

PROCESSO - A. I. Nº 281332.0011/19-8
RECORRENTE - WANUSA SANTOS BRITO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0030-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/01/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. SAÍDAS ATRAVÉS DE ECF. Infração parcialmente elidida. Exclusão de operações reconhecidas pela autuante como equivocadamente lançadas. Acolho os argumentos defensivos da recorrente em relação ao produto Bebida Láctea Nestle Bicamada 150 g NCM 0403.10.10, pois havia previsão de substituição tributária para tal NCM, no exercício de 2015, com amparo no Anexo 1 do art. 289 RICMS, item 21, portanto, excluo da autuação os seguintes lançamentos no que se refere a este produto nos meses de janeiro a setembro do exercício de 2015. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169 I “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 20/12/2019, referente à exigência de crédito tributário no valor de R\$ 50.217,64, além de multa de 60%, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória pela constatação de três infrações, sendo objeto tão somente a imputação 2:

Infração 02. 03.02.02. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$42.409,68, multa de 60%, para ocorrências entre janeiro de 2015 a novembro de 2016, constando a indicação da autuante de que “débito a menor em operações com ECF. Erro na determinação da carga tributária”.

Tempestivamente, a autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 a 23. Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 44 a 55. A JJF proferiu pela Procedência Parcial nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Cientificação de Início de Ação Fiscal, em 07/10/2019, mensagem 138.945, cientificado em 23/10/2019, (fl. 10), Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, transmitida pelo DTE em 21/10/2019 (fl. 11), através da mensagem 139.900, lida e cientificada em 23/10/2019.

Foi ainda expedida Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, por meio do DTE em 21/10/2019 (fl. 13), através da mensagem 139.897, lida e cientificada também em 23/10/2019.

A memória de cálculo da autuação se encontra à fl. 14, em formato digital, conforme mídia acostada aos autos, entregue ao contribuinte em cópia, conforme recibo de fl. 16.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, e 39

do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

No mérito, para a infração 01, a defesa indicou produtos que ao seu entender não se encontravam na substituição tributária, tese acolhida pela autuante em sua informação fiscal.

Antes, porém, tenho como importante frisar o entendimento da SEFAZ para o enquadramento de produto na substituição tributária, o qual consta, por exemplo, do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente*”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “*Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item*”.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, dentre tantos outros.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Traçada esta premissa inicial, passo a analisar os mesmos, na infração 01, iniciando pela torta Miss Daisy Sadia 500G, de NCM 1905.90.90.

Para tal NCM, em 2015, inexistia qualquer previsão para substituição tributária no Anexo 1 ao RICMS/12, enquanto para 2016, de 01/01 a 09/03, estava inserida a substituição tributária para tal NCM, para “salgadinhos diversos”, o que não vem a ser o caso, vez se tratar de uma sobremesa, como se pode verificar em <https://www.embalagemarca.com.br/2020/12/sadia-lanca-novos-sabores-da-linha-de-sobremesas-miss-daisy/>. A partir de 10/03/2016, até 31/01/2017 a legislação estadual previa a substituição tributária para tal NCM para os produtos “salgadinhos diversos” (item 11.8), “outros pães industrializados; exceto pão francês de até 200 g” (item 11.26-A) e “outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente; exceto casquinhas para sorvete” (item 11.26-B), que igualmente não se enquadraram na descrição do produto, uma vez se tratar de torta gelada.

Não posso considerar que bolo e torta sejam o mesmo produto. Aquele “consiste em massa e recheio (podendo ou não ter cobertura), sendo que a massa é assada à base de ovos, trigo, leite, açúcar, manteiga (ou óleo), claro, podendo ter na própria massa aquelas variações que encontramos, tais como chocolate, chip, frutas, nozes, entre outras variações”, enquanto esta “apresenta uma massa mais ‘leve’, podendo ser assada ou ir direto para a geladeira e a sua base pode ser de biscoitos, massa de bolo ou amanteigada. Além disso, a torta apresenta bastante recheio e uma camada fina de cobertura e, normalmente, o recheio é bem cremoso. É bem característico, na torta, coberturas de chantilly, suspiros ou merengues” (informações obtidas em <https://docevitrine.com.br/Qual-a-Diferenca-Bolo-x-Torta>).

Desta maneira, tenho como correta a exclusão realizada pela autuante.

Em relação ao pão de queijo marca Yoki, de NCM 1105.20.00, esclareço que inexistia qualquer previsão para substituição tributária para esta NCM no período autuado, tendo, pois, tal produto, tributação normal, sendo correto o procedimento da autuada quanto a utilização do crédito fiscal. Mesma situação para os produtos mistura Yoki para pão de queijo e mistura pão Fleischmann, de NCM 1901.20.00, igualmente sem previsão para substituição tributária.

Quanto ao silicone Tecovel extra NCM 3910.00.30, assiste razão mais uma vez à defesa, vez que tal produto não se encontrava com previsão para substituição tributária no período autuado.

Assim, pois estarem corretos, acolho os ajustes efetuados pela autuante, e tenho a infração 01 como procedente em parte, no valor de R\$2.028,93, na forma do demonstrativo seguinte: (INFRAÇÃO 1):

2015	
JANEIRO	R\$ 111,03
FEVEREIRO	R\$ 42,39
MARÇO	R\$ 271,54
ABRIL	R\$ 109,09
MAIO	R\$ 310,36
JUNHO	R\$ 59,80
JULHO	R\$ 104,79
AGOSTO	R\$ 104,93
SETEMBRO	R\$ 30,83

OUTUBRO	R\$ 453,57
NOVEMBRO	R\$ 52,09
DEZEMBRO	R\$ 91,85
TOTAL	R\$1.742,27

2016	
JANEIRO	R\$ 20,20
FEVEREIRO	R\$ 30,29
MARÇO	R\$ 57,63
ABRIL	R\$ 69,75
MAIO	R\$ 18,77
JUNHO	R\$ 23,68
JULHO	R\$ 27,84
AGOSTO	R\$ 7,28
SETEMBRO	R\$ 7,19
OUTUBRO	R\$ 10,51
NOVEMBRO	R\$ 6,76
DEZEMBRO	R\$ 6,76
TOTAL	R\$ 286,66

Na infração 02, a tese defensiva se estriba em considerar amparados por isenção do ICMS e mercadorias entendidas como inseridas na substituição tributária.

Quanto aos itens tidos como isentos pela defesa, esclareço que o artigo 265 do RICMS/12, determina:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais: a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80)”.

Analisando o Convênio ICM 44/75, o qual dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, cuja remissão foi feita no mencionado artigo, observo estar ali o seguinte comando:

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

- a) abóbora, abobrinha, acelga, agrião, alho, aipim, aipo, alface, almeirão, alcachofra, araruta, alecrim, arruda, alfavaca, alfazema, aneto, anis, azedim;*
- b) batata, batata-doce, berinjela, bertalha, beterraba, brócolos;*
- c) camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho;*
- d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;*
- e) flores, **frutas frescas** nacionais ou provenientes dos países membros da Associação Latino - Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho;*
- f) gengibre, inhame, jiló, losna;*
- g) mandioca, milho verde, manjericão, manjerona, maxixe, moranga, macaxeira;*
- h) nabo e nabiça;*
- i) palmito, pepino, pimentão, pimenta;*
- j) quiabo, repolho, rabanete, rúcula, raiz-forte, ruibarbo, salsa, salsão, segurelha;*
- l) tainha, tainha, tomate, tomilho e vagem”.*

*Chamo a atenção para os dois termos grifados, quais sejam “**hortifrutícolas em estado natural**” e “**frutas frescas**”.*

Note-se que o RICMS/12, acima referido, condiciona a isenção para as saídas de produtos, exceto se destinados a industrialização, ou seja, aqueles que venham a sofrer qualquer processo dentre aqueles listados na legislação como industriais.

A legislação do IPI, (Decreto 7.212/10), que dispõe sobre tal imposto, considera caracterizada a industrialização quando se realize qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como:

I – a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II – a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III – a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV – a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento);

V – a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

De tal conceito, chama particularmente a atenção o fato da embalagem ser tida como industrialização, e o segundo, o de modificação da aparência do produto.

Assim, na forma da norma regulamentar do Estado da Bahia, devidamente reproduzida, linhas acima, nos fala em hortifrutícolas em estado natural e frutas frescas, o que, de logo, demonstra que, por exemplo, frutas congeladas, além de sofrerem um processo de industrialização pela embalagem, como veremos adiante, não se apresentam, também, em seu estado natural, e sim, congeladas, além do que, vigora no processo administrativo, o livre convencimento motivado do julgador.

Pertinente ao tema em questão, a resposta à consulta tributária 29/2000, realizada no Estado de Santa Catarina, cujo teor, pela pertinência, com o aqui ora apreciado, reproduzo:

“EMENTA: ICMS. O CONGELAMENTO DE LEGUMES E VERDURAS LHES RETIRA A CONDIÇÃO DE PRODUTO EM ESTADO NATURAL, PARA FINS DE APLICAÇÃO DA REGRA ISENACIONAL.

CONSULTA Nº: 29/2000

PROCESSO Nº: GR01 5538/99-8

01 - DA CONSULTA

A consulente em epígrafe informa que pretende adquirir produtos agrícolas “in natura” de produtores localizados no Estado de Santa Catarina. Os produtos comercializados pela consulente, e sobre os quais consulta, estão arrolados no RICMS-SC/97, Anexo 2, artigo 2º, I. Esses produtos são comercializados congelados e obtidos pelo seguinte processo de comercialização pelo frio:

- a) recepção dos produtos “in natura” dos produtores;*
- b) descasque ou desfolhamento;*
- c) lavagem;*
- d) retalhadura (corte em cubos, tiras ou rodelas);*
- e) branqueamento;*
- f) congelamento a temperatura de -35° C a -40° C;*
- g) acondicionamento em sacos plásticos;*
- h) estocagem.*

Elucida ainda a consulente que:

O branqueamento é um processo complementar de conservação de alimentos (vegetais) por tratamento térmico, mediante imersão do produto em água aquecida ou sua exposição a contato direto com vapor d’água, à temperatura de 84° a 100° C, por tempo variável entre 15 e 90 segundos, em operação preliminar ao congelamento.

Este é um processo que assegura a manutenção das propriedades naturais dos vegetais, através da estabilização das enzimas, não deixando ocorrer alteração de cor, textura e sabor dos vegetais.

As enzimas presentes nos vegetais têm a função de controlar as mudanças do metabolismo das membranas vivas e são a causa da deterioração dos tecidos após a colheita. Durante a armazenagem de vegetais a baixa temperatura, sem terem recebido tratamento prévio de estabilização, as enzimas são responsáveis pelas mudanças indesejáveis de cor e sabor, o branqueamento prévio ao congelamento, consegue estabilizar as características do alimento ‘in natura’, pois o congelamento é o único método que conserva o produto em seu estado natural e original, mantendo sua aparência, sabor e valor nutritivo.

A consulente sustenta que os procedimentos a que são submetidos os vegetais não os caracterizam como produtos industrializados, conforme o entendimento firmado pelo Convênio nº AE 17/72 segundo o qual ‘não se deve considerar industrializado o produto resultante (...) de resfriamento e congelamento’.

Em apoio à sua tese, a consulente traz à colação as Respostas a Consultas nº 246/88 e 198/85 da

Consultoria Tributária do Estado de São Paulo.

Isto posto, a consulente indaga se os produtos vegetais submetidos ao tratamento descrito mantém a condição de 'in natura' e estão ao abrigo da isenção prevista no RICMS-SC/97, Anexo 2, art. 2º, I.

02 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

*Lei nº 5.172/66, art. 46, parágrafo único;
RIPÍ/82, art. 3º;
RICMS-SC/97, Anexo 2, art. 2º, I.*

03 - FUNDAMENTAÇÃO E RESPOSTA

O conceito de industrialização no direito tributário é dado pela legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados. Assim, o parágrafo único do art. 46 do CTN, considera industrializado 'o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoamento para consumo'. Por sua vez, o art. 3º do RIPÍ, aprovado pelo Decreto nº 87.981, de 23 de dezembro de 1982, precisa com mais detalhe a definição de industrialização como 'qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação, ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para consumo'.

No caso, o congelamento, como mero processo de conservação dos alimentos, com ou sem branqueamento, deve ser considerado como industrialização. Além do mais, a mercadoria é oferecida ao público consumidor acondicionada em embalagens de apresentação que, a teor do disposto no art. 3º, IV, do RIPÍ/82, deve ser considerado industrialização. Nesse sentido já se manifestou esta Comissão, na resposta a consulta a seguir transcrita:

Consulta nº 07/97

ICMS. PRODUTOS PRIMÁRIOS. A ALÍQUOTA DE 12% (DOZE POR CENTO) NÃO SE APLICA AOS PRODUTOS ELENCADOS NO ANEXO 1, SEÇÃO III DO RICMS/97 QUE TENHAM SOFRIDO QUALQUER PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, INCLUSIVE SUA COLOCAÇÃO EM EMBALAGEM DE APRESENTAÇÃO.

Conforme a definição de industrialização inserta no parágrafo único do art. 46 do CTN, para um produto ser considerado industrializado, o processo ao qual for submetido deve: a) modificar-lhe a natureza, b) modificar-lhe a finalidade, ou c) aperfeiçoá-lo para consumo. Ora, o processo descrito claramente aperfeiçoaria o produto para consumo, pois o procedimento visa conservar suas características originais. Aperfeiçoar envolve a idéia de tornar mais perfeito, completar ou aprimorar. No caso, cuida-se de conservar, preservar ou manter as características de cor, sabor, aroma do produto em questão por prazo superior ao que ocorreria na natureza, ou seja, o referido processo está aperfeiçoando-o para consumo.

Isto posto, responda-se à consulente:

- a) o processo descrito na consulta retira a condição de produtos naturais às leguminosas a ele submetidas;*
- b) os produtos submetidos ao referido processo não estão ao abrigo da isenção prevista no RICMS/97, Anexo 2, art. 2º, I".*

Muito embora a resposta não vincule o julgador, poderá servir de parâmetro para a decisão a ser enunciada, como veremos adiante, pela sua pertinência.

Também importante destacar que para fins de classificação fiscal, tais produtos encontram-se no capítulo 7 da TIPI (Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados), independente da sua forma de apresentação.

Considera-se em estado natural o produto tal como se encontra na natureza, que não tenha sido submetido a nenhum processo de industrialização, não perdendo essa condição o que apenas tiver sido submetido a resfriamento, congelamento, secagem natural, acondicionamento rudimentar ou que, para ser comercializado, dependa necessariamente de beneficiamento ou acondicionamento;

Os produtos hortifrutigranjeiros cortados, descascados, desidratados ou cuja embalagem não seja estritamente necessária à sua comercialização caracterizam-se como produtos resultantes de industrialização.

Tendo em vista essas duas situações, para fins de tributação, o estado da Bahia, em atenção ao Convênio ICM 44/75, na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador, considera que a primeira forma de apresentação (natural) é isenta e a segunda passa a ser tributada por sofrer industrialização (embalagem, desidratação e congelamento).

Em alguns processos, se acrescenta ao produto sal ou açúcar antes do congelamento, sendo que tal adição não

modifica a classificação, onde podem, inclusive, ter sido cozidos em água ou vapor antes do congelamento.

Daí, se comprova que os mesmos não atendem ao critério de isenção.

De acordo com tal critério, alecrim desidratado Yoki, camomila, manjericão, tempero verde e erva doce Melhor Sabor, arrolados na autuação e contestados pela defesa, também não se enquadrariam no campo das isenções, devido ao processo de desidratação a que foram submetidos, não podendo ser acolhido ser o argumento defensivo de aplicação do teor § 5º do artigo 265 do RICMS/12, invocado em sede de sustentação oral pela defesa, devido ao fato daquele processo não estar ali incluído.

Também há de se considerar que, nos termos do artigo 111 do CTN:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*
- II - outorga de isenção;*
- III - dispensa do cumprimento de obrigações acessórias”.*

Ou seja, na ideia de sistema tributário fechado, tal artigo 111 previu que a norma que verse sobre isenção, suspensão ou exclusão do crédito tributário e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias deve ser interpretada literalmente, retirando do intérprete qualquer possibilidade de alargamento da “benesse” tributária concedida pelo legislador.

Do exame da regra posta, Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário. 31ª ed. revisada, atualizada e ampliada São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121) assim entende: “o direito excepcional (como é a isenção tributária), deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal”.

Para Aliomar Baleeiro, ao analisar tal artigo diz: “tais dispositivos são taxativos: - só abrangem os casos especificados, sem ampliações”.

Ou seja, o entendimento não pode ser ampliado, e sim, restritivo.

Logo, não há como se acatar o argumento defensivo, mantendo a cobrança em relação aos produtos elencados na informação fiscal, vez que devidamente tributados pelo ICMS.

Destaco o entendimento manifestado por este órgão, quanto ao fato de produtos industrializados como os constantes na autuação serem tributados, como, por exemplo, o Acórdão CJF 0309-11/16, do qual destaco os trechos seguintes, do voto condutor:

“Como se lê, as saídas das mercadorias de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75 são isentas, desde que não destinadas à industrialização.

(...)

A lei é clara em estabelecer que a mercadoria esteja em estado natural para que seja passível de isenção, ou seja, não há isenção quando a mercadoria passa por qualquer processo de industrialização, como é o caso da mercadoria ora impugnada”.

Partindo da premissa anteriormente posta, para a consideração de mercadoria na substituição tributária, (NCM e descrição), de igual modo, passo a analisa-los, de per si:

Bebida láctea Nestlé Bicamada 150 g, NCM 0403.10.00, deve ser mantida no lançamento, vez que não havia previsão de substituição tributária para tal NCM no período autuado, que não pode ser confundido com o produto “iogurte”, uma vez que, efetivamente existe a NCM 0403.1, referente a iogurte, no exercício de 2015, no Anexo 1, item 21, entretanto, o produto sujeito a substituição é o iogurte, e não a bebida láctea.

Tais produtos, não possuem a mesma natureza: “Apesar de parecidos, eles não são a mesma coisa. O iogurte em si é fruto da fermentação do leite. A versão natural não contém adição de sabor ou açúcar, mas a maioria é adoçada e possui alguma fruta, suco ou aromatizante. Já a bebida láctea é feita do leite fermentado com até 51% de soro de leite e também pode ter adição de polpa ou suco de fruta. Porém, para ficar mais encorpado, com a consistência próxima a do iogurte, costuma ter amido de milho e um pouco de leite em pó” (<https://www.cpt.com.br/noticias/a-diferenca-entre-bebida-lactea-e-iogurte>).

Muitas pessoas não sabem, mas há diferença entre iogurte e bebida láctea. Nas prateleiras do supermercado, variedades não faltam e novas embalagens e sabores surgem a todo momento. Por isso, vamos esclarecer neste texto as maiores diferenças e falar mais sobre cada opção. Contamos com a participação da Carolina Assumpção, Engenheira de Alimentos e mestre e doutoranda em Ciência e Tecnologia de Alimentos, que esclareceu diversas dúvidas.

A bebida láctea é mais líquida e trata-se de uma mistura de leite (que pode ser integral, desnatado ou parcialmente desnatado) com o soro do leite (que é o subproduto da produção do queijo). Ela contém leite

fermentado, fermentos lácteos e outros produtos alimentícios como polpa de frutas, mel, açúcar, espessantes, amido, corantes, estabilizantes e por aí vai. A base láctea do produto deve corresponder a pelo menos 51% do total do alimento. 'Teoricamente, a bebida láctea tem maior teor de lactose por não ser fermentado e por ter adição de soro de leite (aonde se concentra a maior parte da lactose do leite)', fala Carolina.

Normalmente a bebida láctea é mais barata por ter em sua composição uma quantidade menor de nutrientes (por ter menos leite) e mais soro.

O iogurte é o leite coagulado produzido através de leite fermentado por bactérias, por isso possui uma consistência mais cremosa. Então, para ser considerado iogurte, o leite deve ser fermentado por micro-organismos específicos (usualmente *Lactobacillus bulgaricus* e *Streptococcus thermophilus*) que contribuem para a formação das características finais do produto. "Variam entre desnatados e integrais, dependendo da quantidade de gordura presente e podem ter adição de amido, segundo a legislação brasileira. Costumamos dizer que o "iogurte verdadeiro" é aquele que tem somente 2 ingredientes: leite e fermento lácteo (que são os micro-organismos)", fala Carolina. No Brasil, é mais difícil encontrar produtos assim, existem poucas opções nas prateleiras dos supermercados, e são geralmente os mais caros.

Do ponto de vista nutricional, o iogurte é mais benéfico para a saúde, pois possui maior teor de proteínas, cálcio, bactérias probióticas (aqueles boas para o organismo), por isso, seu consumo regular pode ajudar a manter a microbiota (flora) intestinal saudável, e sabemos o quanto é importante para a nossa saúde e até mesmo peso corporal mantermos a nossa microbiota intestinal saudável.

A bebida láctea apresenta menor teor calórico e é mais barata, porém, levar em conta apenas as calorias e o preço não é o suficiente quando falamos em boa nutrição e saúde. É necessário analisar de forma global os benefícios de cada alimento e, como foi dito antes, a bebida láctea tem menor valor nutritivo em relação ao iogurte. No entanto, ela é uma boa fonte de lactoferrina, um tipo de proteína presente no soro do leite que é boa para a imunidade, pois é um antibiótico natural" (<https://www.adrianalauffer.com.br/diferenca-entre-iogurte-e-bebida-lactea/>).

Assim, correta a manutenção do mesmo no lançamento por parte da autuante, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de ter ocorrido erro por parte da empresa, uma vez que não devidamente comprovado tal fato, além de ser de sua inteira responsabilidade o lançamento e a classificação das notas fiscais relativas às operações por ela praticadas.

Para os diversos tipos de luvas, de NCM 4015.19.00 apontados pela defesa, esclareço que no período autuado, tal NCM não estava prevista no Anexo 1 ao RICMS/12, para substituição tributária, no período da autuação, sendo encontrada as NCM 4015.11 e 4015.19, no item 9.11, grupo de "medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal", relativamente a "luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – Lista neutra", para 2016 diversas daquelas arroladas e mantidas na autuação, pelo fato de serem estas luvas para uso doméstico, e não cirúrgico, segundo os elementos dos autos.

Logo, mantenho a autuação quanto a tais itens.

Fita durex Largo. De NCM 3919.10.00, não havia previsão de substituição tributária para o ano de 2015, ao passo que para 2016, se encontra no Anexo 1 ao RICMS/12, grupo 01 (peças, componentes, e acessórios para veículos automotores), item 1.90 a substituição tributária para a NCM 3919.1, para "fitas, tiras, adesivos, autocolantes, de plástico, refletores, mesmo em rolos; placas metálicas com película de plástico refletora, próprias para colocação em carrocerias, para-choques de veículos de carga, motocicletas, ciclomotores, capacetes, bonés de agentes de trânsito e de condutores de veículos, atuando como dispositivos refletivos de segurança rodoviários", descrição que não se coaduna com a da mercadoria autuada. Mantido o lançamento quanto a tal produto.

Já para escova unha Condor, NCM 8214.20.00, inexistia previsão para substituição tributária em 2015, enquanto para 2016, a mesma se encontrava no item 19.26 (utensílios e sortidos de utensílios de manicuros ou de pedicuros (incluindo as limas para unhas), grupo 19 (venda de mercadorias pelo sistema porta a porta), o que não vem a ser hipótese para o presente caso, vez ser a empresa autuada um supermercado, sendo as operações tributadas. De igual forma, devem ser mantidos no lançamento.

O papel alumínio Pratik, NCM 7607.11.90, embora tenha previsão para substituição tributária em 2016, no item 12.33 (papel laminado e papel espelho), sendo o grupo 12 (papelaria), entretanto, o mesmo se apresenta na forma de rolo, conforme pode ser visto através de pesquisa na internet, no site <https://feiralivre.com/produto/3035/papel-aluminio-pratik-30cm-4m>, não podendo ser considerado como se de papelaria fosse, como pretende a autuada, também não se confundindo com as placas de papel alumínio destinadas a forrar fogão, como assevera a autuante, podendo ter múltiplos usos domésticos. Logo, a manutenção na autuação se apresenta correta.

Dessa forma, a infração 02 é procedente parcialmente em R\$41.227,85, na forma a seguir discriminada:

2015	
------	--

JANEIRO	R\$ 3.131,77
FEVEREIRO	R\$ 11.229,63
MARÇO	R\$ 2.920,21
ABRIL	R\$ 1.944,30
MAIO	R\$ 2.293,95
JUNHO	R\$ 2.628,10
JULHO	R\$ 2.502,53
AGOSTO	R\$ 2.132,03
SETEMBRO	R\$ 3.022,88
OUTUBRO	R\$ 375,95
NOVEMBRO	R\$ 378,57
DEZEMBRO	R\$ 508,55
TOTAL	33.068,47

2016	
JANEIRO	R\$ 323,50
FEVEREIRO	R\$ 323,75
MARÇO	R\$ 343,72
ABRIL	R\$ 210,46
MAIO	R\$ 63,55
JUNHO	R\$ 0,00
JULHO	R\$ 326,86
AGOSTO	R\$ 155,72
SETEMBRO	R\$ 1.251,70
OUTUBRO	R\$ 790,79
NOVEMBRO	R\$ 1.755,98
DEZEMBRO	R\$ 2.613,35
TOTAL	R\$8.159,38

Finalmente, na infração 03, observo ser obrigação acessória da empresa, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constatou que a lei não excepciona qualquer operação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por tal motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Quanto aos documentos fiscais elencados pela defesa, a matéria necessitaria da imprescindível prova, que veio aos autos, tendo a autuante, inclusive, acolhido os mesmos, alterando o valor da infração, diante do reconhecimento de não terem sido recebidas pela empresa autuada, tendo o fornecedor emitido nota fiscal de entrada referente a retorno de mercadoria não entregue ao destinatário, consoante chaves de acesso dos documentos trazidos aos autos.

Concordo com as exclusões processadas pela autuante para o exercício de 2015, observando que na informação fiscal prestada, a mesma indicou erroneamente o ano de 2013, devendo ser a infração tida como procedente em parte, no valor de R\$5.409,83, na forma do demonstrativo abaixo: (INFRAÇÃO 3):

2015	
JANEIRO	R\$ 160,91
FEVEREIRO	R\$ 239,27
MARÇO	R\$ 60,21
ABRIL	R\$ 107,61
MAIO	R\$ 76,28
JUNHO	R\$ 40,07

<i>JULHO</i>	R\$ 150,25
<i>AGOSTO</i>	R\$ 124,10
<i>SETEMBRO</i>	R\$ 240,06
<i>OUTUBRO</i>	R\$ 332,88
<i>NOVEMBRO</i>	R\$ 185,65
<i>DEZEMBRO</i>	R\$ 168,96
<i>TOTAL</i>	1.886,25
<i>2016</i>	
<i>JANEIRO</i>	R\$ 277,68
<i>FEVEREIRO</i>	R\$ 220,19
<i>MARÇO</i>	R\$ 418,48
<i>ABRIL</i>	R\$ 310,52
<i>MAIO</i>	R\$ 518,19
<i>JUNHO</i>	R\$ 384,95
<i>JULHO</i>	R\$ 299,47
<i>AGOSTO</i>	R\$ 282,65
<i>SETEMBRO</i>	R\$ 286,94
<i>OUTUBRO</i>	R\$ 370,40
<i>NOVEMBRO</i>	R\$ 154,11
<i>TOTAL</i>	3.523,58

Esclareço que a dispensa de apresentação e ciência dos novos demonstrativos elaborados pela autuante, em sede de informação fiscal, decorreu de previsão normativa, conforme bem observado pela mesma, não trazendo qualquer prejuízo para a defesa, vez que atendida em quase todos os seus argumentos exceto os aqui analisados.

Por tais razões, o Auto de Infração é tido como parcialmente procedente, no valor de R\$41.427,85, na forma do demonstrativo abaixo:

*Infração 01 R\$ 2.028,93
Infração 02 R\$ 41.227,85
Infração 03 R\$ 5.409,83*

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário tão somente sobre a Infração 02. Esclarece que a indicação de manifestação do Relator deve ser considerada como da 2^a JJF, haja vista votos concordantes dos demais Julgadores.

Quanto aos produtos **desidratados**, discorda do entendimento feito em relação as considerações apresentadas pelo ilustre Relator. Salienta que o Parecer DITRI nº 29884/2012, de 17/12/2012, é taxativo em afirmar que:

Conclui-se, portanto que estão amparados pela isenção os hortícolas relacionados no Convênio 44/75, em estado natural, desde que não estejam destinados à industrialização. Os produtos que estão listados e passaram por algum tipo de industrialização, assim como os que não foram indicados no referido acordo, serão tributados internamente pela alíquota de 17%.

Cumpre-nos esclarecer que na desidratação ou secagem procura-se remover ou diminuir a quantidade de água no alimento, evitando que sejam criadas condições propícias para o desenvolvimento de microorganismos. Pode ser feita naturalmente ou através de outros processos. Assim sendo, o produto que secou naturalmente, sem ter sido submetido a nenhum processo de industrialização, conserva o seu estado natural.

Chama atenção para o fato de que o Relator/Julgador não adentrou no processo de desidratação aos quais foram submetidos os produtos indicados. Generalizou seu entendimento para todos os processos de desidratação.

Pondera que o entendimento da DITRI é no sentido de que o processo de desidratação natural, sem ter sido submetido a nenhum processo de industrialização, **conserva o seu estado natural**. Neste caso, o produto é está amparado pela isenção e que estaria o fisco na incumbência de provar que os produtos indicados foram desidratados por processo diferente da desidratação natural. Isso não foi provado, sendo que o processo de desidratação que submeta tais produtos à exposição de calor originada de fonte industrial, por certo queimaria as folhas. Isso sem falar que tal processo industrial seria bastante oneroso, o que inviabilizaria a comercialização dos produtos.

Quanto ao produto **tempero verde Melhor CP 250 g.**, afirma que este não é desidratado. É em estado natural e são ervas utilizadas na alimentação, tais como salsa, cebolinha verde, coentro, hortelã etc. Portanto, estão alcançadas pela isenção.

Quanto ao produto **Bebida láctea Nestlé Bicamada 150g**, de NCM 0403.10.00, explica que tal produto é de fato iogurte. O NCM 0403.10.00 é o de iogurte. Vejamos a NCM na Tabela do IPI:

04.03	Leitelho, leite e creme de leite (nata*) coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite (natas*) fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de fruta ou de cacau.	
0403.10.00	- iogurte	NT
	Ex 01 - Acondicionado em embalagem de apresentação	0
0403.90.00	- Outros	NT
	Ex 01 - Acondicionados em embalagem de apresentação	0

Esclarece que a autuada descreveu o produto de forma equivocada ao denominá-la de bebida láctea, pois a bebida láctea tem NCM 2202.99.00. Vejamos a mesma Tabela do IPI:

22.02	Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de fruta ou de produtos hortícolas, da posição 20.09.	
2202.10.00	- Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas	4
	Ex 01 - Refrescos	4
2202.9	- Outras:	
2202.91.00	-- Cerveja sem álcool	6
2202.99.00	-- Outras	4
	Ex 01 - Bebidas alimentares à base de soja ou de leite e cacau	0

Acosta fotos dos produtos fabricados demonstrando o iogurte morango com calda 150g e destaca que a unidade de medida de massa: g (grama). Os produtos iogurtes são comercializados com unidade de medida de massa (g, kg). Já a bebida láctea é comercializada em unidade de medida de capacidade (ml, l). Portanto, o produto de NCM 0403.10.00 é iogurte.

Disse que as vezes o iogurte e a bebida láctea são confundidos com “leite fermentado”. O produto leite fermentado tem NCM 0403.90.00. Vejamos novamente a indicação na Tabela do IPI:

04.03	Leitelho, leite e creme de leite (nata*) coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite (natas*) fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de fruta ou de cacau.	
0403.10.00	- iogurte	NT
	Ex 01 - Acondicionado em embalagem de apresentação	0
0403.90.00	- Outros	NT
	Ex 01 - Acondicionados em embalagem de apresentação	0

Assevera que o produto leite fermentado também é comercializado com unidade de medida de massa (g, kg).

Quanto ao produto “**escova unha Condor**”, diz que este teve seu NCM indicado errado (NCM 8214.20.00). O correto é NCM 9603.29.00. Vejamos as indicações na Tabela do IPI:

82.14	Outros artigos de cutelaria (por exemplo, máquinas de cortar o cabelo ou tosquiá, fendeleiras, cutelos, incluindo os de aço e de cozinha, e espátulas (corta-papéis); utensílios e sortidos de utensílios de manicuros ou de pedicuros (incluindo as limas para unhas).	
8214.10.00	- Espátulas (corta-papéis), abre-cartas, raspadeiras, apontadores de lápis (apara-lápis*) e suas lâminas	10
8214.20.00	- Utensílios e sortidos de utensílios de manicuros ou de pedicuros (incluindo as limas para unhas)	10
8214.90	- Outros	
8214.90.10	Máquinas de tosquiá e suas partes	10
8214.90.90	Outros	10

96.03	Vassouras e escovas, mesmo constituindo partes de máquinas, de aparelhos ou de veículos, vassouras mecânicas de uso manual não motorizadas, pincéis e espanadores; cabecas preparadas para escovas, pincéis e artigos semelhantes; bonecas e rolos para pintura; rodos de borracha ou de matérias flexíveis semelhantes.	
9603.10.00	- Vassouras e escovas constituídas por pequenos ramos ou outras matérias vegetais reunidas em feixes, mesmo com cabo	0
9603.2	- Escovas de dentes, escovas e pincéis de barba, escovas para cabelo, para cílios ou para unhas e outras escovas de tocador de pessoas, incluindo as que sejam partes de aparelhos:	
9603.21.00	-- Escovas de dentes, incluindo as escovas para dentaduras	0
9603.29.00	-- Outros	0
9603.30.00	- Pincéis e escovas, para artistas, pincéis de escrever e pincéis semelhantes para aplicação de produtos cosméticos	0
9603.40	- Escovas e pincéis, para pintar, cair, envernizar ou semelhantes (exceto os pincéis da subposição 9603.30); bonecas e rolos para pintura	
9603.40.10	Rolos	0
9603.40.90	Outros	0
9603.50.00	- Outras escovas que constituam partes de máquinas, aparelhos ou veículos	0
9603.90.00	- Outros	0

Portanto, sujeito à substituição tributária.

Quanto ao produto **papel de alumínio Pratik**, NCM 7607.11.90, juntou algumas imagens extraídas da internet e disse que a melhor forma de acondicionar a folha de alumínio é em rolo. Se dobrar, amassa. Discorre que não é o fato de ser comercializada em rolo que lhe tira da condição de estar incluída no Anexo 1 do RICMS-BA.

Afirma ser importante ouvir a DITRI acerca do enquadramento do papel (folha) de alumínio, destinado ao acondicionamento e cobertura de alimentos para cozimento em fornos e churrasqueiras e utilizados para auxílio de tarefas culinárias, como sendo “papel laminado” previsto no item 12.33 do Anexo 1 do RICMS-BA, vigente em 2016. Também entende pertinente a ouvida da DITRI em relação aos demais produtos objeto desse Recurso Voluntário.

Pede pela reforma do acórdão recorrido feito na Primeira Instância.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos – OAB/BA nº 26.338.

O conselheiro José Adelson Mattos Ramos declarou impedimento, sendo substituído pelo conselheiro João Vicente Costa Neto.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte em decisão unânime o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/12/2019 para exigir crédito tributário no valor de R\$ 50.217,64, acrescido da multa de 60% para as infrações 01 e 02, e de 1% para a infração 03. O autuado reconheceu as infrações 01 e 03, e apresentou alegações defensivas tão somente para infração 02.

Inicialmente observo que todos os argumentos apresentados pelo recorrente em suas Razões de Defesa foram adequadamente apreciados e enfrentados pela Junta de Julgamento, não se confirmando a tese da recorrente, de que se trata de julgamento incompleto.

No mérito, a infração 02 impõe ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade:

“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$42.409,68, multa de 60%, para ocorrências entre janeiro de 2015 a novembro de 2016, constando a indicação da autuante de que “débito a menor em operações com ECF. Erro na determinação da carga tributária”.

O Recurso Voluntário pontua que a indicação de manifestação do Relator deve ser considerada como da 2^a JJF, haja vista votos concordantes dos demais Julgadores nos autos em lide, em relação aos seguintes produtos:

- a) Desidratados.
- b) Tempero verde Melhor Sabor, CP 250g.
- c) Bebida láctea Nestle bicamada 150 G, NCM 0403.1000.
- d) Escova de Unha Condor ref. 6168, NCM 8214.2000.
- e) Papel Alumínio Pratik, NCM 7607.1190.

Quanto aos produtos desidratados, discorda do entendimento feito em relação às considerações apresentadas pelo ilustre Relator de piso. Salienta que o Parecer DITRI nº 29884/2012, de 17/12/2012, é taxativo em afirmar que:

Conclui-se, portanto que estão amparados pela isenção os hortícolas relacionados no Convênio 44/75, em estado natural, desde que não estejam destinados à industrialização. Os produtos que estão listados e passaram por algum tipo de industrialização, assim como os que não foram indicados no referido acordo, serão tributados internamente pela alíquota de 17%.

Cumpre-nos esclarecer que na desidratação ou secagem procura-se remover ou diminuir a quantidade de água no alimento, evitando que sejam criadas condições propícias para o desenvolvimento de microorganismos. Pode ser feita naturalmente ou através de outros processos. Assim sendo, o produto que secou naturalmente, sem ter sido submetido a nenhum processo de industrialização, conserva o seu estado natural.

Destaca ainda, que o entendimento do parecer DITRI é no sentido de que o processo de desidratação natural, sem ter submetido a nenhum processo de industrialização, conserva o seu estado normal.

Observa-se que os produtos hortifrutícolas (desidratados), é devidamente tributado pelo ICMS, por sofrer industrialização (embalagem, desidratação e congelamento), e neste lançamento, com base no Convenio ICM 44/75 e amparo do Art. 265 do RICMS, não têm qualquer relação com a isenção de ICMS, conforme entendimento e conclusão do nobre relator de piso que abaixo transcreto:

“Considera-se em estado natural o produto tal como se encontra na natureza, que não tenha sido submetido a nenhum processo de industrialização, não perdendo essa condição o que apenas tiver sido submetido a resfriamento, congelamento, secagem natural, acondicionamento rudimentar ou que, para ser comercializado, dependa necessariamente de beneficiamento ou acondicionamento;

Os produtos hortifrutigranjeiros cortados, descascados, desidratados ou cuja embalagem não seja estritamente necessária à sua comercialização caracterizam-se como produtos resultantes de industrialização.

Tendo em vista essas duas situações, para fins de tributação, o estado da Bahia, em atenção ao Convênio ICM 44/75, na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador, considera que a primeira forma de apresentação (natural) é isenta e a segunda passa a ser tributada por sofrer industrialização (embalagem, desidratação e congelamento).

Em alguns processos, se acrescenta ao produto sal ou açúcar antes do congelamento, sendo que tal adição não modifica a classificação, onde podem, inclusive, ter sido cozidos em água ou vapor antes do congelamento.

Daí, se comprova que os mesmos não atendem ao critério de isenção”.

Mantenho a Decisão de piso.

Quanto ao produto “tempero verde”, afirma que este não é desidratado. É em estado natural e são ervas utilizadas na alimentação, tais como: salsa, cebolinha verde, coentro, hortelã etc., portanto, estão alcançadas pela isenção.

Informo que na assentada do julgamento – em mesa, o patrono do recorrente retirou os argumentos recursais apresentados em relação a este produto ora aqui discutido.

Diante da solicitação do patrono da autuada para retirar os argumentos recursais em relação à isenção do produto Tempero Verde Melhor CP 250G, entendemos que a autuada concordou com o lançamento fiscal.

Mantenho a decisão de piso.

Quanto ao produto **Bebida láctea Nestlé Bicamada 150g**, de NCM 0403.10.00, explica que tal produto é de fato iogurte. O NCM 0403.10.00 é o de iogurte. Vejamos a NCM na Tabela do IPI:

04.03	Leitelho, leite e creme de leite (nata*) coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite (natas*) fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de fruta ou de cacau.	
0403.10.00	- iogurte	NT
	Ex 01 - Acondicionado em embalagem de apresentação	0
0403.90.00	- Outros	NT
	Ex 01 - Acondicionados em embalagem de apresentação	0

Em análise ao lançamento no que se refere ao produto Bebida Láctea Nestle Bicamada 150 g NCM 0403.10.10, acolho os argumentos defensivos da recorrente, pois havia previsão de substituição tributária para tal NCM no exercício de 2015, com amparo no Anexo 1 do art. 289 RICMS, item 21, portanto, excluo da autuação os seguintes lançamentos no que se refere a este produto nos meses de janeiro a setembro do exercício de 2015, no valor de R\$ 349,85, conforme a seguir:

Janeiro	R\$ 32,90
Fevereiro	R\$ 32,62
Março	R\$ 51,28
Abril	R\$ 39,52
Maio	R\$ 25,09
Junho	R\$ 49,06
Julho	R\$ 44,09
Agosto	R\$ 46,80
Setembro	<u>R\$ 28,49</u>
Total	R\$ 349,85

Concluo pela modificação da Decisão de piso para este produto.

Da análise dos documentos acostados aos autos e da legislação aplicável às matérias que se reporta este lançamento de ofício, quanto aos produtos **Escova unha Condor ref.6168**, NCM **8214.20.00**, **papel alumínio Pratik**, NCM **7607.11.90**, entendemos não merecer nenhum reparo a Decisão recorrida, já que as infrações imputadas ao sujeito passivo estão devidamente comprovadas, não conseguindo o sujeito passivo afasta-las, quanto aos valores que remanesceram após o Julgado de Primeira Instancia, pois traz argumentações inócuas ao que pretende.

Quanto ao produto **escova unha Condor ref. 6168**, NCM 8214.20.00, verifica-se que no ano de 2015 não tinha previsão para substituição tributária, enquanto para 2016, a mesma se encontrava no item 19.26 - utensílios e sortidos de utensílios de manicuros ou de pedicuros (incluindo as limas para unhas), o grupo 19 do anexo 1 do art. 289 do RICMS somente contempla a substituição tributária de produtos submetidos à venda porta a porta. Os produtos ali listados não estão enquadrados no regime ST, quando não submetidos a esse tipo de venda.

Quanto ao produto **papel alumínio Pratik**, NCM 7607.11.90, verifica-se que no ano de 2015 não tinha previsão para substituição tributária, porém, em 2016 está enquadrado no grupo 12 do anexo 1 do art. 289 do RICMS, (papelaria), item 12.33 (papel laminado e papel espelho), porém, o mesmo se apresenta na forma de rolo, não sendo considerado como se de papelaria fosse, como projeta a autuada, também não se confundindo com as placas de papel alumínio destinadas a forrar fogão, como afirma a autuante, podendo ser utilizado em vários benefícios domésticos.

Para que um produto esteja na substituição tributária é necessário que exista a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos no referido dispositivo, de forma que a mercadoria envolvida na operação apresente denominação e classificação fiscal (NCM) coincidentes com as descrições contidas na norma.

Verifica-se também que em nenhum momento a autuada traz aos autos a comprovação através de Notas Fiscais de entradas destes produtos e seus respectivos pagamentos de ICMS por substituição ou antecipação tributária.

Neste sentido, decido pela manutenção de piso em relação aos produtos **Escova unha Condor ref.6168**, NCM **8214.20.00**, e **papel alumínio Pratik**, NCM **7607.11.90**,

Por todas as razões referidas, altero o valor do lançamento em relação à infração 02, de R\$ 41.227,85, para R\$ 40.878,00.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281332.0011/19-8, lavrado contra **WANUSA SANTOS BRITO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.906,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 5.409,83**, prevista no artigo 42, IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os valores porventura recolhidos pela contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVERA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS