

A. I. Nº	- 129712.0036/22-4
AUTUADO	- HIPERIDEAL EMPREENDIMENTOS LTDA.
AUTUANTE	- MARIA CRISTINA ALVES CORREIA DOS SANTOS
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/02/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-04/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO/CONSUMO PRÓPRIO; **b)** MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Processada revisão fiscal pela autuante e, após as exclusões necessárias, ambas as infrações restaram parcialmente subsistentes. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Argumentos defensivos apresentados foram insuficientes para elidir a acusação. Item subsistente. 3. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. OPERAÇÕES REGISTRADAS. TRIBUTAÇÃO POR OCASIÃO DAS SAÍDAS. Excluídas da autuação valores incluídos indevidamente na exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração sob análise teve sua expedição ocorrida em 01/12/2022 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 144.615,00, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 001.002.002:** “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Anexo II”. Valor lançado R\$ 16.793,49, período de janeiro/20 a dezembro/21. Multa 60% - Art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 02 – 001.002.006:** “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Anexo III”. Valor lançado R\$ 48.566,41, período janeiro/20 a dezembro/21. Multa 60% - Art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 03 – 002.001.003:** “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Anexo IV”. Valor lançado R\$ 68.556,89, período de janeiro/20 a dezembro/21. Multa 60% - Art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 04 – 007.015.003:** “Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal/, com saída posterior tributada normalmente. Anexo V”. Valor da penalidade R\$ 10.698,11, com previsão no Art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 104 a 113, argumentando, em preliminar, que até o dia 10/02/2023, ou seja, cerca de 05 (cinco) dias até o esgotamento do prazo para defesa, a autuante não lhe enviou todos os elementos necessários à defesa, em que pese contato reiterado com a mesma, conforme e-mails, doc. 04.

Neste sentido pontuou que no que diz respeito a infração 03 não lhe foi encaminhado o relatório das NF-e listando as mercadorias consideradas tributadas de forma incorreta para que pudesse verificar o que ocorreu, razão pela qual requereu a nulidade do Auto de Infração.

Ao adentrar ao mérito da autuação, passou a se referir à infração 01, relacionada a utilização

indevida de créditos fiscais de mercadorias adquiridas para uso próprio, no total de R\$ 16.793,59.

Argumentou que tais aquisições não foram destinadas a uso próprio e, sim, material de embalagem que, de acordo com o art. 309 do RICMS/BA, geram direito ao crédito fiscal, destacando os produtos BOBINA PDV HI e BOBINA PIC, além de ETIQUETA BALANÇA TÉRMICA, que ao seu entendimento se enquadram como materiais de embalagem.

Ao se reportar à infração 02, relacionada a utilização indevida de créditos fiscais no montante de R\$ 48.566,41, decorrente de aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, defendeu que houve equívoco por parte da autuante em relação as mercadorias analisadas, enaltecendo que o Anexo I ao RICMS/BA, é taxativo em relação aos produtos que devem receber o tratamento da substituição tributária, conforme art. 289, não podendo a fiscalização aplicar a substituição tributária em produtos que ali não estejam previstos.

Neste diapasão disse que elaborou planilha (doc. 05) onde relaciona os produtos abarcados pela autuação, com seu respectivo NCM, informando se consta ou não no aludido Anexo I, tomando como exemplo os produtos (2009544) PAO QJO ARTES VOZITA GOIABA 400G, (2055708) PAO QJO F MINAS PALITO 300G e PAO FORNO DE MINAS COQ 1KG, que, por possuírem recheio, não estão acobertados pelo Convênio 50/05, portanto são submetidos ao regime normal de tributação, sendo cabível o uso do crédito fiscal.

Aduziu, em seguida, que alguns dos produtos, tais como pizzas pré-cozidas prontas e congeladas com recheio, NCM 1905.90.00, possuem peculiaridades, isto é, por possuírem alto percentual do peso total em recheio e/ou cobertura, não são considerados como simples produtos de panificação sujeitos ao regime de substituição tributária, sendo tributados normalmente, citando Parecer Final de Consulta (Doc. 06), para referendar seu argumento.

Ao adentrar à infração 03, que trata da prática de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, com imposto exigido no montante de R\$ 68.556,89, voltou a se referir ao não envio pela autuante de todos os elementos necessários à elaboração da defesa, entretanto, observou que, como culpadora de suas obrigações fiscais de maneira exemplar, considerou possível realizar breve relato do erro que provavelmente ocorreu na fiscalização.

Assim é que aduziu serem altas as chances da autuante ter enquadrado produtos adquiridos com pagamento do imposto por substituição tributária, de forma que a imputação decorreria, exclusivamente de mero equívoco quanto ao enquadramento das mercadorias analisadas, que acabou por considerar como não tributadas mercadorias que já tiveram o tributo devidamente recolhido, acrescentando que é possível, também, que determinados produtos elencados como não isentos, sejam, de fato, isentos e tenham recebido o tratamento devido.

Com estes argumentos ponderou que a infração 03 não merece prosperar.

No que pertine à infração 04, relacionada a multa percentual no valor de R\$ 10.698,11 incidente sobre o valor da antecipação parcial que deixou de ser recolhida, disse que constatou duas irregularidades no levantamento fiscal, que devem resultar no cancelamento do auto de infração.

Assim citou que, em relação aos meses listados no relatório da fiscalização, se verifica erro uma vez que o pagamento foi efetuado, entretanto as notas fiscais de revenda foram recebidas no mês subsequente enquanto o pagamento é feito no recebimento da mercadoria, apresentando um “histórico” de pagamento por antecipação (doc. 07).

Pontuou, também, que algumas das mercadorias listadas são isentas, por isso, por meio do extrato de pagamentos realizados, bem como dos detalhamentos dos pagamentos, é possível verificar que os pagamentos antecipados parciais foram devidamente realizados, quando devidos, não subsistindo razões para manutenção da infração.

Concluiu requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fl. 138 e 139, onde, em relação a infração 01, foi alegado na defesa que houve cobrança indevida sobre aos produtos “Bobinas”. A este respeito acolheu o argumento defensivo em relação a Bobina PIC por se tratar de filme plástico utilizado para embalar

produtos fracionados, sendo, assim, excluído do levantamento fiscal.

O mesmo não ocorreu em relação as demais bobinas de máquinas PDV e de balança, cujos NCM são 4811.9010 e 4821.9000, e não os alegados pela defesa, pois não se tratam de materiais de revestimentos de mercadorias, assim como as etiquetas de preço e pesagem, que não tem a função de envolver ou acondicionar os produtos, sendo classificados como materiais de consumo.

Desta maneira, após a exclusão das Boninas PIC a infração 01 foi reduzida para o valor de R\$ 6.578,88 de acordo com os demonstrativos constantes às fls. 144 e 145.

No que se relaciona a infração 02, disse que o autuado questionou a cobrança de forma genérica, citando, especificamente, apenas o produto pão de queijo, com o que concordou, já que não contém farinha de trigo em sua composição, portanto, após as respectivas exclusões, a infração 02 ficou reduzida para o valor de R\$ 16.234,40 conforme demonstrativos anexados às fls. 156 e 157.

Ao se reportar à infração 03, operações tributáveis consideradas como não tributáveis, destacou que o autuado suscitou a nulidade do lançamento alegando cerceamento de defesa por falta de entrega de relatório pertinente a presente infração, o que considerou ser um pedido descabido porque todos os relatórios e demonstrativos de débito foram anexados ao Auto de Infração e encaminhados ao contribuinte quando da intimação através do DT-e, conforme se verifica na cópia da intimação constante às fls. 100 e 101.

Observou que os relatórios solicitados via e-mail pelo autuado se tratam de informações complementares que não prejudicam o entendimento do levantamento fiscal, além de que, os relatórios complementares o auditor fiscal não tem a obrigação de enviar ao contribuinte, visto que todas as informações e dados que deram origem ao débito constam do PAF e foram disponibilizadas ao autuado no prazo legal. Mesmo assim, disse que interrompeu suas atividades normais de fiscalização para providenciar os relatórios complementares solicitados e encaminhou ao autuado, via e-mail, conforme cópia anexa à presente informação fiscal, fl. 141.

Manteve à infração 03.

Consta, às fls. 174 e 175, intimação enviada ao autuado, via SEDEX/AR, contendo cópia integral da informação fiscal e CD Room, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

O autuado se pronunciou, fls.177 a 187, onde efetuou um resumo dos fatos que antecederam a presente manifestação, pugnando, em seguida, pela anulação na integralidade do Auto de Infração.

Assim é que, em relação à infração 01, questionou a manutenção pela autuante da exigência relacionada ao produto *Bobinas de máquinas PDV e de balança* que, ao entendimento da autuante são utilizadas para o funcionamento dos equipamentos e não como embalagem, o que considera não merecer prosperar porque, do ponto de vista tributário a questão cinge-se a discutir o enquadramento do produto como uso ou consumo ou como parte do produto final (beneficiamento ou acondicionamento).

Neste sentido alegou que as bobinas são adquiridas para beneficiamento e acondicionamento de produtos ofertados ao consumidor final, tais como embalagens de produtos fracionados (queijos e fatiados) que, por sua vez, são produtos à parte e beneficiados e comercializados, ao tempo em que essas mercadorias comercializadas, são fracionadas, embaladas e etiquetadas para que o consumidor tenha todas as informações necessárias.

Requeru a improcedência da infração 01.

No que pertine à infração 02, relativamente a aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, argumentou que deixaram de ser excluídos da autuação pela autuante os produtos que seguem:

- **Frango Defumado Sadia Kg, Peito de Frango Sadia Peça KG, Moela Fgo Sadia Cong 1Kg**, que são vendidos em peso inferior a 3Kg, portanto, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária – CEST 17.087.02;

- **Pães Croc Plus Via**, são produtos recheados, que no final da nomenclatura possuem “QJO CEB”,

“PERÚ REQ”, “SALAM LIM”, “CHURRASCO”, que são indicativos de recheio, e, quando analisado o rol dos pães, também não é possível encontrar previsão para os pães recheados, aplicando-se a mesma lógica dos pães de queijo que foram retirados da autuação.

- ***Farinha de Trigo Integral Orgânicas e Farinhas de Rosca***, por se tratar de farinhas especiais, orgânicas ou integrais, que em nenhum momento é explicitado no Anexo I do RICMS/BA, destacando que, em relação a estes produtos, o Anexo I do ano de 2018 consta menção aos mesmos, no entanto, contém especificações em relação a quantidade que deve ser superior a 5 Kg, que não é o caso.

Reiterou a planilha apresentada na defesa inicial, afirmando que, ao contrário do sustentado pela autuante, houve indicação item por item, razão pela qual as infrações não devem ser mantidas, conforme juntada à fl. 181.

Naquilo que se relaciona à infração 03, operações tributáveis consideradas como não tributáveis, sustentou que não merece prosperar vez que as mercadorias ali abarcadas foram adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, bastando, para tanto, consultar o Anexo I do RICMS/BA.

Disse que, objetivando facilitar a visualização de seus argumentos, elaborou planilha, onde destacou o seguinte exemplo: Waffles e Wafers – BOMBOM LÁCTA OURO BCO 1K e BOMBOM SONHO DE VALSA LACTA UN, citando que a autuante não observou se tratar de mercadorias sujeitas a substituição tributária, vez que sua NCM (1905.32) está elencada no Anexo I ao RICMS/BA, aplicável ao período fiscalizado, afirmando que a autuação se deu por equívoco, não podendo ser penalizado por isto.

Observou que outros produtos são efetivamente isentos, a exemplo de CURCUMA PO BOMBAY VD 75G e o ALECRIM BOMBAY 10, de acordo com o art. 265, I, do RICMS/BA.

Citou, também, o que considerada como outro equívoco da autuante, indicação de tributação a menor dos produtos MILHO PIPOCA YOKI 500G, MILHO PIPOCA KICALDO 500G e ÓLEO SOYA REF PET 900ML, que, de acordo com a legislação, as operações com milho são sujeitas à alíquota de 7%, enquanto as operações com óleo de soja sujeitam-se à alíquota de 12%, tal como procedeu.

Citou, por fim, que identificou outros produtos que foram devidamente tributados, porém, considerados como não tributados pela autuante, a exemplo de ACHOCOLATADO TODINHO CHOC 200 ML e AZEITE EV ANDORINHA VD 500 ML.

Com os argumentos supra sustentou que a autuação relacionada à infração 03 não merece prosperar vez que eivada de equívocos.

Adentrou à infração 04, relacionada a penalidade aplicada por falta de pagamento do ICMS-antecipação parcial, citando existência de erro no levantamento fiscal uma vez que o pagamento foi efetuado, entretanto as notas fiscais de revenda foram recebidas no mês subsequente e o pagamento é feito no recebimento da mercadoria, apresentando à fl. 185 o que denominou histórico de pagamentos, para respaldar seu argumento.

Registrhou que este fato decorre de regime especial de pagamento que lhe fora concedido, fls. 188 a 190, e 191/192, Doc. 01, não havendo, portanto, que se cogitar de falta de pagamento.

Citou que também identificou cobrança recaídas sobre materiais de uso ou consumo, relativamente as notas fiscais 855166 e 2842, fl. 186, ambas com manifestação de não recebimento, observando que em relação a NF 855166 houve estorno pelo próprio fornecedor enquanto que em relação a NF 2842 colacionou o não recebimento.

Requeru a improcedência da infração 04.

A autuante se pronunciou à fl. 197 nos seguintes termos: “*Ciente da manifestação do autuado, nada temos a acrescentar além do que já analisado e corrigido na Informação Fiscal*”.

Em 28 de novembro de 2023, o presente PAF foi encaminhado em diligência à Infaz de origem/autuante, nos seguintes termos:

“Quando da manifestação pelo autuado a respeito da Informação Fiscal prestada pela autuante, fls.177 a 187, foram trazidas uma série de considerações e novos argumentos relacionados a autuação, que deixaram de ser enfrentados pela autuante em seu pronunciamento de fl. 197.

Em vista disto e considerando a necessidade de que os argumentos defensivos sejam devidamente apreciados pela autuante, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que a autuante analise e se posicione a respeito da totalidade dos argumentos defensivos apresentados na manifestação à informação fiscal.

Havendo acolhimento, total ou parcial, solicita-se que sejam efetuados novos demonstrativos do débito remanescente, caso necessário.

Após o atendimento, o PAF deverá retornar ao CONSEF, para conclusão da instrução e julgamento”.

Em atendimento a autuante assim se posicionou, de acordo com o constante às fls. 203 a 217:

- **Infração 01 – Crédito indevido material de consumo:** Disse que o autuado repete os mesmos argumentos utilizados na peça de defesa, já analisados na informação fiscal, tendo sido em parte acatados e reduzidos o valor do débito, posição esta que manteve.

- **Infração 02 – Crédito indevido mercadorias da ST:** Citou que o autuado questionou os seguintes produtos:

- Farinha de trigo integral e orgânica – não procede a argumentação visto que a NCM na nota fiscal é 1101.00.1 constante na tabela ANEXO I do RICMS, que abrange todas as farinhas de trigo, não fazendo exceção, portanto, às integrais ou as denominadas orgânicas;

- Pães crocantes Plus Vita – não admitida a contestação, pois estes pães são industrializados, cujos NCM corretos previstos no ANEXO I do RICMS são 1905.2 (“*Pães industrializados, inclusive de especiarias...*”) e 1905.9 (“*Demais pães industrializados*”);

- Frango defumado, Peito de Frango e Moela de frango – não admitida a contestação pois se tratam de produtos previstos no ANEXO I assim descritos: “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves ...*”

Desta forma, manteve o valor do débito constante na Informação Fiscal às fls. 156 e 157.

- **Infração 03 – Operações tributadas como não tributadas:** Disse que o autuado questiona a cobrança de produtos que não fizeram parte do levantamento, demonstrando não ter analisado, com a devida atenção, os demonstrativos anexos ao Auto de Infração, às fls. 72 a 82 e que foram enviados através do DTE, conforme cópia de Intimação da lavratura às fls. 100 do PAF. Assim, os produtos a seguir citados na manifestação, não estão incluídos na cobrança do débito: Cúrcuma pó, Alecrim Bombay, Achocolatado, Azeite, Milho pipoca e Óleo de soja

Com relação aos produtos Bombom Lacta e Bombom Sonho de Valsa, pontuou que o autuado alega serem waffers, classificando equivocadamente esses chocolates na categoria de bolachas e biscoitos adicionados de edulcorante, o que discordou totalmente, haja vista a composição dos produtos serem na sua maior parte de derivados do cacau, que saíram da ST na alteração feita pelo Dec. 18.800 de 31/12/18 que excluiu do Anexo I todos os produtos contendo cacau, a seguir:

“Chocolate branco, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg ...

Chocolates contendo cacau, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg

Chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas de conteúdo igual ou inferior a 2 kg

Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg,

Caixas de bombons contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1kg

Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitoraria, contendo cacau”

Acrescentou que decisões do CONSEF tem reiteradamente afirmado que para os produtos serem enquadrados na Substituição Tributária, ANEXO I, tem que ser coincidente a descrição do produto e

não somente o NCM, e os chocolates citados tem a descrição de BOMBOM e não de WAFFERS.

Assim manteve o valor da Infração 03.

- **Infração 04 – Multa pela falta da Antecipação Parcial:** Destacou que o autuado questiona a data de ocorrência e prazo de pagamento da antecipação parcial, se baseando nestes argumentos para contestar os valores devidos. Disse que, como já esclarecido na Informação Fiscal, o levantamento do débito foi realizado observando rigorosamente o que está previsto na legislação ou seja:

“RICMS/DECRETO Nº 13.780 DE 16 DE MARÇO DE 2012

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - Até o dia 9 do mês subsequente:

....

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

...

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

...

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos.

...

Nota: A redação atual do § 2º do art. 332 foi dada pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, mantida a redação de seus incisos, efeitos a partir de 01/01/18.

Aduziu que o autuado também contestou a cobrança da multa com referência a Notas Fiscais que foram devidamente incluídas no pagamento da antecipação, apresentando um demonstrativo à fl. 185, o qual analisou e procedeu uma revisão nos valores cobrados, efetuando a exclusão das seguintes notas: 46846, 146897, 146898, 436014, 798643, 872305, 77832, 387010, 387011, 438591, 450375, 675904, 675948, 675949, 513, 42469, 121649 e 460935.

Quanto ao período contestado referente ao mês 12/2019, não houve cobrança e, finalmente, com relação ao Regime Especial apresentado, que postergou o pagamento da antecipação parcial para a chegada no destino, resta esclarecer que das notas fiscais relacionadas na segunda planilha a fl. 185, excluiu do débito os valores referentes aos produtos previstos no aludido Regime, ou sejam produtos comestíveis derivados de aves e gado bovino, bufalino, caprino e suíno, a exemplo de frango, sobrecoxa, filé peito, coxa frango etc.

Em consequência, elaborou novo cálculo da Antecipação Parcial devida, ficando o valor da multa reduzido para R\$ 4.230,97, consoante demonstrado à fl. 208.

Concluiu informando que gerou novos demonstrativos, impressos e em mídia, em anexo a esta Diligência Fiscal para a devida entrega ao contribuinte autuado.

Consta às fls. 218 e 219, intimação encaminhado ao autuado dando conta do resultado da diligência realizada, acompanhada dos novos demonstrativos e mídia digital correspondente, entregue mediante Aviso de Recebimento – AR, datado de 15/03/2024, porém não consta dos autos que tenha havido manifestação por parte do autuado.

VOTO

O Auto de Infração sob análise versa sobre a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 144.615,00 decorrentes de quatro imputações acima relatadas.

O autuado suscitou a nulidade da infração 03 por cerceamento ao direito de defesa, ao argumento de que não lhe fora entregue o relatório das NF-e listando as mercadorias consideradas tributadas de forma incorreta, a fim de que pudesse analisar o que de fato ocorreu.

Não se sustenta o argumento defensivo na medida em que, de acordo com a intimação constante na Mensagem DT-e, fl. 100, foram enviados ao autuado os relatórios, demonstrativos e demais documentos pertinentes a fiscalização.

Entretanto, a este respeito a autuante observou que os relatórios solicitados via e-mail pelo autuado se tratam de informações complementares que não prejudicam o entendimento do levantamento fiscal, além de que, os relatórios complementares o auditor fiscal não tem a obrigação de enviar ao contribuinte, visto que todas as informações e dados que deram origem ao débito constam do PAF e foram disponibilizadas ao autuado no prazo legal.

Apesar disto, disse que procedeu o envio ao autuado dos relatórios complementares solicitados, via e-mail, conforme cópia anexa à informação fiscal, fl. 141, tendo o autuado, quando da sua manifestação, adentrando ao exame do mérito da autuação, afastando, assim, ao meu entendimento, a alegação de cerceamento de defesa.

Isto posto e considerando que o lançamento fiscal atende todas as formalidades previstas pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA e Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, passo ao exame do mérito da autuação.

Assim é que, no que diz respeito a infração 01, com exigência de imposto no montante de R\$ 16.793,59 a título de utilização indevida de créditos fiscais relacionados a aquisições de materiais para uso/consumo próprio pelo estabelecimento, o autuado questionou a inclusão dos produtos Bobina PDV HI 80X40M, Bobina PIC 34x50x40, por se tratarem de materiais para embalagem, e, por igual, a inclusão do produto ETIQ BALANÇA TÉRMICA 60x50.

Por sua vez, a autuante acolheu em parte o argumento defensivo em relação a Bobina PIC por se tratar de filme plástico utilizado para embalar produtos fracionados, excluindo-as do levantamento fiscal, o mesmo não ocorrendo em relação as demais bobinas de máquinas PDV e de balança, cujos NCM são 4811.9010 e 4821.9000, e não os alegados pela defesa, por não se tratarem de materiais de revestimentos de mercadorias, assim como as etiquetas de preço e pesagem, que não tem a função de envolver ou acondicionar os produtos, sendo classificados como materiais de consumo.

Vejo que assiste razão a autuante quanto ao seu posicionamento na medida em que excluiu corretamente a exigência recaída sobre Bobina PIC por se tratarem de embalagens plásticas para acondicionamento de mercadorias, enquanto, a Bobina PDV é utilizada nos equipamentos emissores de cupom fiscal e Etiqueta de Balança serve para indicação do preço da mercadoria comercializada, portanto, se enquadram como materiais para uso ou consumo próprio, não gerando direito a crédito fiscal.

Desta maneira, após a exclusão das Boninas PIC a infração 01 fica reduzida para o valor de R\$ 6.578,88 de acordo com os demonstrativos constantes às fls. 144 e 145, sendo, assim, parcialmente subsistente.

No que tange à infração 02, no valor de R\$ 48.566,41 a título de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, o autuado alegou equívocos da autuante no que diz respeito ao enquadramento das mercadorias, por classificar como substituídos produtos que não estão neste regime, citando produtos abarcados pela autuação, com seu respectivo NCM, que não constam no Anexo I ao RIMCS/BA, tais como: PAO QJO ARTES VOZITA GOIABA 400G, (2055708) PAO QJO F MINAS PALITO 300G e PAO FORNO DE MINAS COQ 1KG, que, por possuírem recheio, não estão acobertados pelo Convênio 50/05, portanto são submetidos ao regime normal de tributação, sendo cabível o uso do crédito fiscal.

A autuante, quando da informação fiscal, se posicionou no sentido de que o autuado questionou a cobrança de forma genérica, citando, especificamente, apenas o produto pão de queijo, com o que concordou, já que não contém farinha de trigo em sua composição, portanto, após as respectivas

exclusões, a infração 02 ficou reduzida para o valor de R\$ 16.234,40 conforme demonstrativos anexados às fls. 156 e 157.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, o autuado argumentou que deixaram de ser excluídos da autuação pela autuante os seguintes produtos, sob as seguintes justificativas:

- **Frango Defumado Sadia Kg, Peito de Frango Sadia Peça KG, Moela Fgo Sadia Cong 1Kg**, que são vendidos em peso inferior a 3Kg, portanto, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária – CEST 17.087.02;

- **Pães Croc Plus Vita**, são produtos recheados, que no final da nomenclatura possuem “QJO CEB”, “PERÚ REQ”, “SALAM LIM”, “CHURRASCO”, que são indicativos de rechios, e, quando analisado o rol dos pães, também não é possível encontrar previsão para os pães recheados, aplicando-se a mesma lógica dos pães de queijo que foram retirados da autuação.

- **Farinha de Trigo Integral Orgânicas e Farinhas de Rosca, por se tratar de farinhas especiais, orgânicas ou integrais**, que em nenhum momento é explicitado no Anexo I do RICMS/BA, destacando que, em relação a estes produtos, o Anexo I do ano de 2018 consta menção aos mesmos, no entanto, contém especificações em relação a quantidade que deve ser superior a 5 Kg, que não é o caso.

Por sua vez, a autuante rebateu os argumentos defensivos acima postos, em razão de que:

- **Farinha de trigo integral e orgânica** – não procede a argumentação visto que a NCM na nota fiscal é 1101.00.1 constante na tabela ANEXO I do RICMS, que abrange todas as farinhas de trigo, não fazendo exceção, portanto, às integrais ou as denominadas orgânicas;

- **Pães crocantes Plus Vita** – não admitida a contestação, pois estes pães são industrializados, cujos NCM corretos previstos no ANEXO I do RICMS são 1905.2 (“*Pães industrializados, inclusive de especiarias...*”) e 1905.9 (“*Demais pães industrializados*”);

- **Frango defumado, Peito de Frango e Moela de frango** – não admitida a contestação pois se tratam de produtos previstos no ANEXO I assim descritos: “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves ...*”.

Com base nos argumentos supra, trazidos pela autuante, os quais acolho, inclusive em relação a exclusão concernente ao produto pão de queijo, já que não contém farinha de trigo em sua composição, julgo parcialmente subsistente a infração 02 no valor de R\$ 16.234,40 conforme demonstrativos anexados às fls. 156 e 157.

Naquilo que se relaciona à infração 03, no valor de R\$ 68.556,89, referente a prática de operações tributáveis, consideradas como não tributáveis, foi alegado inicialmente pelo autuado que “*são altas as chances da autuante ter enquadrado produtos adquiridos com pagamento do imposto por substituição tributária, o que implicaria no encerramento da fase de tributação...*”, sem, contudo, indicar qualquer produto que se enquadrasse nessa situação.

Não obstante, quando da sua manifestação à informação fiscal, pontuou que elaborou uma planilha para facilitar a visualização do seu argumento, destacando os seguintes produtos:

- WAFFES E WAFERS – BOMBOM LÁCTA OURO BCO 1K e BOMBOM SONHO DE VALSA LACTA UN, citando que a autuante não observou se tratar de mercadorias sujeitas a substituição tributária, vez que sua NCM (1905.32) está elencada no Anexo I ao RICMS/BA, aplicável ao período fiscalizado, afirmando que a autuação se deu por equívoco, não podendo ser penalizado por isto.

- CURCUMA PO BOMBAY VD 75G e o ALECRIM BOMBAY 10, são efetivamente isentos, de acordo com o art. 265, I, do RICMS/BA.

- MILHO PIPOCA YOKI 500G, MILHO PIPOCA KICALDO 500G e ÓLEO SOYA REF PET 900ML, com indicação equivocada de tributação a menor já que, de acordo com a legislação, as operações com milho são sujeitas à alíquota de 7%, enquanto as operações com óleo de soja sujeitam-se à alíquota de 12%, tal como procedeu.

- ACHOCOLATADO TODINHO CHOC 200 ML e AZEITE EV ANDORINHA VD 500 ML., que foram devidamente tributados, porém, considerados como não tributados pela autuante.

Tais argumentos, após analisados pela autuante, que assim se posicionou:

i) os produtos a seguir, citados na manifestação, não estão incluídos na cobrança do débito: Cúrcuma pó, Alecrim Bombay, Achocolatado, Azeite, Milho pipoca e Óleo de soja, o que, ao meu ver, torna inócuo os argumentos defensivos em relação a estes produtos.

ii) Com relação aos produtos Bombom Lacta e Bombom Sonho de Valsa, pontuou que o autuado alega serem waffers, classificando equivocadamente esses chocolates na categoria de bolachas e biscoitos adicionados de edulcorante, o que discordou totalmente, haja vista a composição dos produtos serem na sua maior parte de derivados do cacau, que saíram da ST na alteração feita pelo Dec. 18.800 de 31/12/18 que excluiu do Anexo I todos os produtos contendo cacau, a seguir:

"Chocolate branco, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg ..."

Chocolates contendo cacau, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg

Chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas de conteúdo igual ou inferior a 2 kg

Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg,

Caixas de bombons contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1kg

Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitoraria, contendo cacau"

Acrescentou que decisões do CONSEF tem reiteradamente afirmado que para os produtos serem enquadrados na Substituição Tributária, ANEXO I, tem que ser coincidente a descrição do produto e não somente o NCM, e os chocolates citados tem a descrição de BOMBOM e não de WAFFERS.

Não vejo qualquer reparo a ser feito no posicionamento da autuante quanto a estes produtos, que aqui fica acolhido, razão pela qual mantenho a subsistência integral da infração 03.

Por fim, naquilo que se relaciona à infração 04 que trata de penalidade no valor de R\$ 10.698,11 referente a multa percentual concernente ao imposto que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial, a alegação defensiva foi no sentido de ser indevida a aplicação de tal penalidade na medida em que o pagamento do imposto foi efetuado, tendo em vista que as notas fiscais de revenda foram recebidas no mês subsequente enquanto que o pagamento é efetuado quando do recebimento da mercadoria.

Neste sentido elaborou um demonstrativo dos pagamentos que disse terem sido efetuados, mencionando, também, que *"algumas notas fiscais são isentas"*, sustentando, assim, não subsistirem razões para manutenção da penalidade.

Quando da manifestação pelo autuado acerca da informação fiscal, este voltou a se referir a respeito de existência de erro no levantamento fiscal uma vez que o pagamento foi efetuado, entretanto as notas fiscais de revenda foram recebidas no mês subsequente e o pagamento é feito no recebimento da mercadoria, apresentando à fl. 185 o que denominou histórico de pagamentos, para respaldar seu argumento, acrescentando que este fato decorre de regime especial de pagamento que lhe fora concedido, fls. 188 a 190, e 191/192, Doc. 01, não havendo, portanto, que se cogitar de falta de pagamento.

Citou que também identificou cobrança recaídas sobre materiais de uso ou consumo, relativamente as notas fiscais 855166 e 2842, fl. 186, ambas com manifestação de não recebimento, observando que em relação a NF 855166 houve estorno pelo próprio fornecedor enquanto que em relação a NF 2842 colacionou o não recebimento, requerendo, assim, a improcedência da infração 04.

A autuante, por sua vez, citou que o levantamento do débito foi realizado observando rigorosamente o que está previsto na legislação, ou seja, Art. 332, I e III do RICMS/BA, e quanto ao argumento defensivo no sentido de que foram devidamente incluídas no pagamento da antecipação parcial as notas fiscais indicadas pelo contribuinte constantes no demonstrativo de fl.

185, disse que após as devidas análises procedeu uma revisão nos valores cobrados, efetuando a exclusão das seguintes notas fiscais: 46846, 146897, 146898, 436014, 798643, 872305, 77832, 387010, 387011, 438591, 450375, 675904, 675948, 675949, 513, 42469, 121649 e 460935.

Quanto ao período contestado referente ao mês 12/2019, disse que não houve cobrança e, finalmente, com relação ao Regime Especial apresentado, que postergou o pagamento da antecipação parcial para a chegada no destino, esclareceu que das notas fiscais relacionadas na segunda planilha a fl. 185, excluiu do débito os valores referentes aos produtos previstos no aludido Regime, ou sejam produtos comestíveis derivados de aves e gado bovino, bufalino, caprino e suíno, a exemplo de frango, sobrecoxa, filé peito, coxa frango etc.

Em consequência, elaborou novo cálculo da Antecipação Parcial devida, ficando o valor da multa reduzido para R\$ 4.230,97, consoante demonstrado à fl. 208.

Em relação ao argumento do autuado de que identificou cobrança recaídas sobre materiais de uso ou consumo, relativamente as notas fiscais 855166 e 2842, fl. 186, ambas com manifestação de não recebimento, observando que em relação a NF 855166 houve estorno pelo próprio fornecedor enquanto que em relação a NF 2842 colacionou o não recebimento, da análise levada a efeito na planilha de fls. 209 a 216 elaborada pela autuante em relação ao débito remanescente desta infração, não consta a indicação destas notas fiscais.

Considerando que o autuado foi cientificado do resultado constante na diligência fiscal realizada pela autuante, entretanto, não se pronunciou, acolho os novos demonstrativos elaborados pela autuante e julgo parcialmente subsistente a infração 04 no valor de R\$ 4.230,97, consoante demonstrado à fl. 208.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 95.601,14, restando o débito com a seguinte configuração: Infração 01 procedente em parte no valor de R\$ 6.578,88; infração 02 procedente em parte no valor de R\$ 16.234,40; infração 03 procedente no valor de R\$ 68.556,89 e infração 04 procedente em parte no valor de R\$ 4.230,97.

INFRAÇÃO	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA	DECISÃO
01 – 001.002.002	16.793,59	6.578,88	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02 – 001.002.006	48.566,41	16.234,40	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03 – 002.001.003	68.556,89	68.556,89	60%	PROCEDENTE
04 – 007.015.003	10.698,11	4.230,97	---	PROCEDENTE EM PARTE
TOTAIS	144.615,00	95.601,14		

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 129712.0036/22-4, lavrado contra **HIPERIDEAL EMPREENDIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 91.370,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” e inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além da penalidade pecuniária no valor de R\$ 4.230,97, prevista no inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA