

A. I. Nº - 300766.0012/22-0
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/10/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-04/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO E/OU CONSUMO PRÓPRIO. **b)** MERCADORIA BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Fatos não impugnados. Infrações mantidas. **c)** MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Revisão fiscal da lavra do autuante processou a exclusão de valores indevidamente incluídos na autuação. Infração parcialmente subsistente. **d)** REGISTRO DE NOTA FISCAL EM DUPLICIDADE. Revisão fiscal da lavra do autuante processou a exclusão de valores indevidamente incluídos na autuação. Infração parcialmente subsistente. **e)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. **f)** DESTAQUE A MAIOR. ERRO NA ALÍQUOTA. **g)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CRÉDITO A MAIOR QUE O RECOLHIDO. Fatos não impugnados em relação ao mérito. Infrações mantidas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS NÃO ESCRITURADOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Infração mantida. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADOS NÃO TRIBUTÁVEIS, VIA ECF. Revisão fiscal da lavra do autuante processou a exclusão de valores indevidamente incluídos na autuação. Infração parcialmente subsistente. 4. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. 6. Erro na apuração dos valores do imposto. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO/CONSUMO PRÓPRIO. Fatos não impugnados. Infrações mantidas. Não acolhidas as arguições de decadência e indeferido o pedido de diligência. Processada de ofício a adequação da multa aplicada em relação a infração 08. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 06/07/2022, para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 265.359,29, mais multas, em decorrência de 14 (quatorze) imputações, a seguir individualizadas:

- **Infração 01 – 001.002.002:** “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Demonstrativo Crédito Indevido – Material de uso e consumo – 2018”. Valor Lançado R\$ 1.612,73. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 02 – 001.002.003:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Demonstrativo Crédito Indevido – Mercadorias isentas – 2017 e 2018”*. Valor Lançado R\$ 612,57. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 03 – 001.002.006:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária. Demonstrativo Crédito Indevido – Mercadoria com ICMS substituído 2017/2018”*. Valor Lançado R\$ 7.602,33. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 04 – 001.002.020:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Demonstrativo Crédito Indevido – Nota Fiscal lançada em duplicidade – 2017/2018”*. Valor Lançado R\$ 92.234,52. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 05 – 001.002.041:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is). Usou indevidamente crédito de ICMS destacado em documento fiscal maior que o previsto na legislação da Bahia. Demonstrativo Crédito Indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP v UF) - NFs”*. Valor Lançado R\$ 3.948,76. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 06 – 001.002.041:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is). Demonstrativo Crédito a maior – Erro de cálculo do imposto (Aliq. X BC) - 2017”*. Valor Lançado R\$ 1.973,00. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 07 – 001.002.074:** *“Utilizou a maior crédito fiscal referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Usou o valor do crédito referente a antecipação parcial a mais que o efetivamente recolhido no mês. Demonstrativo Crédito Indevido – Ant. Parcial Uso a mais que o recolhido mensalmente”*. Valor Lançado R\$ 45.986,95. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 08 – 002.001.002:** *“Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Operações com NFC-e não lançadas na EFD. Demonstrativo ICMS destacado em notas de consumidor eletrônicas não escrituradas”*. Valor Lançado R\$ 5.765,78. Multa 100% previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 09 – 002.001.003:** *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas com ECF. Demonstrativo Falta de recolhimento do ICMS – Operação tributada como não tributada (ECF) - 2017”*. Valor Lançado R\$ 31.688,82. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 10 – 002.001.003:** *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas com NFC-e. Demonstrativo Falta de recolhimento do ICMS – Operação tributada como não tributada (ECF) - 2018”*. Valor Lançado R\$ 34.197,92. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 11 – 003.001.001:** *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Em abril/19, o valor declarado a recolher, mas não recolhido, gerou Débito Declarado PAF nº 8500002117199, lavrado em 17/04/2019 (apurado através de valores declarados em sua DMA), conforme relação de débito constante do supracitado PAF no Sistema INC da SEFAZ, e informado na coluna “Valores a recolher por DD” do demonstrativo de cálculo desta infração. No entanto, os valores reclamados no DD não sanaram o valor declarado na EFD pelo Contribuinte, restando ainda, conforme demonstrativo anexo, valores a recolher. Demonstrativo Débito Declarado na Apuração do ICMS recolhido a menor – 2017 e 2018”*. Valor Lançado R\$ 12.693,32. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 12 – 003.002.002:** “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas com ECF. Demonstrativo Débito a menor operações com ECF – Erro na determinação na carga tributária”. Valor Lançado R\$ 12.628,12. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 13 – 003.002.004:** “Recolheu a menor ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto. Saídas com NFC-e. Demonstrativo Débito a menor operações com ECF – Erro no cálculo do imposto (Alíquota x base de cálculo) – Op. Com NFC-e”. Valor Lançado R\$ 1.633,21. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 14 – 006.001.001:** “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Demonstrativo Débito de diferencial de alíquota – Ativo Imobilizado”. Valor Lançado R\$ 12.781,46. Multa 60% previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de sua Representante Legal, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 82 a 96, tecendo as alegações a seguir delineadas.

Inicialmente se reportou à infração 03, que trata de exigência de créditos fiscais utilizados nas aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, arguindo que identificou alguns itens que não estão enquadradas nesse regime, não possuem a fase de tributação encerrada, sendo devido o creditamento do ICMS em suas aquisições, conforme abaixo:

Farinha de Rosca: Não se confunde com produtos derivados de farinha de trigo, pois embora seja um subproduto do pão, é transformado com suas sobras em novo produto, que possui tributação normal, e não se encontra inserido no Anexo I do RICMS/BA.

Cereal Matinal: Não se confunde com SALGADINHOS, possui tributação normal, pois não se encontra inserido no Anexo I do RICMS/BA, quais sejam, *cereal matinal nesfit sachet 120g, cereais bits adria maca e banana 60g, cereais bits adria cast e coco 60g e cereais bits adria cacau e castanha 60g*.

Nuggets de Frango com Queijo: Não se confunde com produtos resultantes do abate de aves (que é o previsto na ST), possuindo tributação normal, pois não se encontra inserido no Anexo I do RICMS/BA.

Vodka: Bebidas alcoólicas, inclusive Vodka, vigorou na ST até o exercício de 2016, não estando inserido no Anexo I do RICMS/BA, em 2017 ou 2018, possuindo tributação normal a partir de então, sendo permitido o crédito pelas entradas.

REGISTRO P/GAS VINIGAS C MANGUEIRA: Nenhuma identificação, nem por similaridade, deste produto, da inserção no levantamento fiscal, por considera-lo como sendo da ST, sendo que não se identifica sua inclusão no Anexo I do RICMS/BA.

BOMBOM POPULAR 250G: Trata-se de bombom popular (doce, bala), e não bombom de chocolate, que é o qual está inserido na ST, possuindo, assim, tributação normal, tendo seu crédito devido.

ESCOVA DENTAL: Inserida no levantamento possui NCM 96032100, diferente da prevista no Anexo I do RICMS/BA, versão 2017, que é a 3306.1, que é a constante do item 9.17, conforme abaixo, sendo o crédito permitido, pois possui saída tributada normalmente:

9.17	20.023.00	3306.1	Identificrios	Conv. ICMS 76/94 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RN, SE e TO. Prot. ICMS 99/09: BA e PR	65,52% (Alíq. 4%) 60,35% (Alíq. 7%) 51,72% (Alíq. 12%)	65,52% (Alíq. 4%) 60,35% (Alíq. 7%) 51,72% (Alíq. 12%)	41,38%
------	-----------	--------	---------------	--	--	--	--------

BATATA PALHA: Produto não enquadrado na ST, pois não são “salgadinhos”, além de possuir

NCM (22052000) que não possui previsão na legislação do Estado, como amplamente discutido em vários julgados deste CONSEF, conforme acórdãos exemplificativos CJF 0222-12/15, 0264-12/15, 0240-12/19 e 0193-11/18.

PIZZA SADIA FRANGO C/CATUP E MUSS 460GR: A NCM do produto lançado (19022000) é diferente da prevista no Anexo I do RICMS/BA, versão 2018 (1905.90.90), conforme se observa do item 11.28.1 do citado anexo, comparado com parte do demonstrativo da infração, portanto possui tributação normal.

11.28.1	17.062.01	1905.90.90	Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas, exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03	Prot. ICMS 53/17 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	30%
---------	-----------	------------	--	--	--	--	-----

LUZ NOTURNA LED 0.6W 127V ÚNICO e LUZ NOTURNA LED 0.6W 220V ÚNICO: Produtos sem identificação de seu enquadramento na ST no exercício de 2018, pois não se encontra no Anexo I do RICMS/BA nenhum grupo de itens em que haja similaridade. Produto com tributação normal.

TUBO ISOL 20MM X 22 7/8 AF-M ARMAFLEX CX 64MT: Produto com NCM (40091100) inexistente no Anexo I do RICMS/BA, versão 2018.

CANTONEIRA INT 50X50MM PP (3M), CANTONEIRA EXT 40X190MM PP (3M), PERFIL U 40X200X40MM PP (3M) e PERFIL U 40X100X40MM PP (3M): Produtos com NCM (72169000) inexistente no Anexo I do RICMS/BA, versão 2018, portanto com tributação normal.

Em seguida passou a se reportar a infração 04, que trata de utilização indevida de crédito fiscal referente a documentos fiscais lançados em duplicidade. No tocante a esta infração alegou, a título de preliminar de mérito, a ocorrência de decadência em relação aos lançamentos referentes aos documentos fiscais anteriores a 18/07/2017, haja vista que tomou ciência do presente auto de infração em 18/07/2022.

Em seu socorro se referiu a Súmula 12 deste CONSEF, que define que para efeito do prazo decadencial o lançamento somente se aperfeiçoa com a ciência pelo contribuinte do Auto de Infração, se reportando, também, ao art. 156, V, do CTN que trata da extinção do crédito tributário por prescrição ou decadência, citando, ainda, doutrina e farta jurisprudência para consubstanciar seus argumentos.

Ao adentrar ao mérito de infração 04, citou a existência de uma incorreção contida no relatório da lavra do autuante, na medida em que, ao se tratar de lançamento a crédito de um documento fiscal em DUPLICIDADE, a glosa a ser realizada pelo Fisco deve ser de apenas METADE do lançado, pois o que é indevido é apenas uma das notas que foram duplicadas, e não as duas, conforme foi montado o demonstrativo, apontando como exemplo o mês 07/18 onde o valor lançado no total do mês é de R\$ 6.695,85, que é exatamente o valor lançado no auto de infração para o período.

Adentrou, em seguida, à infração 06, que se refere a utilização indevida de crédito fiscal devido a destaque do imposto a mais no documento fiscal, onde voltou a requerer a ocorrência de decadência para os fatos ocorridos anteriormente a 18/07/2017, pelas mesmas razões já citadas no item anterior.

Naquilo que concerne à infração 09, que trata de prática de operações tributáveis como não tributáveis, alegou a existência de produtos que são da Substituição Tributária, notadamente *MISTURA PARA BOLO*, que possui suas saídas sem tributação, por já ter a fase de tributação encerrada, que aparece fartamente no demonstrativo, conforme indicou, sustentando que

comprova o enquadramento de tal produto na ST através de *print* do Anexo I do RICMS/BA, versões 2017 e 2018, a seguir:

2017:

11.14.3		1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg	Não tem	Não tem	136,49% (Aliq. 4%) 129,10% (Aliq. 7%) 116,78%(Aliq. 12%)	102%
---------	--	---------------------	---	---------	---------	--	------

2018:

11.14.3		1901.2 1901.90.9	Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg	Não tem	Não tem	136,49% (Aliq. 4%) 129,10% (Aliq. 7%) 116,78%(Aliq. 12%)	102%
---------	--	---------------------	---	---------	---------	--	------

Destacou que, por contradição na auditoria realizada, o autuante cobrou neste mesmo auto de infração, especificamente na Infração 03, estas **mesmas mercadorias** em relação ao crédito indevido de mercadorias da ST, conforme tela da Infração 03 abaixo, e agora na Infração 09 procura cobrar o imposto da saída como se não fosse o mesmo produto, pelo que requereu revisão mediante diligência de forma a se retirar o produto MISTURA PARA BOLO da Infração 09.

Concluiu pugnando pela realização da diligência requerida e pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 108 a 113, onde, em relação à infração 03, passou assim a se posicionar quanto aos argumentos defensivos:

FARINHA DE ROSCA – Foi alegado pela defesa que tal mercadoria não se confunde com produtos derivados de farinha de trigo, mesmo sendo subproduto do pão e que não se encontra inserido no Anexo 1 do RICMS/BA.

A este respeito sustentou que o questionamento defensivo não merece prosperar pois o produto Farinha de Rosca está incluído no rol das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, conforme esclarecido no Parecer DITRI/GECOT Nº 5540/2021 – Processo Nº 040579/2021-0, a seguir transcrito:

Ementa:

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES COM FARINHA DE ROSCA. NCM 1905.90.90. APLICABILIDADE. Considerando que a farinha de rosca está classificada na posição NCM 1905.90.90 (item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/BA), e se caracteriza igualmente como um produto de panificação, está a mesma incluída no regime de substituição tributária do ICMS, visto que atende aos requisitos estabelecidos pelo legislador para seu enquadramento nesse regime de tributação. RICMS/BA, art. 289. Anexo 1 do RICMS/BA, item 11.18.1.

“A Consulente deseja saber se com o advento do Decreto nº 19.781/2020 houve alteração na tributação das seguintes mercadorias:

FARINHA DE ROSCA 24X500G 19019090 713-0000042

FARINHA DE ROSCA 5X5KG 19019090 713-0001459

Informa que no Processo 508.667/2018-1, recebeu o Parecer considerando os produtos acima com tributação normal nas saídas dentro do Estado. Deseja saber qual o atual tratamento tributário dado a tais mercadorias.

RESPOSTA:

Inicialmente, esclarecemos à Consulente que a farinha de rosca é obtida de uma mistura de farinha de trigo

e sal, ou de farinha de trigo acrescida de outros ingredientes além do sal, a exemplo do açúcar e do fermento, e é largamente empregada na culinária para empanar alimentos que serão submetidos à fritura, bem como em outras receitas. A utilização da tecnologia de extrusão possibilita a fabricação de uma farinha de rosca com textura e porosidade específicas, e com exata granulação e coloração.

Por outro lado, a farinha de rosca também pode ser obtida em ambiente doméstico e de forma caseira a partir da torragem e moagem do pão, ou seja, a farinha de rosca não industrializada é tradicionalmente produzida a partir do pão torrado, caracterizando-se igualmente como um produto de panificação.

Portanto, a posição NCM citada pela Consulente na Inicial para o produto Farinha de Rosca está errada. A posição NCM correta para a mercadoria Farinha de Rosca é a 1905.9090. (<https://portalunico.siscomex.gov.br/classif/#/nomenclatura/190590>).

Feito o esclarecimento, passamos a responder a questão formulada.

O RICMS/BA dispõe: “Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento”.

O Anexo I contém:

“Item 11.18.1 - CEST 17.062.01 - NCM 1905.90.90 - Descrição Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03”

Como se vê, o produto descrito pela Consulente, farinha de rosca classificada na posição NCM 1905.90.90 (item 11.18.1 do Anexo I do RICMS/BA), caracteriza-se como um produto de panificação, incluído no regime de substituição tributária do ICMS, visto que atende aos requisitos estabelecidos pelo legislador para seu enquadramento nesse regime de tributação, conforme disciplina contida no art. 289 do RICMS/BA.”

CEREAL MATINAL – Disse que foi alegado pela defesa que este produto não se confunde com SALGADINHOS, possui tributação normal, pois não se encontra inserido no Anexo I do RICMS/BA.

Disse que o autuado tem razão em dizer que CEREAL MATINAL não se confunde com SALGADINHOS, já que possuem NCM diferentes, enquanto Cereal Matinal possui NCM 1904.10.00, os Salgadinhos Diversos possuem NCM 1905.90.9, no entanto, ambos estão inseridos no rol das mercadorias do Anexo 1 do RICMS, no item 11.8 se encontram os **Cereais Matinais**, especificados como *Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação*, que passou a integrar o Anexo 1 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, a partir de fevereiro de 2017, por força das alterações promovidas pelo Decreto nº 17.303/2016, de 28 de dezembro de 2016, por isso, manteve a exigência.

VODKA: Pontuou que bebida alcoólica - Vodka de NCM 2208.6, realmente, esteve inserida na relação das mercadorias sujeitas à Substituição ou Antecipação Tributária, do Anexo 1, do RICMS/BA somente até 31/05/2016, entretanto tal produto não se encontra inserido nos demonstrativos “Créditos Indevidos Mercadorias ST 2017 e 2018”, destacando que a mercadoria inserida nos demonstrativos é **VODKA SKARLOFF ICE ACAI GUA 275M** e **VODKA SKARLOFF ICE GREEN APPLE 275ML**, de NCM 2208.9, creditada indevidamente em 27/07/2017 que não se confunde com VODKA, observando que VODKA ICE está relacionada ao Anexo 1 do RICMS nos anos 2017 e 2018, no rol das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, no item 3.17, com a seguinte descrição: *“Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%”*.

Para referendar seu argumento citou o Parecer DITRI/GECOT Nº 2390/2023 – Processo Nº 037516/2023-7 – Ementa: *“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NCM. A mercadoria ICE é uma bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, NCM 2208.9. Anexo 1 do RICMS/BA, item 3.19”*.

REGISTRO P/ GÁS VINIGAS C/ MANGUEIRA: Pontuou que o autuado alegou que não há nenhuma identificação desse produto como sendo da Substituição Tributária, todavia, o produto incluído no levantamento fiscal em 22/08/2017, de NCM 8481, encontra-se enquadrado na relação das mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, especificamente no item 8.79, com a seguinte descrição: *Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes.*

BOMBOM POPULAR 250 G: Sustentou que a mercadoria constante nos levantamentos fiscais com NCM 18069000, faz parte das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, especificamente no item 11.7, com a seguinte descrição: *Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau.*

ESCOVA DENTAL: Citou que foi alegado pela defesa que estaria inserido no o item 9.17 (Dentifrícios), NCM 3306.1, do Anexo 1, porém, além do item 9.17 (Dentifrícios), NCM 3306.1, citado pela defesa, há também no Anexo 1, o item 9.26, relacionando as mercadorias de NCM 96032100, com a seguinte descrição: *Escovas de dentes, incluídas as escovas para dentaduras, logo, o argumento defensivo é totalmente infundado já que as escovas dentais também fazem parte das mercadorias devidas por Substituição Tributária.*

BATATA PALHA: Disse que, mais uma vez o autuado cita produto em item diferente, tentando fazer uma confusão nas NCMs, já que realmente o produto BATATA PALHA não se encontra inserido no rol dos SALGADINHOS DIVERSOS, item 11.9, NCM 1905.90.9, mas sim, no item 11.10, NCM 2005.2 e 2005.9, para os produtos *Batata frita, inhame e mandioca fritos*, tal qual descrito no levantamento fiscal apontado na Infração 03, inclusive, na Defesa, às fls. 86, do PAF, há um “print” do Demonstrativo de Crédito Indevido – Merc. ST, comprovando que a mercadoria BATATA PALHA, possui NCM 20052000, sendo, por isso, incluído como uso indevido de crédito fiscal.

PIZZA SADIA FRANGO C/ CATUP E MUSS 460GR: Em relação a este produto disse que na EFD do autuado ano 2018, há PIZZAS consideradas tanto com NCM 19022000, quanto com NCM 19059000, entretanto todas classificadas com CFOP de mercadorias substituídas, conforme disposto no item 11.28.1, do Anexo 1, do RICMS/BA, com a seguinte descrição: *Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03.*

Observou que foi questionado pela defesa que o produto lançado com NCM 190222000 não é da Substituição Tributária, no entanto o autuado registrou corretamente todas as saídas de PIZZAS, inclusive dessa mercadoria, com CFOP 5405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído), sem destaque de ICMS, conforme transcrito abaixo nos lançamentos do Livro Registro de Saídas na EFD da Empresa. Sendo assim as mercadorias enquadradas na ST têm suas saídas sem tributação e sem direito ao uso do crédito fiscal, portanto, o autuado errou ao utilizar o valor do crédito referente a essa mercadoria, o quadro abaixo do Registro de Saídas do Item Cód. 25210.0 - PIZZA SADIA FRANGO C/ CATUP E MUSS 460GR:

Data	NumDoc	CodItem	NCM	DescrItem	Quant	Unid.	CST	CFOP	VlItem	VIDesc	VLIqItem	VIBelcms	Aliqcms	VlIcms
31/03/2018	1803	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	17	UN	060	5405	207,91	2,91	205,00	-	-	-
01/04/2018	1804	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	5	UN	060	5405	60,55	2,07	58,48	-	-	-
02/04/2018	1805	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	4	UN	060	5405	48,44	0,49	47,95	-	-	-
03/04/2018	1806	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	16	UN	060	5405	193,76	1,16	192,60	-	-	-
04/04/2018	1808	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	19	UN	060	5405	286,37	2,93	283,44	-	-	-
05/04/2018	1809	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	8	UN	060	5405	117,52	1,46	116,06	-	-	-
06/04/2018	1811	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	5	UN	060	5405	82,15	0,41	81,74	-	-	-
07/04/2018	1812	25210.0	19022000	PIZZA SADIA FRANGO CCATUPIRY 460GR	7	UN	060	5405	115,01	1,64	113,37	-	-	-

Em seguida citou que o autuado tem razão quanto ao questionamento das NCMs não constar na relação das mercadorias do Anexo I, RICMS/BA, para os seguintes produtos: NUGGETS DE FRANGO COM QUEIJO – NCM 1902.2000; LUZ NOTURNA LED 0.6W 127V e 220V; TUBO ISOL 20MM x 22 7/8 AF-M ARMAFLEX CX 64MT; CANTONEIRA INT 50x50 PP (3M); CANTONEIRA EXT 40x190MM PP (3M); PERFIL U 40x200x40MM PP (3M); e PERFIL U 40x100x40MM PP (3M), razão pela qual processou as exclusões que entendeu necessárias, na forma abaixo demonstrada:

Data	Descrição do Item	NCM	Vlr Cred. Auditado
21/07/2017	NUGGETS DE FRANGO C/QUEIJO SADIA 300G	19022000	10,12
29/08/2018	LUZ NOTURNA LED 0.6W 127V ÚNICO	94054090	9,36

29/08/2018	LUZ NOTURNA LED 0.6W 220V ÚNICO	94054090	9,36
13/09/2018	TUBO ISOL 20MM X 22 7/8 AF-M ARMAFLEX CX 64MT	40091100	21,83
06/09/2018	CANTONEIRA INT 50X50MM PP (3M)	72169900	10,08
06/09/2018	CANTONEIRA EXT 40X190MM PP (3M)	72169900	47,44
13/09/2018	CANTONEIRA INT 50X50MM PP (3M)	72169900	28,46
13/09/2018	CANTONEIRA EXT 40X190MM PP (3M)	72169900	44,64
28/09/2018	CANTONEIRA EXT 40X190MM PP (3M)	72169900	47,44
13/09/2018	PERFIL U 40X200X40MM PP (3M)	72169900	10,67
13/09/2018	PERFIL U 40X100X40MM PP (3M)	72169900	6,98
TOTAL PARA EXCLUSÃO			246,38

Em consequência elaborou novo demonstrativo de débito para a infração 03, cujo valor original de R\$ 7.602,33 para R\$ 7.355,95, passando a ser representada pela seguinte configuração:

INFRAÇÃO 03 – 001.002.006

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Valor Histórico (R\$)	Informação
31/07/2017	09/08/2017	1.647,61	296,57	Valor Alterado
31/08/2017	09/09/2017	3.275,22	589,54	Valor Inalterado
30/09/2017	09/10/2017	1.879,56	338,32	Valor Inalterado
31/10/2017	09/11/2017	960,56	172,90	Valor Inalterado
30/11/2017	09/12/2017	663,06	119,35	Valor Inalterado
31/12/2017	09/01/2018	9.378,78	1.688,18	Valor Inalterado
28/02/2018	09/03/2018	1.913,67	344,46	Valor Inalterado
31/03/2018	09/04/2018	1.704,83	306,87	Valor Inalterado
30/04/2018	09/05/2018	3.183,56	573,04	Valor Inalterado
31/05/2018	09/06/2018	1.679,33	302,28	Valor Inalterado
30/06/2018	09/07/2018	720,50	129,69	Valor Inalterado
31/07/2018	09/08/2018	4.405,56	793,00	Valor Inalterado
31/08/2018	09/09/2018	1.272,11	228,98	Valor Alterado
30/09/2018	09/10/2018	1.963,22	353,38	Valor Alterado
31/10/2018	09/11/2018	3.685,22	663,34	Valor Inalterado
30/11/2018	09/12/2018	2.533,61	456,05	Valor Inalterado
Total da Infração R\$ 7.355,95				

Em relação a Infração 04 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, destacou que foi alegado decadência para o período anterior a 18/07/2017, ao argumento de que tomou ciência do Auto de Infração em 18/07/2022, conforme cópia do DTE, fl. 78.

Lembrou que o Art. 305, do RICMS/BA, estabelece que os contribuintes que apuram o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, como é o caso do autuado, deverão apurar o ICMS no último dia de cada mês, conforme sua escrituração fiscal. Assim, a data de ocorrência da infração 04, no mês de julho, foi em 31/07/2017, referente às operações do mês de julho de 2017, portanto, a partir do mês de julho, quando ocorreu a ciência do Auto de Infração, existe o direito à constituição do crédito tributário.

No que diz respeito as alegações defensivas de existência de incorreções nos demonstrativos onde foi considerado duas vezes o lançamento do crédito em duplicidade, disse que assiste razão ao autuado, razão pela qual processou revisão no lançamento, tendo sido elaborados novos relatórios, em anexo, os quais passaram a constar apenas os lançamentos duplicados, ficando, dessa forma, a Infração 04 retificada do valor de R\$ 92.234,52 para R\$ 46.108,98, conforme nova configuração abaixo transcrita:

INFRAÇÃO 04 – 001.002.020

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Valor Histórico (R\$)	Informação
31/07/2017	09/08/2017	60.571,27	10.902,83	Valor Alterado
31/10/2017	09/11/2017	2.945,16	530,13	Valor Alterado
28/02/2018	09/03/2018	5.158,77	928,58	Valor Alterado
31/03/2018	09/04/2018	3.307,83	595,41	Valor Alterado
30/04/2018	09/05/2018	3.911,38	704,05	Valor Alterado
31/05/2018	09/06/2018	4.277,55	769,96	Valor Alterado
30/06/2018	09/07/2018	17.545,55	3.158,20	Valor Alterado
31/07/2018	09/08/2018	18.616,44	3.350,96	Valor Alterado
31/08/2018	09/09/2018	1.996,44	359,36	Valor Alterado
30/09/2018	09/10/2018	1.919,61	345,53	Valor Alterado
31/10/2018	09/11/2018	64.815,05	11.666,71	Valor Alterado
30/11/2018	09/12/2018	28.126,61	5.062,79	Valor Alterado
31/12/2018	09/01/2019	42.969,27	7.734,47	Valor Alterado
Total da Infração R\$ 46.108,98				

Naquilo que se relaciona a infração 06 onde o autuado, tal como na infração 04, alegou decadência para os fatos geradores ocorridos anteriores a 18/07/2017, não acolheu tal argumento pelas mesmas razões já postas no item anterior.

Por fim, em relação a infração 09, relacionada a prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas operações de Saídas por ECF, pontuou que foi questionado pelo autuado que o produto MISTURA PARA BOLO, mercadoria com fase da tributação já encerrada, foi inserida no demonstrativo “Falta de recolhimento do ICMS – Operação tributada como não tributada (ECF) – Lista de notas fiscais 2017”.

Disse assistir razão ao autuado em seu argumento já que faz parte da Infração 03 o produto Mistura para Bolo, mercadoria da ST, portanto correto constar no demonstrativo do Crédito Indevido de Mercadorias da ST, e que, por esta razão, além da mercadoria Mistura para Bolo, retirou, também, do demonstrativo as mercadorias PANETONES e PERU CONGELADO, por fazer parte do rol das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária em 2017. Assim, após exclusões das mencionadas mercadorias, elaborou novos demonstrativos, em anexo, razão pela qual a Infração 09 foi alterada de R\$ 31.688,82 para R\$ 21.776,79, conforme nova configuração abaixo transcrita:

INFRAÇÃO 09 – 002.001.003

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo (R\$)	Valor Histórico (R\$)	Informação
31/07/2017	09/08/2017	18.358,00	3.304,44	Valor Alterado
31/08/2017	09/09/2017	19.906,72	3.583,21	Valor Alterado
30/09/2017	09/10/2017	14.841,05	2.671,39	Valor Alterado
31/10/2017	09/11/2017	13.069,72	2.352,55	Valor Alterado
30/11/2017	09/12/2017	13.630,61	2.453,51	Valor Alterado
31/12/2017	09/01/2018	16.722,38	3.010,03	Valor Alterado
31/01/2018	09/02/2018	12.824,55	2.308,42	Valor Inalterado
28/02/2018	09/03/2018	11.629,11	2.093,24	Valor Inalterado
Total da Infração R\$ 21.776,79				

Ao concluir destacou que o autuado não questionou erros nas infrações 01, 02, 05, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14, sendo, portanto, todas procedentes, conforme preceitua a regra contida no Art. 140, do RPAF/BA: “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”, pugnando, assim, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, cujo imposto valor histórico de R\$ 265.359,29 foi reduzido para o valor de R\$ 209.075,34, após alteração parcial das infrações 03, 04 e 09.

O autuado foi intimado via DT-e, fl. 115, com a concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar acerca da informação fiscal, porém, não consta nos autos que tenha havido manifestação pelo mesmo, conforme assinalado através do despacho de fl. 116.

VOTO

Inicialmente registro que apesar do presente Auto de Infração indicar a ocorrência de 14 (quatorze) imputações de infrações à legislação tributária, com exigência de ICMS no montante de R\$ 265.359,29, o autuado não se insurgiu em relação as infrações 01, 02, 05, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14, as quais ficam mantidas nos valores respectivos de R\$ 1.612,73, R\$ 612,57, R\$ 3.948,76, R\$ 45.986,95, R\$ 5.765,78, R\$ 34.197,72, R\$ 12.693,32, R\$ 12.628,12, R\$ 1.633,21 e R\$ 12.781,46.

Considerando que não foram apresentados questionamentos relacionados aos aspectos formais do lançamento, o qual atende ao quanto disposto pelos Arts. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Legal do Estado da Bahia – RPAF/BA e 142 do Código Tributário Nacional – CTN, adentro ao exame do mérito do lançamento em relação aos itens da autuação que foram questionados pelo autuado.

Antes, porém, analiso a preliminar de mérito a título de decadência apresentada na peça defensiva em relação as infrações 04 e 06, para os fatos geradores ocorridos em relação **as competências anteriores a 18/07/2017**, ao argumento de que só foi cientificado do lançamento em 18/07/2022.

Não vejo como possa dar guarida ao argumento defensivo na medida em que inexistem nesses autos lançamentos referentes a **competências anteriores a 18/07/2017**. O que se verifica nos autos, em relação as infrações citadas, é lançamento de crédito tributário com data de ocorrência a partir de 31/07/2017, e, considerando que a ciência do lançamento ao autuado ocorreu em 18/07/2022, ainda não havia decaído o direito da Fazenda Estadual em efetuar o lançamento pois ainda não havia ocorrido o prazo de 05 (cinco) anos estabelecido no Art. 150, § 4º do CTN, para efeito de impedimento da realização do lançamento tributário.

Lembro que, conforme bem assinalado pelo autuante, que o Art. 305, do RICMS/BA, estabelece que os contribuintes que apuram o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, como é o caso do autuado, deverão efetuar a apuração do imposto no último dia útil de cada mês, conforme sua escrituração fiscal. Assim, a data de ocorrência da infração 04 e, também da infração 06, no mês de julho, foi em 31/07/2017, referente às operações desse mês, portanto, a partir da apuração do imposto no mês de julho, ocorrida no último dia útil daquele mês, existia o direito à constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública, inexistindo, assim, a pretendida decadência, que fica aqui afastada.

No que tange ao mérito da infração 03, que exige ICMS no total de R\$ 7.602,33 a título de utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, o autuado questionou a exigência ocorrida em relação aos seguintes produtos: Farinha de Rosca, Cereal Matinal, Nuggets de Frango com queijo, Vodka, Registro p/gás Vinigas c/mangueira, Bombom popular 250g, Escova dental, Batata Palha, Pizza Sadia c/Catup e Muss 460gr, Luz Noturna Led 0.6W 127 v e 220v Único, Tubo Isol 20mm x 22 7/8 AF-M, Cantoneira IN 50x50mm, Cantoneira Ext 40 x 290mm, Perfil U 40x200x40mm e Perfil U 40x100x40mm, sob o argumento de que tais produtos não estão incluídos na substituição tributária, apresentando suas justificativas para manutenção dos créditos fiscais que foram utilizados.

Tais argumentos foram analisados de forma individualizada pelo autuante, que manteve a exigência em relação a alguns dos itens acima, de forma devidamente fundamentada, cujo resultado foi submetido à apreciação do autuado que não contestou, motivo pelo qual mantenho o posicionamento do autuante em relação aos itens mantidos por entender se encontrar correto seu posicionamento consubstanciado no relatório que antecede este voto.

Por outro lado, e pelas mesmas razões acima, acolho o posicionamento do autuante em relação aos itens excluídos da autuação, pertinentes aos seguintes produtos cujas NCMs não constam na relação das mercadorias do Anexo I, RICMS/BA: NUGGETS DE FRANGO COM QUEIJO – NCM 1902.2000; LUZ NOTURNA LED 0.6W 127V e 220V; TUBO ISOL 20MM x 22 7/8 AF-M ARMAFLEX CX 64MT; CANTONEIRA INT 50x50 PP (3M); CANTONEIRA EXT 40x190MM PP (3M); PERFIL U 40x200x40MM PP (3M); e PERFIL U 40x100x40MM PP (3M), cujo total excluído soma R\$ 246,38, fl. 111, restando, em consequência, a subsistência parcial da infração 03 no valor de R\$ 7.355,95 consoante demonstrado à fl. 112.

No que tange à infração 04, onde se exigiu ICMS no montante de R\$ 92.234,52 em razão de lançamento de crédito fiscal em duplicidade para o mesmo documento fiscal, foi questionado pela defesa que o lançamento ao invés de processar a exigência em relação ao lançamento que implicou em crédito em duplicidade, efetuou a exigência considerando os dois lançamentos, ou seja, o lançamento original ao qual efetivamente faz jus ao crédito e, também, conjuntamente, com o referente ao lançamento em duplicidade.

Tal argumento foi acolhido pelo autuante que, após processar as análises julgadas necessárias, procedeu a revisão no lançamento, efetuando as exclusões pertinentes, resultando no novo valor do débito para a infração 04 no montante de R\$ 46.108,98, com o que concordo, sendo, portanto, desnecessário a realização de diligência requerida pelo autuado neste sentido.

Infração 04 parcialmente subsistente no valor de R\$ 46.108,98.

Naquilo que se relaciona a infração 09, onde foi reclamado crédito tributário no montante de R\$

31.688,82 em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, foi questionado pelo autuado a exigência em relação ao produto Mistura para Bolo, que suas saídas ocorrerem sem tributação pelo fato de já se encontrar com a fase de tributação encerrada, destacando, ainda, que esta mesma mercadoria, e outras não citadas, já se encontram incluídas na infração 03 que trata de utilização indevida de créditos fiscais.

Tal argumento foi acolhido pelo autuante que declarou estar correto constar no demonstrativo do Crédito Indevido de Mercadorias da ST em relação a esta mercadoria, e que, por esta razão, além da mercadoria Mistura para Bolo, retirou, também, do demonstrativo as mercadorias PANETONES e PERU CONGELADO, por fazer parte do rol das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária em 2017.

Em consequência, e após exclusões das mencionadas mercadorias, elaborou novos demonstrativos, em anexo, razão pela qual a Infração 09 foi alterada de R\$ 31.688,82 para R\$ 21.776,79, de acordo com o demonstrativo à fl. 113, com o que concordo, razão pela qual a infração 09 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 21.776,79.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 209.075,34, sendo as infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 13 e 14 inteiramente procedentes, enquanto que as infrações 03, 04 e 09 parcialmente subsistentes nos valores respectivos de R\$ 7.355,95, R\$ 46.108,98 e R\$ 21.776,79, conforme acima demonstrado.

Entretanto, de ofício, processo a adequação da multa consignada na infração 08 no percentual de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, para o percentual de 60% de acordo com o estabelecido no inciso II, “f” do mesmo artigo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300766.0012/22-0, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 209.075,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos VII, “a”, e II, “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA