerando que apesar de não ter sido emitida a nota fiscal nos termos do inciso II do Art. 389, não houve prejuízo ao fisco, visto que não houve creditamento do ICMS nos termos do inciso I. Acolho as razões da Recorrente.

Em relação às Infrações 03 e 04, a alegação é que os julgadores da 2ª JFJ mantiveram no lançamento o produto “Chocolate Twix Original 18x40g”, de NCM 19053100. Porém, não se trata de chocolate, pois é de fato biscoito com caramelo e cobertura de chocolate ao leite, inserido na NCM 19053100. Sendo biscoito, está inserido na substituição tributária. Portanto, deve ser excluído do lançamento.

Para designar se um produto está sujeito ao regime de substituição tributária deve cumulativamente a NCM e descrição estar de acordo com a norma vigente. Não é caso observado no presente caso. Infração mantida.

Quanto à Infração 07, diz a Recorrente que as mercadorias indicadas não foram entregues e o fornecedor emitiu NF-e de retorno de mercadoria não entregue, indicando as respectivas chaves das notas fiscais.

De fato na planilha constam as chaves de acesso, a exemplo das notas abaixo consultadas no sítio da nota fiscal eletrônica Portal da Nota Fiscal Eletrônica (fazenda.gov.br) - <https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaResumo.aspx?tipoConteudo=7PhJ+gAVw2g=>, acessado em 19/03/2024, consultadas na qual consta se tratar de devolução, e ser nota fiscal de entrada, conforme *print* extraído das consultas.

Natureza da operação	Tipo da operação	Chave de acesso
DEVOLUCAO DE REMESSA DE VASILHAME/PALETE	0 - Entrada	29-2001-00048785004674-55-001-002998796-198452376-8

Modelo	Série	Número	Data/Hora da emissão
55	1	2998796	06/01/2020 10:01:22-03:00

Dados da NFe

Natureza da operação	Tipo da operação	Chave de acesso
Devolucao Venda Producao Estabelecimento	0 - Entrada	29-2001-92215763000500-55-001-000050109-166123610-5

Modelo	Série	Número	Data/Hora da emissão
55	1	50109	02/01/2020 16:48:00-03:00

Diante deste indício, ampliei consulta às notas fiscais apontadas pela Recorrente, através do portal da nota fiscal eletrônica, disponíveis nos dados da Secretaria da Fazenda, restou

comprovado que houve nota fiscal de entrada pelo fornecedor, para retorno das mercadorias as NF-e indicadas no quadro abaixo que devem ser excluídas do demonstrativo, pois as mercadorias/bens não deram entrada no estabelecimento da autuada. Conforme tabela abaixo, ficou comprovado o valor de R\$ 2.032,53, reduzindo a infração para o valor de R\$ 18.051,99.

NF NÃO ESCRITURADA	NOTA ENTRADA RETORNO	OBSERVAÇÕES NOTA	VALOR	MÊS	Multa	Total Mês
5503292	5507068	Mercadoria não entregue ao destinatário	1.470,00	mai/19	R\$ 14,70	R\$ 14,70
1297782	1298807	Nota fiscal de retorno nf 1297782	136,00	jul/19	R\$ 1,36	R\$ 1,36
238293	242	Retorno NF 232293	450,00	set/19	R\$ 4,50	R\$ 4,50
106279	27470	Estorno nota fiscal 106279	280,00	out/19	R\$ 2,80	R\$ 2,80
97894	24211	Retorno total nf 27894	10.934,00	nov/19	R\$ 109,34	R\$ 111,55
1314966	1319679	Nota fiscal de retorno nf 1314966	221,00	nov/19	R\$ 2,21	
20407	20472	Retorno total nf 20407. Mercadoria não entregue	528,32	dez/19	R\$ 5,28	R\$ 1.897,62
20849	21002	Retorno mercadoria não entregue nf 20849	64.470,00	dez/19	R\$ 644,70	
49967	50109	Devolução de mercadoria nf 49967	64.470,00	dez/19	R\$ 644,70	
98448	24271	Retorno total nf 98448	2.085,00	dez/19	R\$ 20,85	
123111	17052	Retorno total nf 12311	57.600,00	dez/19	R\$ 576,00	
651619	657973	Nota fiscal para retorno ao remetente	100,00	dez/19	R\$ 1,00	
1327826	1333444	Mercadoria não entregue ao destinatário	210,00	dez/19	R\$ 2,10	
2996929	2998796	Mercadoria não entregue ao destinatário	299,00	dez/19	R\$ 2,99	
139489	140772	Não consta observação de devolução				
151005	158244	Não consta observação de devolução				
Total indevido					R\$ 2.032,53	R\$ 2.032,53

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir:

	Infração	Valor Lançado	Valor Julg.-JF	Após Julg. 2ª Inst.	Resultado
01	001.002.006.	53.074,82	27.207,82	0,00	Improcedente
02	002.001.003.	2.610,84	1.480,01	0,00	Improcedente
03	002.001.003.	50.796,78	11.923,23	11.923,23	Procedente em parte
04	002.001.003.	24.214,54	3.414,42	3.414,42	Procedente em parte
05	006.005.001.	2.206,12	2.206,12	2.206,12	Reconhecida
06	007.001.002.	42.224,31	0,00	0,00	Insustentável
07	016.001.006.	20.084,52	20.084,52	18.051,99	Procedente em parte
	TOTAL	195.211,93	66.316,12	35.595,76	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207098.0001/22-8, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.543,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a”, “d” e “f” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 18.051,99**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS