

A. I. Nº - 298958.0001/22-9
AUTUADA - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.10.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Decadência reconhecida para alguns meses. Amendoins, castanhas, bacons, Espetinhos de linguíça de gado e ave, além de peitos de frango: produtos excluídos do monte cobrado, por fazerem parte do regime de tributação antecipada. Amêndoas, sacolas e *ice tea*: produtos mantidos na exigência. Irregularidade procedente em parte. **b) DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR EM DOCUMENTOS FISCAIS.** Autuada reconhece a procedência. Irregularidade procedente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** Decadência reconhecida para alguns meses. Algodão: produto retirado do monte exigido por ser da substituição tributária. Misturas para bolo (sob certa apresentação) e pizzas prontas com recheio: produtos fora da ST. Irregularidade procedente em parte; **b) DIFAL. 1. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA ATIVO FIXO.** Autuada reconhece a procedência. Irregularidade procedente; **2. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA USO E CONSUMO.** Autuada reconhece a procedência. Irregularidade procedente. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA APLICADA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.** Adicional com arrecadação prevista para o *Fundo de Erradicação da Pobreza*. Decadência reconhecida para alguns meses. Lenços umedecidos e papéis-toalha: produtos retirados do monte exigido. Xampus não colorantes: produtos mantidos na cobrança. Irregularidade procedente em parte. Alegações empresariais apenas restritas às devoluções de vendas, nas quais houve erro na escrituração das unidades de medidas dos itens levantados, registrando-se *pacotes* no lugar de *caixas*. Varredura amostral promovida durante a instrução constatou inexistir a inconsistência apontada. Irregularidade subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre frisar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos atores do PAF, inclusive adaptado para sessões de julgamento virtuais.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 31/3/2022, exige ICMS no valor original total de R\$ 134.645,75, explicado resumidamente pelas seguintes descrições e com fatos geradores e capitulações ali referenciados:

Infração 01 – 001.002.006: Uso indevido de créditos fiscais relacionados com aquisições e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Valor histórico de R\$ 12.730,99.

Infração 02 – 001.002.041: Uso indevido de créditos fiscais relacionados com destaque de imposto a maior em documentos fiscais. Valor histórico de R\$ 83,68.

Infração 03 – 002.001.003: Falta de pagamento de imposto em face de ter praticados operações tributadas como não tributadas Valor histórico de R\$ 39.539,88.

Infração 04 – 003.002.002: Pagamento a menor de imposto em virtude de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente tributadas. Valor histórico de R\$ 74.843,29.

Infração 05 – 006.001.001: Falta de pagamento de imposto devido em função da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo. Valor histórico de R\$ 2.179,75.

Infração 06 – 006.002.001: Falta de pagamento de imposto devido em função da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo do próprio estabelecimento. Valor histórico de R\$ 5.268,16.

Anexados ao instrumento de cobrança, entre outros documentos: termo de início da ação fiscal, intimação para apresentação de livros e documentos, CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 14/20).

Contribuinte oferece defesa (fls. 24/36), ocasião em que:

Invoca a extinção das infrações 01 (ocorrências de janeiro de 2017 a dezembro de 2019), 03 (ocorrências de janeiro de 2017 a dezembro de 2019), e 04 (ocorrências de janeiro de 2017 a dezembro de 2019), apoiado em doutrina, jurisprudência (inclusive Súm. 555 do STJ) e no art. 150, § 4º do CTN, visto que, intimado do lançamento de ofício em 11.4.2022, todos os fatos geradores ocorridos até 11.4.2017 estão carcomidos pelos efeitos decadenciais, desaparecendo o direito do Estado, neste particular, constituir quaisquer créditos tributários.

Intenta ainda contra a infração 01 aduzindo que grande parte das mercadorias alcançadas na cobrança está fora do regime da substituição tributária, a exemplo de amêndoas, amendoins, bacon, castanhas, linguças, frangos e sacola, além de outras especificadas em planilha que juntou com a contestação.

Indica que está levantando os elementos desconfiguradores da infração 02, a serem juntados na “fase de diligência” (sic.).

Irresigna-se contra a infração 03 alegando boa parcela das mercadorias alcançadas na cobrança está dentro do regime da substituição tributária, a exemplo de algodões, misturas para bolo e pizzas, além de outras especificadas em planilha que juntou com a contestação.

Insurge contra a infração 04 ponderando que o fisco se enganou ao incluir produtos que não constam na IN 05/2016, sujeitos ao adicional de 2%, a exemplo de shampoos, lenços umedecidos e papéis-toalha, além de outros apontados em planilha que juntou com a impugnação.

Investe contra as infrações 05 e 06 dizendo apenas que ainda está levantando os elementos excludentes destas irregularidades, a serem juntados na “fase de diligência” (sic.).

Impõe a necessidade de realização de diligência, à vista das planilhas que acostou, para caracterização da decadência e da insubsistência das postulações estatais, momento em que apresentará os seus quesitos.

Juntados pela empresa: instrumentos de representação legal e planilhas contraditórias da pretensão da Fazenda Pública, em mídia digital (fls. 37/58).

Nas suas informações fiscais (fls. 61/73), o autuante:

Em face da infração 01, depois de admitir a incidência parcial da decadência, com exclusão de valores e períodos em novo demonstrativo fiscal, aborda particularizadamente tipos de produtos para identificar se estão ou não na substituição tributária, para fins de apropriação do crédito fiscal, a saber:

- AMENDOA TORR LA VIOLETA SALG 100G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- AMENDOIM COLORIDO 70G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- AMENDOIM DORI CHOCOLATE 500G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- AMENDOIM DORI COLORIDO 100G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- BACON MANTA PIF PAF PESO - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.35.1 – NCM 0203; 0206; 0209; 0210.1; 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos;
- CASTANHA DE CAJU NAT INT LA VIOLET 100G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- CASTANHA DE CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- CASTANHA DE CAJU (PESO) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- CASTANHA PARA LA VIOLETERA C/C 200G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- ESPETINHO AURORA LING TOSCANA 800G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;
- ICE TEA LEAO 1L PESSEGO – Produto tributado normalmente pelo ICMS e excluído das planilhas de débito;
- PEITO FG SEARA E SAUD INT – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;
- PEITO FG EMBUT SADIA INT – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;
- PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves; e
- SACOLA CALVO ECOLOGICA CN - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 12.0 – PRODUTOS DE PAPELARIA – item 12.5.0 – NCM 4202.1 E 4202.9 – Baús, malas e malas para viagem.

Após admitir a decadência e parcialmente as razões empresariais, anexa novo demonstrativo de débito, reduzindo a cobrança para R\$ 12.255,11.

Em face da infração 02, ante o argumento de que os elementos estão sendo reunidos pelo autuado, mantém a exigência.

Em face da infração 03, aborda particularizadamente tipos de produtos para identificar se estão ou não na substituição tributária, para fins de pagamento do imposto nas saídas do estabelecimento, a saber:

- ALGOD BABY 25G CX – Produto enquadrado no regime da substituição tributária e excluído da planilha de débito;
- ALGOD CREMER BOL UN – Produto enquadrado no regime da substituição tributária e excluído da planilha de débito;
- MIST BOL BAUN 450G CX - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MIST BOL D BEM 450G UN - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MIST P/BOLO OETKER UN - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016; e
- PIZZA SEARA QUATRO QUEIJOS 460G – Produto industrializado, com recheio e pronto para consumo, sendo tributado normalmente pelo ICMS.

Após admitir parcialmente as razões empresariais, anexa novo demonstrativo de débito, reduzindo a cobrança para R\$ 36.607,97.

Em face da infração 04, depois de admitir a incidência parcial da decadência, com exclusão de valores e períodos em novo demonstrativo fiscal, aborda particularizadamente tipos de produtos para identificar se estão ou não inclusos na IN 05/2016, sujeitos ao adicional de alíquota de 2%, a saber:

- SHAMPOO ELSEVE HYDRA MAX COL 400ML – produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- SH N GOL NUT+COND UN – produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- SH NIELY GOLD NUT PODER 300ML+COND 200ML – produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- KIT TECOVEL SH/LIM UN - produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- LENÇO UMED B ROG RF UN – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- PAPEL TOALHA ROSE UN - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- SH+COND SEDA 325ML UN - produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- SHAMP P ESC 500ML UN - produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;
- SHAMPOO PRINC FROZ UN - produto incluído na Instrução Normativa nº 05/2016;

Demais produtos constam na “PLANILHA INFORMAÇÃO FISCAL Infração 04”.

Após admitir parcialmente as razões empresariais, anexa novo demonstrativo de débito, reduzindo a cobrança para R\$ 73.037,45.

Em face da infração 05, ante o argumento de que os elementos estão sendo reunidos pelo autuado, mantém a exigência.

Em face da infração 06, ante o argumento de que os elementos estão sendo reunidos pelo autuado, mantém a exigência.

Ao final, diante da aquiescência parcial da defesa e revisão dos novos valores devidos, pugna pela subsistência de R\$ 129.432,12, mais consectários.

Intimado dos novos valores encontrados (fls. 75/77), o autuado, em petição (fls. 80/82), reitera a sua tese inicial e a necessidade de diligência, silenciando quanto às infrações 02, 05 e 06.

Manifestações fiscais reiterativas (fls. 88/98).

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

O Auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se, desde já, o pedido de realização de diligência ratificado pela impugnante, posto estarem já presentes os elementos fático-probatórios para decidirmos a questão, conforme já referenciado no relatório linhas atrás.

Inexiste controvérsia em relação às infrações 02, 05 e 06, até porque o autuado não as contestou.

A segunda irregularidade lançada trata de uso indevido de créditos decorrentes de destaque de ICMS a maior em notas fiscais, demonstrativos da auditoria constantes à fl. 74. Percebe-se que a apropriação decorreu do adicional de 2% do imposto estadual, previsto na IN 05/2016, no que tange à operação com cosméticos. Apesar da sua natureza não vinculativa, de questionável implantação, não há na legislação de regência vedação de uso do crédito para o adicional do “tributo estadual destinado” ao fundo de combate para erradicação da pobreza. Entretanto, os produtos alcançados são xampus, fora da IN 05/2016 (exceto os colorantes, os quais não se amoldam ao caso), além do pó para refresco. **Cobrança procedente.**

A quinta irregularidade alude a DIFAL incidente nas aquisições interestaduais de bens para integração ao ativo permanente, demonstrativos fiscais constantes à fl. 74. Ao examinar-se as planilhas fiscais relacionadas com o diferencial de alíquota exigido para 2017, 2018 e 2019, denominadas “DIFAL ATIVO”, verifica-se tratar-se mesmo de mercadorias vocacionadas para integrarem o ativo fixo. **Irregularidade procedente.**

A sexta irregularidade reporta-se à DIFAL incidente nas aquisições interestaduais de bens para uso e consumo do estabelecimento, demonstrativos da auditoria constantes à fl. 74. Ao examinar-se as planilhas fiscais relacionadas com o diferencial de alíquota exigido para 2017, 2018 e 2019, denominadas “DIFAL USO E CONSUMO”, verifica-se tratar-se mesmo de mercadorias vocacionadas para serem usadas e consumidas pelo estabelecimento. **Irregularidade procedente.**

Nestas três infrações não há efeitos decadenciais a averiguar, visto que os fatos geradores mais remotos se reportam a maio de 2017.

O mesmo não se pode dizer com relação às infrações 01, 03 e 04, doravante apreciadas em separado, porquanto há nelas valores cobrados anteriores a abril de 2017, considerando o contribuinte ter tomado ciência do auto de infração em 11.4.2022, sendo o caso, dado o tipo de irregularidade, de aplicar-se o art. 150, § 4º do CTN.

A infração 01 estorna créditos fiscais atinentes a aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, fatos geradores de janeiro de 2017 a dezembro de 2019.

Os meses de janeiro a março de 2017 estão afetados pela decadência, pois é a hipótese de aplicar o início da contagem a partir da ocorrência do fato gerador, encerrando-se com a ciência do auto de infração por parte do contribuinte. Devem ser – períodos e valores respectivos - expurgados da exigência estatal, aliás conforme admitido pela auditoria.

Os demais meses envolvem mercadorias que, no ver do contribuinte, estão fora da substituição tributária, no ver do autuante, estão dentro do regime, exceção feita ao ICE TEA LEÃO 1L PÊSSEGO, tributada normalmente pelo ICMS e excluída posteriormente em nova planilha fiscal. Concordamos com o fisco neste particular.

Quanto aos demais produtos, confrontando os argumentos de lado a lado, façamos a apreciação tipo a tipo de mercadoria.

Amêndoas: dentro do intervalo autuado, não estão na ST, apesar do fisco enquadrá-las no grupo das castanhas e amendoins. Produtos diferentes. Crédito fiscal admitido.

Sacolas: dentro do intervalo autuado, não estão na ST, apesar do fisco enquadrá-las no grupo dos baús, malas e malas para viagem, subposição 12.5.1. Produtos diferentes. Crédito fiscal admitido.

Amendoins: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS-BA, posição 11.0, Produtos Alimentícios, subposições 11.10.1 ou 11.11.0 (a depender da época), NCM 2008-1, Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg. Créditos fiscais indevidos.

Castanhas: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS-BA, posição 11.0, Produtos Alimentícios, subposições 11.10.1 ou 11.11.0 (a depender da época), NCM 2008-1, Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg. Créditos fiscais indevidos.

Bacons: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS-BA, na posição 11.0, Produtos Alimentícios, subposição item 11.35.1, NCMs 0203, 0206, 0209, 0210.1, 0210.99 e 1501, Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos. Créditos fiscais indevidos.

Espetinhos de linguiça de gado e ave: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS-BA, posição 11.0, PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, subposição 11.31, NCMs 0201, 0202, 0204 e 0206, Carne de gado bovino, ovino, bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados; ou na subposição 11.35.0, NCMs 0207, 0209, 0210.99 e 1501, Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves. Créditos fiscais indevidos.

Peitos de frango: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS-BA, posição 11.0, PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, subposição 11.35.0, NCMs 0207, 0209, 0210.99 e 1501, Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves. Créditos fiscais indevidos.

Assim, à luz dos demonstrativos trazidos pelo fisco à fl. 74 em mídia digital, reconhecendo a decadência e retirando dos cálculos as operações com amêndoas e sacolas, o novo demonstrativo mensal de débito fica deste jeito:

INF 01

abr/17	241,62
mai/17	253,02
jun/17	399,85
jul/17	220,46
ago/17	14,31
set/17	154,94
out/17	377,21
nov/17	188,91

dez/17	550,91
jan/18	458,84
fev/18	732,95
mar/18	252,94
abr/18	652,00
mai/18	150,01
jun/18	77,12
jul/18	51,50
ago/18	410,79
set/18	204,17
out/18	476,69
nov/18	425,33
dez/18	613,90
jan/19	0,00
fev/19	47,71
mar/19	1.145,12
abr/19	1.519,81
mai/19	140,56
jun/19	255,63
jul/19	134,46
ago/19	220,69
set/19	287,36
out/19	197,19
nov/19	568,70
dez/19	650,91
Total	12.075,61

Logo, é a infração julgada procedente em parte no valor de R\$ 12.075,61, mais consectários.

A infração 03 cobra falta de recolhimento de ICMS em razão do defendente ter praticado operações tributadas como não tributadas, fatos geradores de janeiro de 2017 a dezembro de 2019.

Conquanto a irregularidade diga que houve falta de pagamento do imposto, ao compulsar os sistemas de arrecadação da Sefaz baiana, verifica-se que, na verdade, a alegação deve recair sobre recolhimento a menor, pois no período abrangido identifica-se declaração formal de valor a arrecadar. Logo, os meses de janeiro a março de 2017 estão afetados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Devem ser expurgados da exigência estatal.

O argumento defensivo reside no fato de que são produtos de tributação antecipada, de modo que as saídas do estabelecimento já estariam desoneradas.

Por sua vez, a fiscalização, ao revisar o lançamento, retira da dívida os algodões. Concordamos com a fiscalização. Mantém, entretanto, os seguintes produtos:

- MIST BOL BAUN 450G CX - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MIST BOL D BEM 450G UN - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MIST P/BOLO OETKER UN - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016;
- MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG - Produto saiu da substituição tributária em 03/2016; e
- PIZZA SEARA QUATRO QUEIJOS 460G – Produto industrializado, com recheio e pronto para consumo, sendo tributado normalmente pelo ICMS.

Quanto aos demais produtos, confrontando os argumentos de lado a lado, façamos a apreciação tipo a tipo de mercadoria.

Misturas para bolo: a despeito de ainda existir, dentro do período autuado, épocas em que a mistura para bolo pertencia à ST, na descrição *misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*, não provou o autuado que as mercadorias afetadas pela cobrança estão nesta condição, tampouco demonstrou o recolhimento do imposto por antecipação. Logo, pelos dois motivos, devem permanecer no levantamento fiscal.

Pizzas prontas: entendemos que, pelas suas características, este tipo de mercadoria, com recheio e pronta para consumo, está fora da ST. Mesmo que tivesse, o autuado não comprovou o recolhimento antecipado do imposto, apesar de ter a chance de fazê-lo. Assim, devem permanecer no levantamento fiscal.

Neste prisma, acolhemos as razões do Estado prestadas no informativo fiscal, devendo ser a infração 03 ser julgada procedente em parte, no valor histórico de R\$ 36.607,97, adotando-se os levantamentos acostados no CD de fl. 74 e **retirando deles todos os valores apontados nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2017, porque tragados pela decadência.**

A infração 04 persegue pagamento a menor de ICMS pelo fato do sujeito passivo não ter considerado que os produtos envolvidos estão inclusos na IN 05/2016 e, portanto, sujeitos ao adicional de 2% do “Fundo de Pobreza”, fatos geradores de janeiro de 2017 a dezembro de 2019.

Os meses de janeiro a março de 2017 estão afetados pela decadência. Devem ser expurgados da exigência estatal, aliás conforme admitido pela auditoria, nas bases já apreciadas quando do exame da infração 01.

Na revisão fiscal, o autuante exclui da cobrança os produtos nominados LENÇO UMED B ROG RF UM e PAPEL TOALHA ROSE UM, em procedimento que concordamos, mantendo os demais que foram objeto de contestação empresarial, a seguir arrolados, que são, na verdade, *xampus*:

- SHAMPOO ELSEVE HYDRA MAX COL 400ML
- SH N GOL NUT+COND UM
- SH NIELY GOLD NUT PODER 300ML+COND 200ML
- KIT TECOVEL SH/LIM UM
- SH+COND SEDA 325ML UM
- SHAMP P ESC 500ML UM
- SHAMPOO PRINC FROZ UM

A IN 05/2016 traz um anexo onde estão elencadas as mercadorias que se submetem ao adicional de 2%, com respectivas NCMS, as quais podemos trazer a lume, para debater neste PAF, aquelas dotadas da seguinte descrição: *Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores.*

Não está demonstrado nos autos pelo agente estatal que os xampus inseridos na cobrança são do tipo colorantes, para merecerem a complementação do adicional de 2% de ICMS, direcionado para o fundo de erradicação da pobreza. Tais produtos, portanto, devem ser excluídos do levantamento.

Nestas bases, à luz dos demonstrativos trazidos pelo fisco à fl. 74 em mídia digital, reconhecendo a decadência e retirando dos cálculos as operações com xampus, o novo demonstrativo mensal de débito fica desta forma:

MÊS	INF 04
abr/17	999,15
mai/17	1.299,09
jun/17	987,16
jul/17	270,75

ago/17	109,06
set/17	197,80
out/17	113,68
nov/17	125,08
dez/17	145,45
jan/18	348,25
fev/18	256,55
mar/18	137,87
abr/18	124,35
mai/18	120,80
jun/18	406,28
jul/18	783,93
ago/18	328,82
set/18	301,50
out/18	1.781,00
nov/18	4.357,85
dez/18	5.945,93
jan/19	4.481,24
fev/19	3.555,67
mar/19	3.794,68
abr/19	4.251,71
mai/19	3.349,15
jun/19	4.033,35
jul/19	4.264,85
ago/19	4.430,97
set/19	4.092,15
out/19	3.369,90
nov/19	4.695,91
dez/19	8.777,35
Total	72.237,28,

Logo, é a infração julgada procedente em parte no valor de R\$ 72.237,28, mais consectários.

Sintetizando, assim se mostra o quadro geral do crédito tributário:

	Lançado	Procedente
INF 01	12.730,99	12.075,61
INF 02	83,68	83,68
INF 03	39.539,88	36.607,97
INF 04	74.843,29	72.237,28
INF 05	2.179,75	2.179,75
INF 06	5.268,16	5.268,16
Totais	134.645,75	128.452,45

Isto posto, o auto de infração é PARCIALMENTE PROCEDENTE, no monte de R\$ 128.452,45, mais consectários.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/22-9**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 128.452,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e demais consectários.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR