

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0018/21-2
RECORRENTE - UNIMARKA DISTRIBUIDORA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0094-02/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0091-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado que os produtos autuados não se encontravam submetidos à sistemática de substituição tributária, devendo as operações serem debitadas do imposto, a infração é subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF referente ao Auto de Infração ora apreciado lavrado em 21/12/2021, e refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 38.179,73, além de multa de 60%, pela constatação de duas infrações, sendo objeto do recurso a seguinte:

***Infração 02. 002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a agosto de 2017, março, julho a dezembro de 2018, no montante de R\$ 36.686,72. **Consta a indicação do autuante:** “o contribuinte errou no enquadramento de algumas mercadorias deixando de se debitar do ICMS devido nas saídas”.*

Tempestivamente, o autuado apresentou impugnação às fls. 15 a 27. Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 67 a 69.

A 2ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor do presente Auto de Infração:

VOTO

O presente lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação por parte do autuado a de número 02.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico de Cientificação de Início de Fiscalização, lida e cientificada em 04/10/2021 (fls. 06 e 06-v).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 07 a 10, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 12.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte 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, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte 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, sob a forma da objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual, adentro na análise do mérito exclusivamente em relação à infração 02, diante do reconhecimento e recolhimento dos valores lançados na infração 01.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários”, CNAE 46.93-1-00, estabelecido no município de Teixeira de Freitas.

Frente ao reconhecimento da infração 01 por parte do contribuinte, a mesma se encontra fora da lide, e tida como procedente.

A acusação na infração 02 é a de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

O contribuinte não nega a prática de que foi acusado, apenas argui em sua defesa ter seguido procedimentos orientados pelos vendedores/fabricantes dos produtos indicados, quanto a tributação e obediência à legislação.

Por seu lado, o autuante mantém a acusação, pugnando pela procedência do lançamento.

Antes de qualquer avaliação, esclareço que o deslinde da matéria passa pela análise das NCM, bem como as descrições das mercadorias, diante do entendimento sedimentado neste órgão julgador, lastreado em posicionamento da SEFAZ para o enquadramento da mercadoria como sujeita à substituição tributária, como o constante 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”.

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.

Partindo de tal premissa, de igual modo passo a analisá-los de per si, considerando aquelas indicadas na informação fiscal como integrantes do demonstrativo da autuação, tendo em vista as disposições do Anexo 1 ao RICMS/12, em suas versões para os exercícios de 2016, 2017 e 2018:

A tarefa do julgador é, pois, verificar se tal NCM se encontrava no rol dos produtos inseridos no Anexo 1 ao RICMS/12, e em caso positivo, se a descrição se coaduna com a dos produtos autuados, o que passo a fazer neste momento.

*Quanto ao produto “Polentina Quaker”, de acordo com o site do fabricante na rede mundial de computadores (www.quaker.lat/br/productos-quaker-aveias-e-outros/polentina-quaker/), informa que tal produto possui a seguinte composição: “milho (*Agrobacterium tumefaciens*, *Agrobacterium* sp, *Bacillus Thuringiensis*, *Sphingobium herbicidovorans*, *Stheptomycetes viridochromogens*, *Dicossoma* sp, *Zea mays*, *Diabrotica virgifera*, *Thermococcales* spp, *Bacillus subtilis*, *Stenotrophomonas maltophilia*) et sal”.*

Já na embalagem, se encontra a seguinte informação: “flocos de milho pré-cozidos enriquecidos com ferro e ácido fólico”, conforme se observa na sua imagem abaixo reproduzida.



Assim, “Polentina” nada mais é do que um produto originado da moagem do grão de milho degerminado, apresentando grãos com 0,2 milímetros de diâmetro, sendo utilizada na preparação de polenta.

A título de esclarecimento, a chamada degerminação nada mais é do que um processo para remover a parte branca, conhecida como gérmen, que é responsável pela germinação do cereal.

A discussão entabulada nos autos é quanto a sua tributação ou não pelo ICMS, diante da arguição defensiva, e a posição do autuante.

Neste sentido, para elucidação e decisão quanto a matéria, me valho do entendimento externado quando da emissão do Parecer DITRI 6753, de 31/03/2015 ao qual adiro integralmente:

“Inicialmente cumpre-nos salientar que a tributação aplicável às operações com farelo de milho e milho triturado está necessariamente vinculada à destinação dos produtos, ou seja, se os mesmos serão utilizados na alimentação humana, ou na atividade agropecuária, como insumos destinados à alimentação animal.

Nesse contexto, tratando-se de farelo de milho destinado a consumo humano, será aplicada a isenção prevista no art. 265, inciso II, ‘d’, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), a saber:

‘Art. 265. São isentas do ICMS:

.....

II - as saídas internas de:

.....

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;'

Considerando que o dispositivo supra não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, o entendimento que prevalece é o de que todas as espécies desses produtos estão incluídas no benefício da isenção do imposto, a exemplo do farelo de milho.

Da mesma forma, as operações internas com milho triturado destinado à alimentação humana estão amparadas pela alíquota reduzida de 7%, prevista no art. 16, inciso I, da Lei 7.014/96, da seguinte forma:

‘Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;'

Por outro lado, tratando-se de farelo de milho e milho triturado destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal (insumo agropecuário), será aplicado o regramento contido no art. 264, inciso XVIII, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12), da seguinte forma:

‘Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

.....

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;

b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;

c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;

d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso;’.

Isto posto, e considerando que o referido Convênio ICMS 100/97 cita expressamente, no inciso VI de sua Cláusula primeira, o produto ‘farelo de milho’ e, em sua Cláusula segunda, o produto ‘milho’, temos que as operações internas com farelo de milho e milho triturado destinados à utilização como insumos agropecuários encontram-se amparadas pela isenção do ICMS, observados os requisitos previstos na legislação para fruição deste benefício.

Finalmente, no tocante às operações com canjica branca e canjica amarela, produtos utilizados na alimentação humana, ressaltamos que as mesmas sofrem tributação normal do imposto, visto que não se encontram amparadas pelo benefício da isenção prevista no art. 265, II, ‘d’, do RICMS/BA e, da mesma forma, não se encontram alcançadas pela alíquota reduzida de 7% prevista no art. 16, inciso I, ‘a’, da Lei 7.024/96, visto que o referido dispositivo refere-se apenas ao milho e à fubá de milho” (grifei).

Logo, daí se depreende ser a Polentina, por força de suas características peculiares, e se destinar ao uso humano, produto tributado, e nesta condição, as operações realizadas devem se debitar do ICMS.

E aqui, de pouco vale a indicação do fabricante, mas sim, o entendimento da Administração Tributária quanto a forma de tributação do produto, como visto acima.

Para os demais produtos autuados “Tingidor Guarany” (NCM 3204.14.00) na verdade “Tingecor Guarany” e “Anil Imperial” (NCM 3206.41.00), esclareço que como visto em momento anterior, inclusive pontuado pelo autuante na sua informação fiscal, para a sujeição à substituição tributária deve haver adequação entre a NCM e a descrição do produto.

No caso da NCM 3204.14.00, para 2017 e 2018, o item 16.3 do Anexo I ao RICMS/12 estabelecia a substituição tributária para a NCM 3204 na seguinte descrição: “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, como inclusive mostrado pelo sujeito passivo na impugnação, o que não é o caso do corante em tela, uma vez que tal produto, conforme se vê pela embalagem plotada adiante, tem a sua aplicação “Recomendado: Fibras

naturais como algodão, viscose, rami, linho, sisal, juta etc.”, (www.guaranycorantes.com.br/produto/tingecor-unitario), ou seja, possuindo indicação para “Recuperação de roupas, tie dye, customização, artesanato, decoração, etc.” em tecidos e não como aplicado em bases, tintas e vernizes, o que faz com que a descrição seja diversa daquela prevista para substituição tributária:



Por outro lado, o “Anil Imperial” de NCM 3206.41.00, em 2017 e 2018, o Anexo 1 ao RICMS/12 previa a substituição tributária no item 16.2 para “Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19”, NCM diversa da presente e item 6.3 para “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, descrição diferente da do produto autuado, uma vez que o mesmo, de acordo com informação da embalagem plotada abaixo, e encontrada em www.martinsatacado.com.br/amazonas/p/anil-imperial-reckitt-saq-44g-e-com-1-unidades-brand-novaera_337, “Deixa As Roupas Mais Brancas E Realça As Cores Das Roupas Coloridas. Contém 4 Saquinhos De 11g”, ou seja, funciona como alvejante e não como “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, donde se conclui, sem muito esforço, não estar incluído na substituição tributária, e sim submetido à tributação normal, devendo as operações realizadas com tal produto ter o correspondente imposto debitado.



Em relação ao argumento defensivo trazido pela autuada, de ter sido orientada a utilizar determinada NCM indicada pelo fabricante, algumas observações a respeito são pertinentes.

Em primeiro lugar, se esclareça que NCM é a sigla para Nomenclatura Comum do Mercosul, e é utilizada para classificação fiscal das mercadorias visando facilitar a identificação de produtos para fins tributários, manter dados estatísticos referentes a importação e exportação de mercadorias, e evitar a sonegação de impostos.

Adotada por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai desde 1995, se encontra regulada através do Ajuste SINIEF 22/2013, o qual obriga os contribuintes que industrializam ou exportam produtos a emitir notas fiscais classificando as mercadorias utilizando a NCM, especialmente a sua Cláusula primeira:

“Fica alterada a redação dos seguintes dispositivos do Ajuste SINIEF nº 07/05, de 30 de setembro de 2005:

(...)

III – o inciso V do caput da cláusula terceira:

‘V – A identificação das mercadorias comercializadas com a utilização da NF-e deverá conter o seu correspondente código estabelecido na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM:

a) nas operações:

1. realizadas por estabelecimento industrial ou a ele equiparado, nos termos da legislação federal;

2. de comércio exterior;

(...)

b) nos demais casos:

1. a partir de 1º de julho de 2014, para NF-e modelo 55;

2. a partir de 1º de janeiro de 2015, para NF-e modelo 65.’;

IV – o § 4º da cláusula terceira:

“§ 4º Nos casos previstos na alínea “b” do inciso V do caput, até os prazos nela estabelecidos, será

obrigatória somente a indicação do correspondente capítulo da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM”.

Sendo tal sistema baseado no Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH), sua estrutura é composta por oito dígitos, dos quais os seis primeiros são formados pelo Sistema Harmonizado, e os dois últimos por desdobramentos específicos determinados pelo Mercosul, sendo que com a publicação Ajuste SINIEF nº 22/2013, a indicação do código completo da NCM para a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55, passou a ser obrigatória a partir de 1º de julho de 2014, e para a Nota Fiscal de Venda a Consumidor Eletrônica (NFC-e), modelo 65, a obrigatoriedade se deu a partir de 1º de janeiro de 2015, não sendo mais aceita, a partir dessas datas, a informação apenas do capítulo (os dois primeiros dígitos).

Os sistemas de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas das Secretarias de Fazenda rejeitam os documentos fiscais emitidos com apenas dois dígitos a partir de 01/08/2014, excetuando-se a NCM “00”, para a hipótese de item de serviço ou de item que não tenha produto, como transferência de crédito, crédito do ativo imobilizado, entre outros.

Ressalto que a classificação fiscal de um produto ou sua NCM, se encontra relacionada aos tributos e sua exigência no documento fiscal existe desde meados da década de 90, sendo obrigação e dever de o contribuinte observar todos os requisitos legais para emissão do documento fiscal de forma correta, sob pena de ter o seu documento declarado inidôneo quando:

I) omitir indicações;

II) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação;

III) não guarde as exigências ou requisitos previstos na legislação;

IV) contenha declarações inexatas, esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza.

Daí se infere não ser possível um mesmo produto ser classificado em NCM distintas, pois só existe uma única classificação fiscal para cada produto. Logo, é possível identificar que um dos fornecedores pode ter se utilizado de NCM incorreta, o que, por vezes, pode gerar tributação indevida, a maior ou a menor, já que diversos tributos, como o ICMS, IPI, PIS e COFINS, têm sua tributação fortemente influenciada pela NCM, ainda tal fato não seja elemento suficiente, em alguns casos, para determiná-la.

Este assunto deve ser seriamente considerado pelas empresas, uma vez que o Fisco se utiliza de diversos meios para cruzamento das informações no âmbito do SPED, de forma a gerar um passivo tributário para a empresa.

No âmbito administrativo, posso mencionar o entendimento do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) sobre a atividade de classificar mercadorias, na ementa do Processo nº 11762.720096/201515:

“CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. FUNDAMENTO. SISTEMA HARMONIZADO (SH). NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM).

Qualquer discussão sobre classificação de mercadorias deve ser feita à luz da Convenção do SH (com suas Regras Gerais Interpretativas, Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição), se referente aos primeiros seis dígitos, e com base no acordado no âmbito do MERCOSUL em relação à NCM (Regras Gerais Complementares e Notas Complementares), no que se refere ao sétimo e ao oitavo dígitos.

CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. ATIVIDADE JURÍDICA. ATIVIDADE TÉCNICA. DIFERENÇAS.

A classificação de mercadorias é atividade jurídica, a partir de informações técnicas. O perito, técnico em determinada área (mecânica, elétrica etc.) informa, se necessário, quais são as características e a composição da mercadoria, especificando-a, e o especialista em classificação (conhecedor das regras do SH e de outras normas complementares), então, classifica a mercadoria, seguindo tais disposições normativas”.

Ainda neste processo o CARF assim entendeu quanto ao crédito do contribuinte na entrada de insumo com classificação fiscal incorreta, que gerou crédito indevido ao adquirente:

“GLOSA DE CRÉDITOS ILEGÍTIMOS TOMADOS PELO ADQUIRENTE EM RAZÃO DE ERRO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL COMETIDO PELO FORNECEDOR. Constatado pela fiscalização que a classificação fiscal de insumos no fabricante estava errada, reduzindo a zero o IPI destacado nas notas fiscais de saída, legítima a glosa do IPI creditado a maior no comprador. Recurso Especial do Procurador provido e Recurso Especial do Contribuinte negado”.

Ou seja: ainda que o vendedor tenha, a partir de erro cometido quanto a NCM, efetuado incorreta tributação do produto, o destinatário da mesma, ainda que não tenha concorrido para tal, arca com o ônus da glosa do crédito tido como indevido, ou a sua não tributação ou tributação a menor, diante do comando emanado pelo artigo 124, inciso I, do CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Tal regra, apenas reforça e aponta no sentido de que as empresas devem buscar elaborar e praticar processos e procedimentos rígidos de compliance tributário, de modo a aumentar a confiabilidade das operações praticadas com terceiros, bem como maior segurança no aproveitamento de créditos tributários, acaso existentes, assegurando a correta tributação e evitando surpresas indevidas e ônus financeiro de arcar com penalidades, como no presente caso.

Dáí concluo que ainda que tenha sido induzida a erro pelo industrial/vendedor, não pode a autuada se eximir quanto ao débito fiscal decorrente das saídas de tais mercadorias sujeitas a tributação, vez que não incluídas na substituição tributária.

Fato é que, de acordo com a legislação, conforme visto acima, os produtos Tingecor Guarany e Anil Imperial se apresentam como tributados, e por via de consequência, quando da realização de operações de vendas devem ter o imposto destacado no documento fiscal e debitado na escrituração fiscal, diferentemente do ocorrido no presente caso.

Diante das expostas razões, e tendo em vista o procedimento fiscal se apresentar como correto, voto pela procedência do Auto de Infração.

A empresa autuada vem interpôr o Recurso Voluntário onde pleiteia a reforma do acórdão de piso, pelas razões que passa a expor:

De início faz uma síntese da autuação e da decisão recorrida, reconhece e paga a infração 1 totalmente e, parcialmente a infração 2, informa que só faz das razões recursais a parte não reconhecida da segunda exação. Acosta planilha dos referidos pagamentos mês a mês.

Para a infração 02, alega que tais acusações são improcedentes, devendo ser julgado insubsistente o Auto de Infração.

Quanto ao produto “Polentina Quaker”, após discorrer sobre a decisão de piso e o citado Parecer da DITRI nº 6753/2015, listado no acórdão, chama atenção que o parecer acima colacionado, pois não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, o entendimento que prevalece é o de que todas as espécies desses produtos estão incluídas no benefício da isenção do imposto, a exemplo do farelo de milho. Portanto, a partir das informações do site do fabricante e da embalagem do produto, que a “Polentina” nada mais é do que um produto originado da moagem do grão de milho degerminado, apresentando grãos com 0,2 milímetros de diâmetro, sendo utilizada na preparação da polenta, não restam dúvidas de que se trata de farinha ou farelo de milho, estando, pois, incluída na isenção do imposto.

Salienta que o fato de se tratar de produto para o consumo humano, apenas confirma a isenção prevista no art. 265, II, “d” do RICMS/BA, o que já demonstra a necessidade de reforma da r. decisão ora recorrida, sendo que fora anexado através de e-mail da PEPSICO, contendo informações, que explicitam que os ingredientes do referido produto são farinha de milho, sal, ferro e ácido fólico, o que confirma se tratar de operação isenta do ICMS. Pede pela improcedência deste item.

Quanto ao produto “Tingidor Guarany” (NCM 3204.14.00) e ao produto “Anil Imperial” (NCM 3206.41.00), sustenta que foi remetido pela INDÚSTRIA GUARANY (fabricante do produto) para a empresa autuada em março de 2017, e diz que se analisar o Anexo 1 do Regulamento do ICMS, com a redação vigente a partir de 01/02/2017, constata-se que, efetivamente os produtos com NCM/SH 3204 (e o produto em questão tem o NCM/SH 3204.14.00) estão previstos no referido anexo.

Registra-se ainda que, na redação anterior (redação vigente no ano de 2016), o Anexo 1 do RICMS não previa os produtos de NCM/SH 3204, mas, dentre todos os produtos de NCM/SH 3204, somente o produto específico de NCM/SH 3204.17. Assim, tendo a legislação sofrido alteração a partir de fevereiro de 2017, para incluir como sujeitos à substituição tributária os produtos de NCM/SH 3204 e, tendo o produto em questão (Tigidor Guarany) o NCM 3204.14.00, a empresa autuada (orientada pelo fabricante do produto, que é o responsável pela classificação do produto que fabrica), passou a vender o produto, a partir de fevereiro de 2017, com o CFOP 5405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição

tributária, na condição de contribuinte substituído).

Destaca-se também que a legislação tributária atribuiu a responsabilidade de classificação fiscal das mercadorias aos industriais, importadores e exportadores (e não à empresa autuada), e no caso, resta demonstrado que o industrial tratou as mercadorias em questão como sujeitas à substituição tributária.

Afirma que apenas em julho de 2017, a indústria emitiu um comunicado (em anexo) informando que seus corantes não se enquadram no regime da substituição tributária. Argumenta que não pode ser responsabilizada por ter seguido a classificação e o tratamento tributário dado aos produtos em questão pela indústria que os fabrica, de fevereiro de 2017 até o recebimento da comunicação do fabricante, em julho de 2017.

Quanto ao Anil Imperial, pontuou que conforme se verifica das notas fiscais anexadas à impugnação, emitidas pela empresa RECKITT BENCKISER BRASIL COM PROD HIG LIMP E COSM LTDA, a mesma classificou tais produtos no NCM/SH 32064100 e no CEST 24.002.00. Pede que se observe que o Anexo I do Regulamento do ICMS/BA (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), os produtos com NCM/SH 3206 e classificados no CEST 24.002.00 (tais como os produtos Anil Imperial c/ 04 saquinhos e Anil Imperial c/ 10 cubos) estão sujeitos à substituição tributária.

Salienta que não errou no enquadramento da referida mercadoria e que a legislação tributária estabeleceu a obrigatoriedade de proceder à classificação fiscal de mercadorias aos industriais, importadores e exportadores, bem como aos equiparados a eles pela legislação, a teor do art. 19, inciso IV do Convênio s/nº, de 15/12/1970. E que, nesse sentido, tendo a empresa autuada apenas seguido a classificação das mercadorias adotada pelo estabelecimento industrial, não pode a impugnante ser apenada, caso os industriais, os importadores e os exportadores eventualmente venham a fazer a classificação equivocada de algum produto.

Destaca-se que a própria decisão ora recorrida reconhece que o Ajuste SINIEF 22/2013 obriga os contribuintes que industrializam ou exportam produtos a emitir notas fiscais classificando as mercadorias utilizando a NCM. Acrescenta que a recorrente apenas seguiu a classificação das mercadorias adotada pelo estabelecimento industrial, que é quem tem a responsabilidade de fazer a classificação do produto, conforme determinado pela legislação e reconhecido pela decisão recorrida, não pode a Recorrente ser apenada, caso os industriais eventualmente tenham feito a classificação equivocada de algum produto. Ademais, a se entender pela aplicação do art. 124, I do CTN, então também haverá que se entender como indevida a cobrança do imposto no caso em apreço, eis que, conforme art. 125, I também do CTN, um dos efeitos da solidariedade é o de que o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais.

Afirma que se as mercadorias foram classificadas como sendo da ST, o imposto foi recolhido (por substituição tributária), devendo até mesmo por ser efeito da solidariedade, ser reconhecido o pagamento realizado pelo substituto tributário, a impedir a cobrança do imposto da autuada. O que não pode é o Estado agora pretender exigir débito sem creditar ao contribuinte a parcela do imposto por substituição tributária suportada por este, sob pena de cobrança em duplicidade do imposto e enriquecimento indevido do Estado. Pede pela improcedência desses dois itens ora impugnado.

Discorre em relação a redução do imposto. Explica que está sendo exigido da autuada imposto com a alíquota de 18% sobre a base de cálculo cheia. Porém, a recorrente tem o direito ao benefício previsto no art. 1º do Decreto nº 7799/2000, de modo que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do anexo ao decreto é reduzida em 41,176%. Requer a redução do valor da autuação, de modo que seja observado o benefício previsto no art. 1º do Decreto nº 7799/2000, do qual a Recorrente é detentora.

Finaliza pedindo que:

- o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a r. decisão recorrida e julgar

improcedente/insubsistente o auto de infração;

- a redução do valor da autuação, de modo que seja observado o benefício de redução de base de cálculo previsto no art. 1º do Decreto nº 7799/2000.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado nos termos legais do RPAF e contra a decisão recorrida, no qual, de plano verifico que o sujeito passivo além de pagar o valor total ICMS relativo a infração 1 no valor de R\$ 1.493,01, recolheu também o valor de R\$ 341,45, da infração 2.

Não foram suscitadas questões preliminares ao feito desta forma adentro a infração 2, pois como visto no processo, a infração 1 foi totalmente quitada e a 2 parcialmente com pagamento acima referido.

Como explicitado no relatório a peça defensiva se centra em 3 produtos, referente à infração 2, a saber:

- Polentina Quaker;
- Tingidor Guarany;
- Anil Imperial.

Quanto ao produto “Polentina Quaker”, repete a tese da fase impugnatória em que alega que tal produto é isento do ICMS, prevista no art. 265, II, “d” do RICMS/BA, pois não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, o entendimento que prevalece é o de que todas as espécies desses produtos estão incluídas no benefício da isenção do imposto, a exemplo do farelo de milho.

Por outro lado, a JJF afirmou que se tratava de um produto beneficiado e por isso mesmo não era um produto original abrigado pela tal isenção.

Tanto a recorrente como a Decisão recorrida baliza os seus posicionamentos no que está disciplinado no Parecer da DITRI nº 6753/2015.

Para o deslinde da situação mais uma vez mencionou que tem no site do fabricante em relação a formulação desse produto; **Flocos de milho pré-cozidos enriquecidos com ferro e ácido fólico**.

Entendo que o enriquecimento com ferro e ácido fólico alterou a essência do produto transformando em outro o produto e desta forma não está amparada pela isenção prevista no art. 265, II, “d” do RICMS/BA. Decisões no mesmo sentido foram exaradas por esta Câmara - Acórdãos nºs 0236-12/20-VD, 0252-12/21-VD e 0403-12/22-VD.

Quanto aos produtos Tingidor Guarany e Anil Imperial recorro a decisão recorrida abaixo reproduzido:

Para os demais produtos autuados “Tingidor Guarany” (NCM 3204.14.00) na verdade “Tingecor Guarany” e “Anil Imperial” (NCM 3206.41.00), esclareço que como visto em momento anterior, inclusive pontuado pelo autuante na sua informação fiscal, para a sujeição à substituição tributária deve haver adequação entre a NCM e a descrição do produto.

No caso da NCM 3204.14.00, para 2017 e 2018, o item 16.3 do Anexo 1 ao RICMS/12 estabelecia a substituição tributária para a NCM 3204 na seguinte descrição: “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, como inclusive mostrado pelo sujeito passivo na impugnação, o que não é o caso do corante em tela, uma vez que tal produto, conforme se vê pela embalagem plotada adiante, tem a sua aplicação “Recomendado: Fibras naturais como algodão, viscose, rami, linho, sisal, juta etc.”, (www.guaranycorantes.com.br/produto/tingecor-unitario), ou seja, possuindo indicação para “Recuperação de roupas, tie dye, customização, artesanato, decoração, etc.” em tecidos e não como aplicado em bases, tintas e vernizes, o que faz com que a descrição seja diversa daquela prevista para substituição tributária:



Por outro lado, o “Anil Imperial” de NCM 3206.41.00, em 2017 e 2018, o Anexo 1 ao RICMS/12 previa a substituição tributária no item 16.2 para “Xadrez e pós assemelhados, exceto pigmentos à base de dióxido de titânio classificados no código 3206.11.19”, NCM diversa da presente e item 6.3 para “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, descrição diferente da do produto autuado, uma vez que o mesmo, de acordo com informação da embalagem plotada abaixo, e encontrada em www.martinsatacado.com.br/amazonas/p/anil-imperial-reckitt-saq-44g-e-com-1-unidades-brand-novaera_337, “Deixa As Roupas Mais Brancas E Realça As Cores Das Roupas Coloridas. Contém 4 Saquinhos De 11g”, ou seja, funciona como alvejante e não como “Corantes para aplicação em bases, tintas e vernizes”, donde se conclui, sem muito esforço, não estar incluído na substituição tributária, e sim submetido à tributação normal, devendo as operações realizadas com tal produto ter o correspondente imposto debitado.



Mantenho a decisão recorrida em relação aos 3 produtos acima mencionados, rejeitando a tese defensiva nesse ponto.

Desta forma voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração ora guerreado.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279463.0018/21-2**, lavrado contra **UNIMARKA DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.179.73**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS