

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0001/22-9
RECORRENTE - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0177-05/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0325-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Decadência reconhecida para alguns meses. Considera-se como premissa que, para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição no Anexo I do RICMS, relativamente ao recorte temporal analisado na autuação. Verifica-se itens incluso no lançamento tributário indevidamente. Exclui-se do lançamento os produtos comprovados não serem devido (BACON MANTA PIF PAF PESO – NCM 16024900; CASTANHA DE CAJU NAT INT LA VIOLET 100G – NCM 08013200; CASTANHA DE CAJU OETKER 100G - NCM 20081900; CASTANHA DE CAJU (PESO) – NCM 08012200; CASTANHA PARA LA VIOLETERA C/C 200G – 08012100; ESPETINHO AURORA LING TOSCANA 800G – NCM 02032900; PEITO FG SEARA E SAUD INT – NCM 1601000; PEITO FG EMBUT SADIA INT – NCM 16023220; PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT – NCM 16023100 (2017)). Reduzido o valor julgamento em primeira instância. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Decadência reconhecida para alguns meses. Entende-se que remanescem na autuação mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento. Exclui-se do lançamento os produtos comprovados serem indevidos (MIST BOL BAUN 450G CX – NCM 19012000; MIST BOL D BEM 450G UN – NCM 19012000; MISTURA P/BOLO D. BENTA CHOC 450G - NCM 19019090; MISTURA P/BOLO VITAMILHO 400G CHOC - NCM 19012000; PIZZA SADIA PORTUG UN – NCM 19059090; PIZZA SEARA QUATRO QUEIJOS 460G – NCM 19059090). Reduzido o valor julgamento em primeira instância. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 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. Mantida a Decisão recorrida deste item. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo em face da Decisão proferida pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0177-05/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 31/03/2022 para exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 134.645,75, referente a 06 infrações, sendo objeto da peça recursal as seguintes acusações (1, 3 e 4):

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 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.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

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 IL 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 deficiente 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.

No Recurso Voluntário de fls. 120 a 126, o Recorrente, em sede unicamente meritória, tece as seguintes considerações acerca da necessidade de reforma da decisão quanto às infrações 1, 3 e 4:

a. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

Em que pese a 5ª Junta de Julgamento ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a r. decisão merece parcial reforma pois ainda remanescem na autuação, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

As mercadorias e NCMs tributadas no regime normal do ICMS que ainda fazem parte do levantamento fiscal estão abaixo indicadas e devem ser excluídas:

Ano	NCM	Descrição	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual	obs
2017	'20081100'	AMENDOIM COLORIDO 70G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2017	'18069000'	AMENDOIM DORI CHOCOLATE 500G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2018	'17049020'	AMENDOIM DORI COLORIDO 100G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2019	'16024900'	BACON MANTA PIF PAF PESO	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
2017	'08013200'	CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2018	'08013100'	CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2019	'20081900'	CASTANHA CAJU OETKER 100G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2017	'08029000'	CASTANHA CAJU TOR SALT LA VIOLET 100G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2017	'08012200'	CASTANHA DE CAJU (PESO)	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2019	'08012100'	CASTANHA PARA LA VIOLETA C/C 200G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
2017	'02032900'	ESPETINHO AURORA LING TOSCANA 800G	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
2019	'22021000'	ICE TEA LEAO 1L. PESSEGO	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
2018	'16010000'	PEITO FG SEARA E SAUD INT	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Alimento cozido
2018	'16023220'	PEITO FGO EMBUT SADI INT	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Alimento cozido
2017	'16023100'	PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Alimento cozido

Sendo assim, à medida que se impõe é a reforma parcial da infração 01, nos termos acima expostos.

b. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Em que pese a 5ª Junta de Julgamento ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a r. decisão merece parcial reforma pois remanescem na autuação mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

As mercadorias tributadas na substituição tributária que ainda fazem parte do levantamento fiscal estão abaixo indicadas:

Ano	NCM	Descrição	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual	Observação
2018	'19012000'	MIST BOL BAUN 450G CX	ST	Anexo ST Item 11.14.3	Mistura e preparações para bolos inferior a 5KG
2018	'19012000'	MIST BOLO D BENTA UN	ST	Anexo ST Item 11.14.3	Mistura e preparações para bolos inferior a 5KG
2017	'19019090'	MISTURA P/BOLO D BENTA CHOC 450G	ST	Anexo ST Item 11.14.3	Mistura e preparações para bolos inferior a 5KG
2017	'11010010'	MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG	ST	Anexo ST Item 11.14.3	Mistura e preparações para bolos inferior a 5KG
2017	'19012000'	MISTURA P/BOLO VITAMILHO 400G. CHOC	ST	Anexo ST Item 11.14.3	Mistura e preparações para bolos inferior a 5KG
2019	'19059090'	PIZZA SADI PORTUG UN	ST	Anexo ST Item 11.18.1	
2019	'19059090'	PIZZA SEARA QUATRO QUEIJS 460G	ST	Anexo ST Item 11.18.1	

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma parcial da infração 03, determinando-se a exclusão das mercadorias acima citadas.

c. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04

Em que pese a 5ª Junta de Julgamento ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a r. decisão merece parcial reforma, pois ainda remanescem na autuação mercadorias com exigência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que não estão incluídas no Anexo Único, da Instrução Normativa nº 05/2016, conforme arquivo denominado "Infração 04 Defesa" que acompanhou a impugnação.

Dentre os produtos mantidos, em que pese terem NCM de mercadorias incluídas na Instrução Normativa nº 05/2016, os produtos não se enquadram na descrição contida na referida instrução normativa. Veja-se como exemplo a mercadoria "SHAMPOO ELSEVE HYDRA MAX COL 400ML", cuja NCM é '33059000', mas se trata de xampu comum:



Na mesma situação, estão diversos outros produtos que não estão no Anexo I da Instrução Normativa nº 05/2016, mas estão mantidos no lançamento ora combatido:

NCM	Descrição	Análise Consultoria	Tipo
33059000	SHAMPOO ELSEVE HYDRA MAX COL 400ML	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SH ELSEVE 400ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33052000'	SH NIELY GOLD NUT PODER 300ML+COND 200ML	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33052000'	KIT SHAMP/COND CAB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33079000'	KIT TECOVEL SH/LIM UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SH DOVE 400ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SH+COND SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SHAMP CLEAR F HERB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SHAMPOO SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33052000'	KIT SHAMP/COND CAB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	KIT SH/COND REVITA UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	MAION CAP SAL300ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SHAMPOO PRINC FROZ UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33052000'	SH N GOL NUT+COND UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'96084000'	SH+COND SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33059000'	SHAM COND S LIN300 UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33079000'	SHAM NEUTRO 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33079000'	SHAMP ANTIP 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33079000'	SHAMP BRANQ 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
'33079000'	SHAMP P ESC 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016

Pugnou pela reforma da decisão, para que os itens sejam excluídos da autuação.

Por fim, requer a realização de diligência para demonstrar que as mercadorias das infrações 01 foram tributadas no regime normal do ICMS; que na infração 03, restam mercadorias tributadas na substituição tributária aplicados no levantamento fiscal que devem ser retiradas; e na infração 04, diversas mercadorias não estão incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Pede integral provimento do Recurso Voluntário para o fim de reformar a decisão colegiada recorrida.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 20/06/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 05/09/2023.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância quanto às infrações 1, 3 e 4 do Auto de Infração:

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 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.

Inicialmente, por considerar que os elementos contidos nos autos e consignados na decisão recorrida são suficientes para a formação de minha convicção, associados ao fato de que o Recorrente não apontou minimamente o objeto de diligência a ser empreendida ou fundamentou a sua necessidade, **entendo pela impertinência do pedido de diligência** (arts. 145 e 147, I do RPAF), pelo que voto pelo indeferimento.

Sem preliminares, passa-se a análise meritória.

Quanto à **infração 01**, relativamente à acusação de que usou indevidamente créditos fiscais relacionados com aquisições e mercadorias sujeitas à substituição tributária, o Recorrente insiste na tese de que o remanescente da acusação é indevido em relação às mercadorias tributadas no regime normal.

Entendo que o recurso se encontra prejudicado em relação ao item ICE TEA LEAO 1L PESSEGO – NCM 22021000 (2019), uma vez que houve reconhecimento pelo fisco de que a mercadoria deveria ser tributada normalmente pelo ICMS e foi excluída posteriormente em nova planilha fiscal.

Quanto às demais, necessário considerar como premissa que, para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição no Anexo I do RICMS, relativamente ao recorte temporal analisado na autuação. Neste sentido, de se verificar os seguintes itens, conforme descrito em demonstrativo e a referência adotada pelo contribuinte em relação ao ano. Inobstante isto, entendo que os lançamentos/exclusões consideradas devem ser aplicados a todo o período fiscalizado:

- **AMENDOIM COLORIDO 70G – NCM 20081110 (2017):**

Não merece acolhida a alegação recursal, pois a mercadoria citada, de fato, encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária, por força do Anexo 1, Item 11.11.0, do RICMS/12, cuja descrição é “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg”.

- **AMENDOIM DORI CHOCOLATE 500G – NCM 18069000 (2017):**

Não merece acolhida a alegação recursal, pois a mercadoria citada, de fato, encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária, por força do Anexo 1, Item 11.11.0, do RICMS/12, cuja descrição é “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg”.

- **AMENDOIM DORI COLORIDO 100G - NCM 17049020 (2018):**

Não merece acolhida a alegação recursal, pois a mercadoria citada, de fato, encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária, por força do Anexo 1, Item 11.11.0, do RICMS/12, cuja descrição é “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg”.

- **BACON MANTA PIF PAF PESO – NCM 16024900 (2019);**

O autuante defende que o se trata de mercadoria contida 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, contrastando com a defesa do Recorrente, quanto ao enquadramento no NCM 16024900, consignada no levantamento fiscal (CD fl. 83).

De fato, a referida NCM não havia previsão de substituição tributária, no exercício fiscalizado (2019), devendo tais valores serem excluídos da exação. Modificada a exigência fiscal.

- **CASTANHA DE CAJU NAT INT LA VIOLET 100G – NCM 08013200 (2017)**

Quanto à referida mercadoria, assiste razão ao Recorrente, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

- **CASTANHA DE CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G - NCM 08013100 (2018):**

Quanto à referida mercadoria, assiste razão à Acusação, pois, de fato, trata-se de salgadinho (produto industrializado), devendo ser mantida a imputação relativamente ao item.

- **CASTANHA DE CAJU OETKER 100G - NCM 20081900 (2019):**

Quanto à referida mercadoria, assiste razão ao Recorrente, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

- **CASTANHA DE CAJU (PESO) – NCM 08012200 (2017):**

Quanto à referida mercadoria, assiste razão ao Recorrente, pois não se trata de salgadinho

(produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

– **CASTANHA PARA LA VIOLETERA C/C 200G – 08012100 (2019):**

Quanto à referida mercadoria, assiste razão ao Recorrente, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

– **ESPETINHO AURORA LING TOSCANA 800G – NCM 02032900 (2017):**

De fato, assiste razão ao Autuante, na medida em que 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 11.35.1, 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 aves. Créditos fiscais indevidos.

– **PEITO FG SEARA E SAUD INT – NCM 16010000: (2018)**

Alega o Recorrente que, por se tratar de alimento cozido, deve ser tributado normalmente, e não relacionado ao item 11.35.0, sob NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501.1 (carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos).

De fato, para a NCM 16010000, consignadas no levantamento fiscal, não havia previsão de substituição tributária no exercício fiscalizado, devendo tais valores serem excluídos da exação. Modificada a exigência fiscal.

– **PEITO FG EMBUT SADIA INT – NCM 16023220: (2018)**

Alega o Recorrente que, por se tratar de alimento cozido, deve ser tributado normalmente, e não relacionado ao item 11.35.0, sob NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501.1 (carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos).

De fato, para a NCM 16023220, consignadas no levantamento fiscal, não havia previsão de substituição tributária no exercício fiscalizado, devendo tais valores serem excluídos da exação. Modificada a exigência fiscal.

– **PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT – NCM 16023100 (2017):**

Alega o Recorrente que, por se tratar de alimento cozido, deve ser tributado normalmente, e não relacionado ao item 11.35.0, sob NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501.1 (carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos).

De fato, para a NCM 16023100, consignadas no levantamento fiscal, não havia previsão de substituição tributária no exercício fiscalizado, devendo tais valores serem excluídos da exação. Modificada a exigência fiscal.

Portanto, o valor remanescente é de R\$ 7.209,28, após a exclusões dos produtos descritos acima, ficando conforme abaixo:

INFRAÇÃO 01 (CÓD. 001.002.006)			
Mês/Ano	Autuação	JJF	CJF
jan/17	177,39	Decadência	0,00
fev/17	132,33	Decadência	0,00

mar/17	123,28	Decadência	0,00
abr/17	241,62	241,62	76,46
mai/17	253,02	253,02	87,70
jun/17	399,85	399,85	69,81
jul/17	220,46	220,46	28,51
ago/17	29,81	14,31	29,81
set/17	154,94	154,94	38,36
out/17	414,47	377,21	194,94
nov/17	188,91	188,91	23,45
dez/17	600,02	550,91	292,90
jan/18	458,84	458,84	458,84
fev/18	732,95	732,95	732,95
mar/18	252,94	252,94	252,94
abr/18	652,00	652,00	652,00
mai/18	150,01	150,01	53,66
jun/18	77,12	77,12	77,12
jul/18	51,50	51,50	38,43
ago/18	410,79	410,79	282,26
set/18	204,17	204,17	83,09
out/18	476,69	476,69	171,26
nov/18	480,05	425,33	318,76
dez/18	613,90	613,90	512,85
jan/19	42,88	0,00	0,00
fev/19	47,71	47,71	0,00
mar/19	1.145,12	1.145,12	1.063,20
abr/19	1.519,81	1.519,81	0,00
mai/19	140,56	140,56	0,00
jun/19	255,63	255,63	194,72
jul/19	134,46	134,46	68,82
ago/19	220,69	220,69	0,00
set/19	295,52	287,36	275,92
out/19	197,19	197,19	68,82
nov/19	568,70	568,70	403,49
dez/19	665,66	650,91	658,21
Total	12.730,99	12.075,61	7.209,28

Quanto à **infração 03**, relativamente à acusação de que não efetuou pagamento de imposto em face de ter praticado operações tributadas como não tributadas, entende que remanescem na autuação mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise, assim discriminando:

– **MIST BOL BAUN 450G CX – NCM 19012000 (2017)**

Merece acolhida a tese recursal. Observa-se que a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg está contida na respectiva normativa, conforme Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*”. Modificada a exigência fiscal.

– **MIST BOL D BEM 450G UN – NCM 19012000 (2018)**

Merece acolhida a tese recursal. Observa-se que a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg está contida na respectiva normativa, conforme Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*”. Modificada a exigência fiscal.

– **MISTURA P/BOLO D. BENTA CHOC 450G - NCM 19019090 (2017)**

Merece acolhida a tese recursal. Observa-se que a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg está contida na respectiva normativa, conforme Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*”. Modificada a exigência fiscal.

– **MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG - NCM 11010010 (2017)**

Merece ser mantida a acusação referente ao item. Observa-se que somente a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg está contida na respectiva normativa, conforme Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”. Mantida a exigência fiscal.

– **MISTURA P/BOLO VITAMILHO 400G CHOC - NCM 19012000 (2017)**

Merece acolhida a tese recursal. Observa-se que a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg está contida na respectiva normativa, conforme Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”. Modificada a exigência fiscal.

– **PIZZA SADIA PORTUG UN – NCM 19059090 (2019)**

Quanto a esta mercadoria, é de rigor a constatação de que a partir de 01/06/18, submeteu-se ao regime da substituição tributária (item 11.18.1) pelo Anexo I ao RICMS/2012 e, em vista disto, devem ser excluídas da exação fiscal pois as operações do levantamento foram realizadas após o referido marco temporal. Modificada a exigência fiscal.

– **PIZZA SEARA QUATRO QUEIJOS 460G – NCM 19059090 (2019)**

Quanto a esta mercadoria, é de rigor a constatação de que a partir de 01/06/18, submeteu-se ao regime da substituição tributária (item 11.18.1) pelo Anexo I ao RICMS/2012 e, em vista disto, devem ser excluídas da exação fiscal pois as operações do levantamento foram realizadas após o referido marco temporal. Modificada a exigência fiscal.

Portanto, o valor remanescente é de R\$ 34.504,21, após a exclusões dos produtos descritos acima, com exceção do produto MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG, ficando conforme abaixo:

INFRAÇÃO 03 (CÓD. 002.001.003)			
Mês/Ano	Autuação	JJF	CJF
jan/17	755,11	Decadência	0,00
fev/17	810,42	Decadência	0,00
mar/17	1.284,45	Decadência	0,00
abr/17	1.205,25	1.205,25	1.135,71
mai/17	1.252,39	1.252,39	1.150,84
jun/17	1.418,36	1.418,36	1.308,59
jul/17	1.290,74	1.290,74	1.170,93
ago/17	1.189,51	1.189,51	1.028,85
set/17	1.347,58	1.347,58	1.337,53
out/17	1.109,11	1.109,11	1.103,45
nov/17	977,71	977,71	927,38
dez/17	2.198,48	2.198,48	2.143,13
jan/18	838,54	838,54	712,63
fev/18	852,21	852,21	770,83
mar/18	947,23	947,23	919,01
abr/18	748,76	748,76	730,48
mai/18	890,58	890,58	867,79
jun/18	1.651,81	1.651,81	1.601,54
jul/18	1.614,96	1.614,96	1.586,41
ago/18	2.437,74	2.437,74	2.400,19
set/18	2.269,51	2.269,51	2.217,07
out/18	2.516,80	2.516,80	2.346,51
nov/18	4.273,26	4.273,26	4.012,48
dez/18	3.950,81	3.950,81	3.591,15
jan/19	635,48	629,61	611,55
fev/19	85,43	79,63	70,01
mar/19	126,81	121,41	114,07
abr/19	79,12	72,85	60,62

mai/19	120,39	114,05	86,16
jun/19	94,78	89,59	79,08
jul/19	120,41	112,29	102,00
ago/19	94,27	83,96	72,50
set/19	88,41	80,52	72,48
out/19	87,62	80,19	61,63
nov/19	87,68	81,81	59,64
dez/19	88,16	80,72	51,97
Total	39.539,88	36.607,97	34.504,21

Quanto à **infração 04**, relativamente à acusação de que houve pagamento a menor de imposto em virtude de ter a Recorrente aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente tributadas, tendo o recorrente alegado que na Decisão da JJF ainda remanescem mercadorias com exigência do Adicional de Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza que não estão incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016:

NCM	Descrição	Análise Consultoria	Tipo
33059000	SHAMPOO ELSEVE HYDRA MAX COL 400ML	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SH ELSEVE 400ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33052000	SH NIELY GOLD NUT PODER 300ML+COND 200ML	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33052000	KIT SHAMP/COND CAB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33079000	KIT TECOVEL SH/LIM UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SH DOVE 400ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SH+COND SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMP CLEAR F HERB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33052000	KIT SHAMP/COND CAB UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	KIT SH/COND REVITA UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	MAION CAP SAL300ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO PRINC FROZ UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33052000	SH N GOL NUT+COND UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
96084000	SH+COND SEDA 325ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAM COND S LIN300 UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33079000	SHAM NEUTRO 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33079000	SHAMP ANTIP 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33079000	SHAMP BRANQ 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33079000	SHAMP P ESC 500ML UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016

A despeito de ter apresentado Recurso quanto aos referidos itens, observa-se que, com razão, a decisão de piso determinou a sua expressa exclusão, ao consignar que:

“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.”

Nestes termos, entendo que o comando é deveras claro no sentido de que os referidos produtos não possuem os atributos mencionados, ou seja, não constarem serem colorantes, incidindo-se a alíquota normal, sem o adicional FECEP, sendo certo, quanto ao ponto, que competiria ao agente estatal a referida demonstração diante dos elementos probatórios apresentados pelo Recorrente. Mantida a Decisão recorrida para esta infração 4.

Deve ser modificada a exigência fiscal, portanto, para que sejam os referidos itens excluídos nas infrações 1 e 3.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para, modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 121.482,36, conforme demonstrativo a seguir:

	Lançado	Julg.-JJF	Julg.-CJF
INF 01	12.730,99	12.075,61	7.209,28
INF 02	83,68	83,68	83,68
INF 03	39.539,88	36.607,97	34.504,21
INF 04	74.843,29	72.237,28	72.237,28

INF 05	2.179,75	2.179,75	2.179,75
INF 06	5.268,16	5.268,16	5.268,16
Totais	134.645,75	128.452,45	121.482,36

VOTO DIVERGENTE (Infração 1 – Produtos: CASTANHA DE CAJU OETKER 100G; CASTANHA DE CAJU NAT INT LA VIOLET 100G e CASTANHA PARA LA VIOLETERA C/C 200G)

Em que pese a análise aprofundada por produto por parte do n. Relator diverjo do seu posicionamento com relação as operações com CASTANHA DE CAJU de embalagens fracionadas.

Tomando por exemplo o produto CASTANHA DE CAJU NAT INT LA VIOLET 100G (fl. 122) que o recorrente indicou não estar enquadrado no regime de substituição tributária no exercício de 2017, observo que o item 11.11.0 do Anexo 1 do RICMS vigente naquele exercício indicava:

11.11.0	17.033.00	2008.1	<i>Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg</i>	81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%)	55%
----------------	------------------	---------------	--	--	-----

Dessa forma, entendo que naquele exercício o produto para ser enquadrado no regime de substituição tributária não era necessário “*se tratar de salgadinho*” como apreciado, mas sim do “*tipo aperitivo*” com embalagem inferior a 1Kg, que é a característica que o produto se apresenta e deve ser mantido a exigência relativa à utilização indevida do crédito fiscal na infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/22-9**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 121.482,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Produtos: Castanhas de caju oetker 100g; de caju nat int la violet 100g e para la violetera c/c 200g) – Conselheiros: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Fernando Antonio Brito de Araújo, Gabriel Henrique Lino Mota e Henrique Silva de Oliveira.

VOTO DIVERGENTE (Produtos: Castanhas de caju oetker 100g; de caju nat int la violet 100g e para la violetera c/c 200g) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO DIVERGENTE (Castanhas: de caju oetker 100g; de caju nat int la violet 100g e para la violetera c/c 200g)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS