

PROCESSO - A. I. Nº 269193.0019/20-5
RECORRENTE - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0078-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/03/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. No tocante às bebidas alcóolicas, MIX SKOL, SMIRNOFF ICE, com base nos rótulos apresentados no relatório trata-se de bebidas com teor alcóolico de 7,9% e 5% respectivamente, verifica-se constar no anexo I, item 3,17 do RICMS/BA no qual consta que bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, estão na substituição tributária a partir de 01/10/2016, item acrescentado pelo Decreto nº 16.987/16, efeitos a partir de 01/10/16, inclusive este é o entendimento deste Conselho. Tratando-se de massas alimentícias derivadas de farinha de trigo, estão enquadrados no regime de substituição tributária conforme disciplinado no Protocolo ICMS 50/05 e no Anexo 1 do RICMS/BA, excetuando-se, entretanto, as operações de comercialização das massas alimentícias recheadas, cozidas ou preparadas de outro modo. Na análise da NCM 1902.2 verifica-se serem produtos cozidos ou com recheio, o que não é o caso dos produtos listados na autuação, pois em consulta ao site dos fabricantes, referem-se apenas a massa, e não lasanha pronta. Desta forma, entendo que tais itens devem ser retirados da autuação. Infração parcial subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0078-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$139.720,84, pelo cometimento da seguinte infração no período de Janeiro a Dezembro/2016:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.03: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 8/11 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 12. Lançado ICMS no valor de R\$ 139.720,84, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 16 a 21), informação fiscal prestada pelo autuante (Fl. 48), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que após análise julgou Procedente nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do

que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual, a lide está apta ao seu deslinde.

Aliás, quanto a colocar o presente PAF em diligência fiscal, vez que o defendente, em algum momento de sua manifestação de defesa arguiu tal procedimento, este Relator, em sede de instrução dos autos, não obstante o agente Fiscal ter produzido sua Informação Fiscal de forma clara e precisa nos termos do art. § 6º do art. 127 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.899/99, associado ao fato de reconhecer que não há qualquer dispositivo no citado regulamento que determine dar ciência da informação fiscal, quando esta não altera quaisquer dos demonstrativos que fundamenta a autuação, que ainda assim foi dada por Mensagem DT-e, de fl. 50 dos autos, onde se manteve silente, observei então ser prudente que se desse novamente ciência da Informação Fiscal ao sujeito passivo, para que manifestasse sobre as contrarrazões apresentadas pela Fiscalização, então este Conselho de Fazenda seguir com julgamento da lide.

Neste contexto, em sede ainda de Instrução, este Relator, às fls. 56/57 dos autos, em respeito ao princípio da ampla defesa e da verdade material, em pauta suplementar do dia 29/10/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JF, onde ficou decidido converter o presente processo à unidade de Fazenda de origem, para dar ciência novamente da Informação Fiscal de fl. 48 dos autos ao Contribuinte Autuado, concedendo 10 (dez) dias para querendo, se manifestar.

Às fls. 59/60 há a manifestação do Contribuinte Autuado, em seguida, à fl. 68, vê-se nova informação fiscal do agente Fiscal Autuante, estando, portanto, agora, concluído o contraditório, vejo que a lide está apta ao seu deslinde. É o que passo a fazer a seguir.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/09/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP NORTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503867/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 8/11 dos autos, parte integrante do CD/Midia de fls. 12. Lançado ICMS no valor de R\$ 139.720,84, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo arguiu que ao apurar o valor do lançamento, a Fiscalização deixou de observar que grande parte das mercadorias contava com isenção do imposto, bem como algumas estavam incluídas no rol de produtos tributados pelo regime da substituição tributária.

A título de amostragem, registra a indicação de algumas mercadorias isentas e outras tributadas no regime da substituição tributária, o que demonstra, ao seu entender, a improcedência do lançamento, uma vez que estão fora da tributação pelo regime normal. São elas:

- LASANHA BRANDINI SEMOLA 500G: RICMS/BA, Anexo ST 2016, Item 11.17;
- FILE SALMAO VITALMAR CHUM VACUO KG: Isento até 01/06/2016, RICMS/BA, Art. 265 Anexo II letra e até 01/06/2016;
- BEBIDA MIX SKOL BEATS SECRET LN 313ML: RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19. Bebida tem graduação de álcool inferior a 8%.

A relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram indevidamente incluídas na infração em tela, diz estar gravada na planilha “Defesa Infração 01”, que diz seguir anexa à presente impugnação (Doc. 03).

O agente Fiscal Autuante desenvolve Informação Fiscal à fl. 48, onde diz que a defesa se insurge contra a imputação do Auto de Infração em tela, sob alegação de que os produtos ou seriam isentos ou estariam no regime da substituição tributária. Analisando, então, aduz que em relação aos produtos serem isentos, deixou de citar a fundamentação legal para tal afirmativa. Registra que não o fez, porque não há nenhuma disposição normativa isentando os referidos produtos.

Em seguida, pontua que há duas provas contundentes contra tal arguição: (i) em 2016, ano da infração atacada, o contribuinte creditou-se do ICMS nas entradas dos referidos produtos; e (ii) em 2017, reconheceu o equívoco e passou a tributar as saídas dos mesmos. Diz que diante de tais afirmativas, apenas a esta Informação Fiscal extratos da EFD do litigante, a saber, das entradas de tais produtos em 2016 e das saídas dos mesmos em 2017.

Respeitante às operações que seriam abarcadas pelo regime da substituição tributária diz que:

- a) “Bebidas alcoólicas” diversas, incluindo “vinhos”, ou “bebidas mistas”, ou “mix”, ou “sidras”: várias saíram da substituição tributária em 01/06/2016, outras em 01/10/2016. Neste contexto, diz que o levantamento levou tais datas em consideração.
- b) “Lasanhas”: diz que as massas alimentícias que estão na substituição tributária são as de NCM das

posições 1902.1 e 1902.3. Por sua vez, aduz que as de posição 1902.2, que é o caso dos produtos em questão, não estão contempladas no Anexo I do RICMS/2012.

Com estribo para o quanto aqui dito, diz o defendente estar anexando aos autos extratos da EFD do contribuinte, com as saídas de “lasanhas”, onde diz que se pode observar que em 2017 o litigante corrigiu o equívoco, que só foi cometido em 2016.

Em sede ainda de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e da verdade material, em pauta suplementar do dia 29/10/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JF, onde ficou decidido converter o presente processo em diligência ao agente Fiscal Autuante, para dar ciência de sua Informação Fiscal de fl. 48 dos autos.

Voltando aos autos, às fls. 59/60, diz o defendente, referente à alegação de falta de fundamentação legal para a isenção, que o agente Fiscal Autuante se equivocou ao não constatar que há sim na defesa, a indicação do dispositivo legal que determina a isenção dos pescados autuados.

Diz que no parágrafo 6º da defesa, destaca a mercadoria como amostra e indica a fundamentação legal. Veja-se: “FILE SALMAO VITALMAR CHUM VACUO KG: Isento até 01/06/2016, RICMS/BA, Art. 265 Inciso II, letra ‘e’, até 01/06/2016”. Portanto, diz que as referidas mercadorias classificadas como pescados, devem ser excluídas da autuação.

No que tange à Substituição Tributária, diz discordar totalmente da conclusão da informação fiscal, devendo ser realizado novo levantamento, o que desde já se requer, em virtude do agente Fiscal Autuante ter mantido na autuação mercadorias tributadas pelo regime em questão, as quais estão devidamente destacadas nos documentos que instruem a defesa.

À fl. 68, têm-se nova Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, agora em resposta à manifestação do Contribuinte Autuado, de fl. 59/60 dos autos. Quanto à isenção apontada, diz que o defendente limita-se a citar o art. 265 Inciso II, letra “e” do RCIMS/BA. Então registra que a isenção ali prevista é para produtos de pesca, e não se aplica a industrializados do tipo “FILE SALMAO VITALMAR...” e acrescenta “tanto é assim que o contribuinte se creditou nas entradas de tais produtos, como mostrado naquela Informação Fiscal”. Acrescenta que sobre essa afirmação, o sujeito passivo não traz qualquer palavra.

Pois bem! A redação do art. 265 Inciso II, letra ‘e’ do RCIMS/BA, vigente até 01/06/2016, antes de sua revogação pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, dispunha que as saídas internas isentas abarcavam “e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado”. Neste contexto, alinho-me ao entendimento do agente Autuante, de que a isenção prevista era para produtos de pesca, e não se aplicava a industrializados do tipo “FILE SALMAO VITALMAR ...”, em que o próprio sujeito passivo se creditou nas entradas de tais produtos, como firmado pelo Autuante, em sede de Informação Fiscal, sem qualquer contrarrazão do defendente, em relação a tal afirmação, nos três momentos que tivera de pronunciar nos autos.

Em relação aos produtos que seriam da substituição tributária, mais especificamente “BEBIDAS ALCOÓLICAS” diversas, incluindo “VINHOS”, ou “BEBIDAS MISTAS”, ou “MIX”, ou “SIDRAS”, bem como LASANHA BRANDINL SEMOLA 500G: RICMS/BA, ANEXO ST 2016, ITEM 11.17; vê-se da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, de que “Bebidas alcoólicas diversas”, incluindo “vinhos”, ou “bebidas mistas”, ou “mix”, ou “sidras”, várias saíram da substituição tributária em 01/06/2016, e outras em 01/10/2016. Neste contexto, diz que o levantamento levou tais datas em consideração no levantamento fiscal, o que não é contestado pela defesa.

Sobre a arguição de defesa que “LASANHA BRANDINL SEMOLA 500G: RICMS/BA, ANEXO ST 2016, ITEM 11.17” estaria na substituição tributária, portanto, fora da tributação normal, vê-se da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante sobre “LASANHAS”, as massas alimentícias que estão na substituição tributária são as de NCM das posições 1902.1 e 1902.3.

Por sua vez, aduz o agente Autuante, que as de posição 1902.2, que é o caso dos produtos em questão, não estão contempladas no Anexo I do RICMS/2012, o que não é contestado pelo defendente. Aliás, para apoiar o quanto aqui dito nos autos, registra o agente Autuante, ter anexando extratos da EFD do contribuinte, com as saídas de “LASANHAS”, onde diz que se pode observar, que em 2017 foi corrigido o equívoco, sendo cometido apenas no ano de 2016, o que não é contestado também pelo defendente.

Desta maneira, e considerando que a autuação está fartamente demonstrada e fundamentada nos autos, e não vendo qualquer razão nas arguições de defesa, vejo restar devida a exigência fiscal nos moldes como fora constituído o lançamento fiscal, por falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 176 a 193) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando

os argumentos a seguir apresentados.

Começa citando que a Fiscalização acusa a Recorrente de supostamente deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, embora tenha demonstrado em sua defesa que diversas mercadorias cujas saídas lançadas contam com isenção do imposto bem como algumas estão incluídas no rol de produtos tributados pelo regime da substituição tributária, porém não acatadas.

Anexa uma relação das mercadorias que devem ser excluídas da autuação por fazerem parte da substituição tributária, inclusive anexa na peça algumas imagens relacionadas aos produtos.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Descrição	Tributação correta	Base Legal da tributação atual	OBSERVAÇÃO
BEBIDA 51 ICE LIMA O L NECK 275ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
BEBIDA MIX SKOL BEATS SECRET LN 313ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
BEBIDA MIX SKOL BEATS SECRET LT 269ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
BEBIDA MIX SKOL BEATS SENSES LN 313ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
BEBIDA MIX SKOL BEATS SENSES LT 269ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
LASANHA BRANDINI OVOS 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.16	
LASANHA BRANDINI SEMOLA 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.17	
LASANHA DONA BENTA SEMOLA 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.18	
LASANHA FORTALEZA SEMOLA 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.19	
LASANHA PETYBON 200G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.20	
LASANHA PETYBON SEMOLA C/OVOS 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.21	
LASANHA VITARELLA SEMOLA 500G	ST	Anexo ST 2016, Item 11.22	
SIDRA CERESER 2L	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER MACA 660ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER MACA S/ALC ZERO 660ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER MACA S/ALCOOL 660ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER S/ALCOOL MORANGO 660M	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER S/ALCOOL PESSEGO 660M	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA CERESER S/ALCOOL UVA 660ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA REGGIANI MACA 660ML MP	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
SIDRA REGGIANI PET 660ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.9	
VODKA SMIRNOFF ICE 310ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)
VODKA SMIRNOFF ICE STORM 269ML	ST	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19	ST pois tem graduação de álcool inferior a 8%(imagem anexo)

ISENTAS

Descrição	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual
FILE ABADEJO EM PEDACOS COSTA SUL 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE ALABOTE VITALMAR 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE CASCUDINHO VITALMAR 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE COSTA SUL CONG PANGA 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE DE ABROTEA COSTA SUL CONG 800G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE DE PANGA VITALMAR 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE DOURADO COSTA SUL S/P CONG VAC 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE MERLUZA COSTA SUL 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE MERLUZA COSTA SUL CONG 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE MERLUZA VITALMAR PCT 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE PANGA COSTA SUL C/GORD CONG 800G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE PESCADA COSTA SUL 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE PINTADO COSTA SUL PELE PED VAC 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE POLACA ALASCA COSTA SUL CONG 800G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE POLACA ALASCA JESSY CONG 800G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE POLACA COSTA SUL DO ALASC CONG 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE POLACA VITALMAR ALASCA 1KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE SALMAO COSTA SUL CONG C/PEL VC PESO	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE SALMAO VITALMAR A VACUO CONG KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE SALMAO VITALMAR CHUM VACUO KG	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE TAMBAQUI COSTA SUL PELE CONG PESO	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE TILAPIA COSTA SUL 500G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE TILAPIA DELLMARE CONG IQF 400G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016
FILE TILAPIA VITALMAR S/PELE 800G	Isento até 01/06/2016	RICMS/BA, Art 265 Anexo II letra e até 01/06/2016

Todavia, apesar de não restar dúvidas quanto à inclusão dessas mercadorias no regime de isenção e substituição tributária, o Sr. Auditor Fiscal responsável pela informação e os E. Julgadores de primeira instância entenderam que seriam tributadas no regime normal e, por essa razão, foi mantido o lançamento integral.

Sendo assim, a medida que se impõe é a revisão do levantamento fiscal da infração ora em análise com a consequente reforma do acórdão da 4ª JF, para que sejam excluídas as mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme demonstrado linhas acima.

Nos termos do art. 137, I, 'a' do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, diz que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência da presente autuação, conforme justificativas.

Alegar ser necessária a diligência para demonstração de que as mercadorias à época do fato gerador contavam com isenção do imposto bem como algumas estão incluídas no rol de produtos tributados pelo regime da substituição tributária. É imprescindível a análise da planilha "Defesa Infração 01" que acompanhou a impugnação e da planilha que segue com esse recurso (Doc. 1), de forma a demonstrar que não houve qualquer prejuízo ao erário público, uma vez que o imposto devido foi recolhido.

Sendo assim, é inquestionável a determinação de diligência no caso presente, devendo esse pleito ser deferido.

Por fim, pede que seja realizada a Diligência Fiscal, e após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações recursais aqui expostas, requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido, com o consequente cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

VOTO

O presente Recurso Voluntário fora interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0078-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea "b" do RPAF que exige o valor histórico de R\$139.720,84, pelo cometimento de uma única infração no período de Janeiro a Dezembro/2016 pela falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no ano de 2016, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

Em relação aos itens elencados em seu recurso, a Recorrente aponta que alguns deles encontram-se na substituição tributária, a exemplo da Lasanha e bebidas alcoólicas.

Embora tenha questionado na defesa quanto aos itens lasanha, alega que o ilustre autuante e o julgador de piso entendem que não estaria na substituição tributária, uma vez que as massas alimentícias que estão na substituição tributária são as de NCM das posições 1902.1 e 1902.3 e que as de posição 1902.2, que é o caso dos produtos em questão, não estão contempladas no Anexo I do RICMS/2012 e diz ter anexado aos autos, extratos da EFD do contribuinte, com as saídas de "LASANHAS", onde diz que se pode observar, que em 2017 foi corrigido o equívoco, sendo cometido apenas no ano de 2016, o que não é contestado também pelo defendente.

Porém, em análise da NCM 1902.2 verifica-se que estas referem a produtos cozidos ou com recheio, o que não é o caso dos produtos listados na autuação, pois em consulta ao site dos fabricantes, referem-se apenas a massa, e não lasanha pronta. Desta forma, entendo que tais itens devem ser retirados da autuação.

Tratando-se de massas alimentícias derivadas de farinha de trigo, estão enquadrados no regime de substituição tributária conforme disciplinado no Protocolo ICMS 50/05 e no Anexo 1 do RICMS/BA, excetuando-se, entretanto, as operações de comercialização das massas alimentícias recheadas, cozidas ou preparadas de outro modo, a exemplo das massas alimentícias, que estão excluídas do regime de substituição tributária, segundo PARECER DITRI/GECOT Nº 30246/2017, conforme consta dos acórdãos: ACÓRDÃO CJF Nº 0240-12/19 e ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/22-VD,

No tocante às bebidas alcóolicas, MIX SKOL, SMIRNOFF ICE, com base nos rótulos apresentados no relatório trata-se de bebidas com teor alcóolico de 7,9% e 5% respectivamente, verifica-se constar no anexo I, item 3,17 do RICMS/BA no qual consta que bebida refrescante com teor alcóolico inferior a 8%, estão na substituição tributária a partir de 01/10/2016, item acrescentado pelo Decreto nº 16.987, de 24/08/16, DOE de 26/08/16, efeitos a partir de 01/10/16, inclusive este é o

entendimento deste Conselho, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0350-11/22-VD do ilustre Conselheiro Ildemar Landin.

No tocante aos demais itens questionados pela Recorrente, que estavam aparados pela isenção, é importante ressaltar que inciso II, do caput do art. 265 do RICMS/12 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/2016, publicado no Diário Oficial do Estado de 21/05/2016, com efeitos a partir de 01/06/2016. A sua redação originária, que surtiu efeitos até 31/05/2016, cuidava da isenção nas saídas internas de pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício não se aplicava aos pescados enlatado, cozido, seco ou salgado, que não é o caso dos produtos em questão, que são apenas produtos frescos congelados.

Portanto, tais itens devem ser excluídos da autuação, no que se refere a data até 31/05/2016, entendimento este com base na jurisprudência deste Conselho, através do ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/22-VD de autoria do ilustre conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

Diante das razões apresentadas, voto pela PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo ser excluído da autuação o valor de R\$59.181,34, restando mantido o valor de R\$80.539,50.

Competência	Antes Julgamento	Improcedente	Após Julgamento
jan/16	4.037,18	3.526,39	510,79
fev/16	6.969,14	5.440,65	1.528,49
mar/16	13.615,64	11.704,89	1.910,75
abr/16	6.716,94	5.210,28	1.506,66
mai/16	8.278,90	6.921,23	1.357,67
jun/16	18.452,42	2.250,44	16.201,98
jul/16	21.744,35	2.322,17	19.422,18
ago/16	19.718,15	1.864,04	17.854,11
set/16	20.881,56	4.376,67	16.504,89
out/16	11.308,16	8.724,05	2.584,11
nov/16	2.607,95	2.450,67	157,28
dez/16	5.390,45	4.389,86	1.000,59
TOTAL	139.720,84	59.181,34	80.539,50

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 269193.0019/20-5, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.539,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS