

A. I. N° - 232948.0022/23-0
AUTUADO - LITORAL NORTE COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/03/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0041-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS. Ajuste realizado em sede de informação fiscal, reduziu o valor lançado originalmente. Infração parcialmente procedente. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 24/04/2023, exige crédito tributário no valor de R\$ 39.474,70, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 06.01.01 – falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Trata-se de Equipamento de refrigeração, conforme NF n° 21928 de 12/11/2008, emitida pela EQ Tech Equipamentos Ltda., de SC. Valor R\$ 1.864,63, acrescido da multa de 60%. (II, f)

Infração 02. 007.001.002 - recolhimento a menos do ICMS antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Trata-se de aquisições de macarrão e produtos resultantes do abate de bovinos, nos meses de março a junho e setembro a dezembro de 2019, no valor de R\$ 37.610,07, acrescido da multa de 60%;(II, d)

O autuado impugna o lançamento fls.13/21. Diz que não se conformando com os termos contidos na autuação, vem, com o devido respeito, ofertar a sua impugnação ao aludido Auto de Infração, nos termos quanto lhe permite norma específica do RPAF/99.

Salienta, desde já, a tempestividade da defesa. Diz que o presente Auto de Infração, no que concerne às duas infrações, não pode prosperar, devendo ser totalmente anulada de pleno direito, porque não se encontram estribada dentro dos cânones da legalidade e porque a autuação fiscal exorbitou no seu poder de tributar.

De acordo com o histórico da notificação o autuante se embasou no artigo 4º, inciso XV da Lei 7.014/96, alegando o não recolhimento do diferencial de alíquota na aquisição de bem destinado ao ativo fixo, e o recolhimento a menor da antecipação total das aquisições de macarrão.

Comenta que as alegações trazidas na Notificação não podem prosperar em sua totalidade, porque consubstanciam-se em cobranças indevidas, uma vez que não recolheu o diferencial de alíquota constante na infração 01, por se enquadrar na dispensa prevista na legislação e com relação a infração 02, realizou os cálculos da referida antecipação total das mercadorias destinada a comercialização utilizando a alíquota interna pertinente a mercadoria.

Assim, exorbitou o Fisco em seu poder de tributar, aplicando ao contribuinte o valor total a pagar de R\$ 39.474,70, não condizendo com a realidade das regras de ICMS determinadas no regulamento.

Diz ser empresa pautada na seriedade e no atendimento das leis vigentes, sempre com ética e transparência dos seus atos, discordando veemente do auto de infração aplicado à empresa, quanto as infrações 01 e 02.

Sobre a infração 01, afirma que a nota fiscal eletrônica nº 21928, registrada na sua escritura fiscal como ativo fixo, não gera ICMS diferencial de alíquota, devido a dispensa prevista no artigo 272, inciso I, alínea “a”, item 2, determinando que as empresas enquadradas como microempresas e de pequeno porte estão isentas do recolhimento do referido imposto.

Afirma que em 2018, estava enquadrada como empresa de pequeno porte. Como prova da informação, aduz demonstrar a consulta básica ao cadastro de ICMS da Bahia, disponibilizada pelo portal da SEFAZ/BA em 14/08/2018, assim como, o seu balanço patrimonial com a demonstração do faturamento, onde fica ratificado que nesta data a empresa estava enquadrada como EPP.

Assim sendo, diz que seguiu fielmente a dispensa prevista no artigo 272, inciso I, alínea “a”, item 1, tendo em vista que se enquadrava nesse período como empresa de pequeno porte e que não era devido o ICMS Difal sobre aquisição de ativo imobilizado. Anexa documentos.

Sobre a infração 02, comenta que o agente autuador cometeu dois equívocos:

a) Equívoco 1 - definição incorreta da alíquota do produto “*macarrão*”. Cita o artigo 16, inciso I, alínea a, da Lei 7.014/96, que estabelece a alíquota interna para as operações com macarrão de 7%, sendo esta, a considerada nos cálculos dos períodos citados na notificação, porém o agente autuador, erroneamente, considerou a alíquota de 18% contrariando a determinação da lei onde fica claro que sendo macarrão constante da cesta básica, a alíquota é de 7%.

Consolidando tal entendimento, aponta que a redação do art. 16, da lei 7014/96, faz referência única ao item macarrão. Entende que, uma vez que o macarrão não contenha ingredientes que venham a descaracterizá-lo como alimento básico, ele está enquadrado no referido artigo, beneficiando-se da alíquota de 7%. Traz descrição do significado de macarrão segundo dicionário *online* de Português.

Comenta que as notas fiscais objeto do auto de infração nº 1927179 e 1916821 do ano de 2018, tiveram seus custos de aquisição no valor de R\$ 2,851, o quilo, macarrão parafuso com ovos NCM 1902.11.00, e o macarrão alfabeto com ovos, NCM 1902.11.00, o preço de R\$ 3,12 o quilo.

Já no ano de 2019, conforme, as notas fiscais referenciadas no auto de infração sob os nºs: 1961896/1962383/1972339/1970702/1984123/1993964/2022943/2022867/1961896, NCMS 1902.19.00, NCM 1902.11.00, o item macarrão foi adquirido ao valor médio de R\$ 2,90 a R\$ 3,12, o quilo, devendo ser enquadrados como itens da cesta básica, como o foi, pois o citado produto adquirido não sofreu nenhuma transformação que o descaracterize como macarrão, estando dessa forma, enquadrado no art. 16, da lei 7.014/96, como itens da cesta básica.

Considerando o preço, o NCM e o CEST elencados, aduz que não restam dúvidas que o macarrão em questão se enquadra aos itens da cesta básica, sendo-lhe aplicada a alíquota de 7% e não 18%. Destaca que a empresa é fornecedora a diversos órgãos públicos, sendo eles estaduais e/ou municipais, e que dentre as mercadorias fornecidas consta o item Macarrão, objeto das notas fiscais do auto de infração em questão.

Salienta também, que cerca de 98% das vendas foram destinadas a alimentação escolar, e que nas especificações dos editais, não se prevê alimentos considerados supérfluos, a previsão editalícia prioriza exclusivamente, a aquisição de alimentos básicos para confecção da merenda escolar. Como prova da informação, segue relação das notas fiscais de vendas destinadas às secretarias de educação dos municípios de Camaçari e Simões Filho, nos anos de 2018 e 2019.

Aduz que as notas fiscais 5698, 5742, são de venda emitidas para a Prefeitura Municipal de Camaçari, com destino a Secretaria de Educação no ano de 2018; As notas fiscais 5970, 5971, 5975, 6052, 6143, são notas fiscais de vendas emitidas para a Prefeitura Municipal de Camaçari, destinadas para a Secretaria de Educação no ano de 2019; As notas fiscais nº 5816, 5817, 5818, 5819, 5820, 5873, 5874, 5875, 5876, 5877, 6045, 6046, 6047, 6048, 6049, 6133, 6134, 6135, 6136, 6137, são de vendas emitidas para o município de Simões Filho, com destino a Secretaria de Educação, no ano de 2019.

Para corroborar com o entendimento de que o macarrão objeto do auto de infração, é um alimento básico, diz anexar ao processo, edital de licitação Pregão Eletrônico nº 046/2023 para *aquisição de cestas básicas* da Secretaria de Administração do Estado da Bahia, que dentre os itens a serem adquiridos consta o item *Macarrão, tipo espaguete, a base de farinha, com ovos*. (texto extraído do edital). Assim como, edital P.E 02/2023 da Casa Civil do Estado da Bahia para aquisição de cestas básicas, que dentre os itens a serem adquiridos consta o item *Macarrão, tipo espaguete, a base de farinha, com ovos*. (Texto extraído do edital).

Destaca também, os pareceres tributários nº 23423/2014 da SEFAZ-BA, que trata sobre o tema, "Tributação do Macarrão e Seu Alcance" (Anexo). Apesar de ter ciência que o parecer tributário em epígrafe não possa ser utilizado para a referida defesa, resolveu trazê-lo, para que seja verificado que o entendimento adotado sobre a tributação do item *Macarrão* seguiu o mesmo da parecerista Maria das Graças Rodenburg Magalhães.

b) Equívoco 2 - deixou de computar notas fiscais de devolução: além de o fiscal ter se equivocado, considerando no cálculo do imposto, alíquota interna superior ao definido na legislação para esse produto (macarrão), ele também, não considerou as notas fiscais de devolução das mercadorias adquiridas nos meses de dezembro/2018, março/2019 e abril/2019, tendo sido emitidas as notas fiscais eletrônicas nº 5696 de 03/12/2018, 5814 de 22/03/2019 e 5856 de 22/04/2019. Como prova real das informações apresentadas, demonstra o cálculo, com sua justificativa no Anexo II da defesa e as notas fiscais de devolução parcial citadas.

Por tais razões de fato e de direito aludidas, e diante de todo o exposto, requer que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente.

O Autuante presta informação fiscal fls. 89/92. Diz que o Autuado interpôs defesa administrativa, cujos argumentos defensivos e provas serão analisados a seguir.

Sobre a alegação a respeito da infração 01, frisa que o Autuado, desde o início das suas atividades, sempre apurou o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal. Seu regime de apuração dos impostos nunca se reportou à Lei Complementar nº 123/2006. Inclusive, consultando os registros do Simples Nacional, aduz que se comprova que o Autuado nunca esteve enquadrado no regime do Simples Nacional. Anexa extrato a respeito da situação cadastral da autuada.

Data da consulta: 22/06/2023 11:21:24

Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ: 03.083.780/0001-79

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: LITORAL NORTE COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Situação Atual

Situação no Simples Nacional: **NÃO optante pelo Simples Nacional**Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI**

+ Mais informações

Períodos Anteriores

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: **Não Existem**Enquadramentos no SIMEI em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Eventos Futuros (Simples Nacional)

Não Existem

Eventos Futuros (SIMEI)

Não Existem

Sobre a infração 02, comenta haver dois questionamentos, especificamente quanto à mercadoria macarrão: a alíquota utilizada no levantamento fiscal e ter desconsiderado as notas fiscais de devolução.

Em se tratando da alíquota, explica ser necessária a leitura e interpretação precisa do artigo 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96. Ao se verificar as mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 06 e 07, constata que se trata de massa do tipo “parafuso”, “alfabeto”, “fusilli zero”, “penne”, “spaghetti zero”, “padre nosso zero”, “ave maria com ovos”, “espaguete com ovos”; ou seja, não se tratam de massas que se enquadram como integrantes da “cesta básica”.

Quanto às notas fiscais de devolução nº 5696, 5814 e 5856, declara que razão assiste ao Autuado. Informa ter considerado nos ajustes do levantamento, as notas fiscais de devolução retromencionadas (deduzindo no mês da competência da nota fiscal de entrada respectiva). Assim, o demonstrativo de débito é retificado na forma abaixo:

Infração 02 - 007.001.002

Data Ocorr.	Data Veto.	B. de Cálculo	Aliq.	Multa	VL. Histórico	Inform. Fiscal
31/12/2018	25/01/2019	30.219,00	18%	60%	5.439,42	5.376,91
31/03/2019	25/04/2019	31.726,50	18%	60%	5.710,77	5.687,32
30/04/2019	25/05/2019	29.231,39	18%	60%	5.261,65	5.248,68
31/05/2019	25/06/2019	48.992,00	18%	60%	8.818,56	8.818,56
30/06/2019	25/07/2019	42.095,28	18%	60%	7.577,15	7.577,15
30/09/2019	25/10/2019	26.680,67	18%	60%	4.802,52	4.802,52
				Total	37.610,07	37.511,14

Diante do exposto, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Cabe registrar a presença, na sessão de julgamento, dos representantes da empresa, senhor Paulo César A. Borges - sócio e Maria Edith C. dos Santos – contadora, que realizaram a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, foi arguida nulidade sob o argumento de que o presente Auto de Infração, no

que concerne às duas infrações, não pode prosperar, devendo ser totalmente anulado de pleno direito, porque as infrações não se encontram estribadas dentro dos cânones da legalidade e porque a autuação fiscal exorbitou no seu poder de tributar.

Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18, RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Sendo assim, afasto as nulidades arguidas.

No mérito, o Autuado foi acusado na infração 01, de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O defendente alegou que não recolheu o imposto referente a nota fiscal eletrônica nº 21928, registrada na sua escritura fiscal como ativo fixo, devido a dispensa prevista no artigo 272, inciso I, alínea “a”, item 2, determinando que as empresas enquadradas como microempresas e de pequeno porte estão isentas do recolhimento do referido imposto. Frisou que em 2018, estava enquadrada como empresa de pequeno porte, conforme consulta básica ao cadastro de ICMS da Bahia, disponibilizada pelo portal da SEFAZ/BA em 14/08/2018, assim como, o seu balanço patrimonial com a demonstração do faturamento, onde fica ratificado que nesta data a empresa estava enquadrada como EPP.

Sobre estas alegações, constato que não podem prosperar. De fato, o artigo 272, inciso I, alínea “a”, item 2 do RICMS/2012, dispensa o lançamento e o pagamento relativo ao ICMS da diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente, destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, o defendente não traz à luz deste processo, os elementos necessários e suficientes ao acolhimento de suas alegações.

À fl. 17, o Autuado anexou cópia de consulta onde está declarado o seu regime de apuração: conta corrente fiscal, onde se observa claramente, registro de apuração: *Conta Corrente Fiscal*. Atividade Econômica: *Comercio*. Quanto ao valor de seu faturamento registrado no período, no seu balanço patrimonial, não prova que fez opção pelo Regime do Simples Nacional, o que o autorizaria a gozar dos benefícios do mencionado regime.

Cabe registrar, que conforme trazido aos autos pelo Autuante, documento comprobatório extraído do banco de dados desta SEFAZ/BA, desde o início das suas atividades, sempre apurou o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal. Seu regime de apuração dos impostos nunca se reportou à Lei Complementar nº 123/2006. Em consulta aos registros de seu cadastro, se comprovou que o Autuado nunca esteve enquadrado no regime do Simples Nacional.

Dessa forma, declaro a infração 01 procedente.

A infração 02, acusa o Autuado de ter efetuado recolhimento a menos do ICMS antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Trata-se de aquisições de macarrão e produtos resultantes do abate de bovinos.

O defendente se limitou a contestar no levantamento fiscal, a mercadoria macarrão. Disse que a fiscalização teria cometido dois equívocos nesta infração: (i) definição incorreta da alíquota do

produto "macarrão", cujo artigo 16, inciso I, alínea a, da Lei 7.014/96, estabelece a alíquota interna para as operações com macarrão de 7%, visto que macarrão é constante da cesta básica, porém o agente autuador, erroneamente, considerou a alíquota de 18%; (ii) deixou de computar notas fiscais de devolução das mercadorias adquiridas nos meses de dezembro/2018, março e abril/2019, cujas notas fiscais eletrônicas registrou.

Sobre a primeira alegação, o Autuante esclareceu, que no presente caso, as mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 06 e 07, se tratam de massa do tipo "parafuso", "alfabeto", "fusilli zero", "penne", spaghetti zero", "padre nosso zero", "ave maria com ovos", "espaguete com ovos"; ou seja, não se referem a massas que se enquadram como integrantes da "cesta básica", portanto não se submete ao benefício fiscal da alíquota de 7%.

Quanto às notas fiscais de devolução nº 5696, 5814 e 5856, acolheu a alegação defensiva e ajustou o levantamento fiscal deduzindo no mês da competência da nota fiscal de entrada respectiva, as notas fiscais de devolução retromencionadas.

Analisando os elementos constantes do processo, acolho as conclusões do Autuante, considerando que estão em conformidade com a lei e o regulamento do ICMS. Conforme a legislação tributária de regência, os benefícios fiscais são interpretados literalmente, art. 111 do CTN e seus conceitos não podem ser alargados como pretende o Autuado no que diz respeito a mercadoria *macarrão*.

Assim, julgo procedente em parte esta infração, considerando os ajustes realizados pelo Autuante, com a exclusão das notas fiscais de devolução devidamente comprovadas pelo defendente, remanescendo o valor de R\$ 37.511,14.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0022/23-0**, lavrado contra **LITORAL NORTE COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 39.375,77**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alíneas "d" e "f", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR