

PROCESSO - A. I. N° 108529.0009/20-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0158-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0149-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Considerações elidem em parte a autuação, para além do que foi reconhecido em primeiro grau. Comprovado que mais mercadorias incluídas no levantamento fiscal não se enquadram no regime de Substituição Tributária e sim no Regime Normal de Apuração do ICMS, conforme legislação vigente ao tempo da infração, fazendo jus, portanto, ao aproveitamento do crédito tributário glosado. Infração subsistente em parte. Afastada as arguições de nulidade. Mantidas as multas aplicadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de Ofício (fl. 271) e Voluntário (fls. 281 a 297) em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2020 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual nº 068.090.489) em 14/07/2020 (fl. 18), para exigir ICMS no montante histórico de R\$ 666.677,42, referente a períodos de apuração salteados ao longo dos exercícios de 2017 e 2018, agravado por multa de 60% sobre o valor lançado, e acréscimos legais.

Com essa decisão, o Sujeito Passivo se viu desonerado do montante de R\$ 932.631,23 (fl. 273), sendo interposto recurso de ofício por enquadrar-se na alçada recursal do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado por meio do Decreto nº 7.629, de 06/07/1999.

A acusação do cometimento de uma infração foi enunciada da seguinte maneira:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Demonstrativo - Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído. [...]. Enquadramento legal:* Art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96 C/C art. 290 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa aplicada:** Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96. **Total da Infração: R\$ 1.639,80.**

O contraditório desenvolveu-se de modo intenso em primeiro grau de julgamento, com **Defesa** (fls. 22 a 68, mais documentos de fls. 69 a 97, em que se debateu analiticamente o enquadramento ou não de mercadorias sob o regime de substituição tributária, além de outras matérias); **Informação Fiscal** (fls. 102 a 104, mais documentos e mídia de fls. 105 a 108), acatando as alegações da defendente e reduzindo o valor lançado para R\$ 214.343,15; **Manifestação** da Defendente (fls. 112 a 129) reiterando matérias de defesa e pugnando por nova revisão da glosa; nova **Informação Fiscal** (fls. 152 a 160), desta feita mantendo o resultado da informação fiscal anterior; nova **Manifestação** da Defendente (fls. 183 a 197), reiterando matérias de defesa e pugnando por nova revisão da glosa; nova **Informação Fiscal** (fls. 202 a 211), mantendo o resultado da informação fiscal anterior; nova **Manifestação** da Defendente (fls. 220 a 230),

reiterando matérias de defesa e pugnando por nova revisão da glosa; nova **Informação Fiscal** (fls. 234 a 237), mantendo o resultado da informação fiscal anterior.

A 4ª JF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente suscita, o sujeito passivo, nulidade do Auto de Infração, em tela, dado a fiscalização não ter acostado a ordem de serviço que dera azo a presente imputação fiscal, impossibilitando, ao seu entender, a verificação pelo defendente; e, também, do julgador administrativo acerca do cumprimento do prazo para concluir a fiscalização ou acerca da existência ou não de prorrogação, inviabilizando, também, a constatação se o Auditor Fiscal-Autuante estava de fato designando para promover a atividade fiscalizatória, e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Neste aspecto, a agente Fiscal estranho feito, que desenvolveu a Informação Fiscal, em substituição ao agente Atuante, dado a sua aposentadoria, fora, de fato, assertiva, ao registrar, então, que as alegações são improcedentes. Não existe exigência da apresentação da Ordem de Serviço no Termo de Início de Fiscalização. Diz, que o procedimento de emissão de Ordem de Serviço e designação de autoridade competente vinculada à Ordem de Serviço, ao qual acompanho, é prerrogativa da administração tributária e estas etapas foram cumpridas conforme folhas 1 a 5 (“Auto de Infração”), folha 8 (“Termo de Cientificação de Início de Fiscalização”), folhas 9 e 10 (“Ordem de Serviço”) e folha 18 (“Ciência da Lavratura”). Relativamente ao prazo diz que foi cumprido, uma vez que o “Termo de Cientificação de Início de Fiscalização”, enviado via DT-e, foi lido pela defendente em 04/05/2020, folhas 8, e a autuação foi cientificada em 14/07/2020, folhas 18, dentro do prazo de 90 dias. Tudo em conformidade com o que dispõe a legislação pertinente.

Sobre o segundo argumento de nulidade, a agente Fiscal estranho ao feito, consigna que a impugnante alega que é necessário para liquidez do auto de infração a comprovação do valor exigido e isto não teria ocorrido, pois, ao seu entender há a necessidade da apresentação dos livros e notas fiscais que respaldam a infração e que as apresentações das planilhas não são suficientes, levando a preterição ao direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, mais especificamente o art. 39, inciso VI, do RPAF/BA.

Pontua, então, a agente Fiscal estranho ao feito, ao qual acompanho na sua totalidade, que, conforme o art. 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, a Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06). Os valores, então, reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD do defendente, documento gerado pela própria autuada, em que, momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Logo, como bem afirma a agente Fiscal estranho ao feito, em sede de Informação Fiscal, de forma assertiva, diz que a arguição não procede, pois, os demonstrativos originais das folhas 6 a 7, associado aos demonstrativos revisados, em sede de informação fiscal, como veremos na discussão de mérito, inclusive com acatamento de várias das arguições de defesa, demonstram o valor do ICMS reclamado pela Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, passo, então, a análise da lide no mérito.

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 25/06/2022, resultou de uma ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501364/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo “CRÉDITO INDEVIDO” às fls. 6 a 7 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$ 665.677,42, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, no mérito, pontua apenas questões de equívocos cometidos, pelo agente Fiscal Autuante, na constituição do lançamento, em relação a legitimidade dos créditos tomados na sua Escrita Fiscal Digital – EFD, as quais listou na sua peça de defesa às fls. 35 a 63 dos autos, por item de produto lançado no demonstrativo de débito da autuação.

A agente Fiscal estranho ao feito, a Auditora Fiscal Crystiane Menezes Bezerra, Cad.274.068-7, em substituição ao agente Atuante, dado a sua aposentadoria, prestou Informação Fiscal, por 4 (quatro) determinações do órgão competente da unidade Fazendária de origem, nos termos da legislação pertinente, acatando ou rechaçando algumas das arguições de defesa, como bem discorrido acima, sendo que a última Informação Fiscal de fls. 235/237, traz de saldo remanescente da autuação, por uso de crédito indevido, o valor de R\$ 193.377,57 na forma do demonstrativo de débito constante do CD/Mídia de fl. 215 dos autos, em

retificação ao valor originalmente lançado de R\$ 665.677,42, onde a seguir passo pontuar, relativamente aos itens que persiste lide entre as partes.

Pois bem! Como pontuado, pela agente Fiscal estranho ao feito, às fls. 235/237 dos autos, segundo a recorrente, apesar do refazimento da planilha de débito da autuação - ANEXO 2 - CREDITO INDEVIDO - ST - 68090489 - WMB - 2017 E 2018 - constante do CD/Midia de fl. 215 dos autos alguns itens foram mantidos, conforme a seguir:

• **A.1 MILHO GIGANTE ORI, MILHO GIGANTE API E MILHO ESPANHOL**

Diz que a impugnante alega que na planilha original estes itens tem o NCM 2005.9900. Registra, então, a agente revisora do feito, que a defendente falta com a verdade. Ratifica a informação fiscal de fls. 204 a 205, abaixo destacada. Em seguida diz que não há correção a fazer.

Na realidade aparecem os itens **MILHO GIGANTE ORI, MILHO GIGANTE API**, em 04/2017, com NCM 1904.1000 que constam no item 11.8 - Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação do Anexo 1 do RICMS/BA. Não há correção a fazer neste item. (Grifos acrescidos)

De fato, este Relator Julgador, compulsando a Planilha ANEXO 2 - CREDITO INDEVIDO - ST - 68090489 - WMB - 2017 E 2018, têm-se que o demonstrativo de débito remanescente traz o item **MILHO GIGANTE ORI, MILHO GIGANTE API**, apenas em 04/2017, e com NCM 1904.1000 e não o NCM 2005.9900 arguido pela defesa. Resta razão a agente revisora. Débito subsistente.

• **A.2 PALMITO DE PUPUNHA, PACOQUINHA ROLHA, PACOQUINHA TABLETE, PASTA DE AMENDOIM, MIX AMENDOIM.**

Diz que a defendente argui que os itens PALMITO DE PUPUNHA, PACOQUINHA ROLHA, PACOQUINHA TABLETE, PASTA DE AMENDOIM, MIX AMENDOIM constam do Anexo 1 do RICMS. Registra, então, a agente revisora, que esses itens já haviam sido retirados na segunda informação fiscal, conforme fl. 155.

Este Relator Julgador, compulsando, então, a Planilha ANEXO 2 - CREDITO INDEVIDO - ST - 68090489 - WMB - 2017 E 2018, têm-se que o demonstrativo de débito remanescente não traz qualquer item relacionado aos produtos PALMITO DE PUPUNHA, PACOQUINHA ROLHA, PACOQUINHA TABLETE, PASTA DE AMENDOIM, MIX AMENDOIM. Arguição improcedente.

• **A.3 BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G**

Diz, a agente Fiscal Revisora estranho ao feito, que a impugnante insiste que as barras de frutas estão classificadas equivocadamente com o NCM 1806.3120, na categoria de “chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas”. Então, demonstrando-se inadequadamente a classificação, não há que se incluir na barra de frutas supino na sistemática antecipada.

Analizando os demonstrativos revisados, constata-se, em 2018, a mercadoria 1-681023_2 - BARRA SUPINO 24X24 G, NCM 1806.9000, que consta no Anexo 1, do RICMS/BA no item 11.4 - outras preparações alimentícias contendo cacau. Como na composição da barra supino tem cacau, não existe correção a fazer nessa mercadoria.

Como prova que o NCM de BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G tem o NCM 1806.9000, a agente Fiscal Revisora, acosta aos autos o recorte da XML da nota fiscal 7481, com chave de acesso 2918080006396000613155300000074811077474617 à folha 208 dos autos.

Este Relator Julgador, compulsando, então, a Planilha ANEXO 2 - CREDITO INDEVIDO - ST - 68090489 - WMB - 2017 E 2018, têm-se os itens “**BARRA SUPINO 24X24 G**” mantidos na autuação.

DATA	DOC	UF	CFOP	ITEM	COD	DESCRICAO	NCM
18/01/2018	7026	BA	1.152	023	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
21/03/2018	7184	BA	1.152	038	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
31/03/2018	7190	BA	1.152	020	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
19/04/2018	7226	BA	1.152	073	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
27/04/2018	7239	BA	1.152	003	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
18/05/2018	7263	BA	1.152	078	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
15/08/2018	7456	BA	1.152	048	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000
24/08/2018	7481	BA	1.152	008	1-681023_2	BARRA SUPINO 24X24 G	18069000

Verificando o Sistema de Nota Fiscal Eletrônica, vê-se que a descrição deste produto traz a informação do NCM18069000. É o caso da NF7481, conforme recorte abaixo:

Num.	Descrição	Qtde.	Unidade Comercial
12	BARRA SUPINO 24X24 G 07DIAS 24X24G	32,0000	UN
Código do Produto	Código NCM	Código CEST	Gênero
000681023	18069000	1704300	

Então não há dúvida do NCM do item de produto “**BARRA SUPINO 24X24 G**” capturado da EFD do Contribuinte Autuado, que consta do item 11.4 do AnexoI, do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores.

Coaduno, assim, com o entendimento da agente revisora que não há correção a fazer no demonstrativo remanescente do débito da infração, para este item da autuação.

• **A.4 MOELA DE FRANGO**

Registra a agente revisora que a manifestante não traz fato novo. Apenas cita que o produto inexistente no Anexo I, tanto com NCM 0504.0090 ou com o NCM 0207.1400.

Consiga que a alegação não procede. O produto aparece no demonstrativo com o NCM 0207, que consta no item 11.35.00, com descrição “carnes de demais produtos comestíveis, frescos, resfriados, congelados, salgador, em salmoura, simplesmente temperado, secos ou defumados, resultantes do abate de aves”.

Este Relator Julgador, compulsando, então, a Planilha ANEXO 2 - CREDITO INDEVIDO - ST - 68090489 - WMB - 2017 E 2018, têm-se os itens “**MOELA DE FRANGO**” mantidos na autuação.

DATA	DOC	COD	DESCRICAO	NCM
13/03/2017	806739	1-380411 2	MOELA DE FRANGO BDJ	02071400
04/10/2017	268688	1-380411 2	MOELA DE FRANGO BDJ	02071400

Verificando o Sistema de Nota Fiscal Eletrônica, vê-se que a descrição do produto “**MOELA DE FRANGO**” traz a informação do NCM0504.0090. É o caso da NF4268688, conforme recorte abaixo:

Chave de Acesso
29171001838723026436550020042686881747187863

NF-e Emitente Destinat. Prod./Serv. Totais Transp. Cobrança Inf. Adic.

Dados da NF-e

Chave de Acesso
29171001838723026436550020042686881747187863

NF-e Emitente Destinat. Prod./Serv. Totais Transp. Cobrança Inf. Adic.

Dados dos Produtos e Serviços

Num.	Descrição	Qtde.	Unidade Comercial
1	MIUDOS CONG FGO (MOELA) BDJ 1KG SADIA	10,0000	CX

Da mesma forma, consultando em relação a NF-e 3806739, a descrição do produto “**MOELA DE FRANGO**” traz a informação do NCM0504.0090.

NF-e Emitente Destinat. Prod./Serv. Totais Transp. Cobrança Inf. Adic.

Dados da NF-e

Modelo	Série	Número	Data de Emissão	Data/Hora de Saída ou da Entrada	Valor
55	2	3806739	14/03/2017 13:28:22 -03:00	14/03/2017 13:28:22 -03:00	124,2

Chave de Acesso
29170301838723026436550020038067391686270998

Num.	Descrição	Qtde.	Unidade Comercial
4	MIUDOS CONG FGO (MOELA) BDJ 1KG SADIA	1,0000	CX

Código do Produto	Código NCM	Código CEST	Gênero
500727	05040000	4709700	

Então o NCM do item de produto “**MOELA DE FRANGO**”, como descrito no documento fiscal, mais especificamente a NF3806739 e a NF4268688, extraído do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica é o NCM 0504 e não NCM 0207 indicado no demonstrativo de débito e ratificado pela a agente revisora da autuação.

Neste sentido, compulsando, então o Anexo I, do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, a NCM 0504 não se encontrava enquadrado na substituição tributária, restando improcedente a glosa do crédito deste item na escrita fiscal do defendente. Cabe, assim, a exclusão do crédito glosado relativo ao item de produto “**MOELA DE FRANGO**”, cujo NCM 0504 é o indicado no documento fiscal de aquisição do produto.

Em sendo assim, não vendo qualquer outro ajuste a ser efetuado no demonstrativo de débito constante do CD/Midia de fl. 215 dos autos, resta subsistente o Auto de Infração, em tela, no valor de Valor de R\$ 193.299,48, com a exclusão dos créditos glosados dos itens de produto “**MOELA DE FRANGO**”, conforme demonstrativo abaixo:

<i>Data Ocorr</i>	<i>Data Vencido</i>	<i>Valor Auto Infração – R\$</i>	<i>Valor Auto Infração após Informação Fiscal – R\$</i>	<i>Valor Auto Infração Julgado - R\$</i>
31/01/2017	09/02/2017	23.485,41	7.187,81	7.187,81
28/02/2017	09/03/2017	17.450,32	5.917,14	5.917,14
31/03/2017	09/04/2017	21.285,29	5.009,72	5.003,67
30/04/2017	09/05/2017	14.748,32	4.106,78	4.106,78
31/05/2017	09/06/2017	26.926,85	4.547,53	4.547,53
30/06/2017	09/07/2017	24.621,67	6.129,84	6.129,84
31/07/2017	09/08/2017	29.439,40	9.783,28	9.783,28
31/08/2017	09/09/2017	31.818,65	9.642,95	9.642,95
30/09/2017	09/10/2017	31.612,88	5.301,64	5.301,64
31/10/2017	09/11/2017	33.820,40	6.103,90	6.031,86
30/11/2017	09/12/2017	36.303,34	13.242,70	13.242,70
31/12/2017	09/01/2018	32.836,29	8.705,48	8.705,48
31/01/2018	09/02/2018	22.504,79	4.718,87	4.718,87
28/02/2018	09/03/2018	15.611,98	2.059,02	2.059,02
31/03/2018	09/04/2018	60.902,17	34.859,57	34.859,57
30/04/2018	09/05/2018	33.500,20	6.229,74	6.229,74
31/05/2018	09/06/2018	15.878,55	2.259,89	2.259,89
30/06/2018	09/07/2018	35.753,97	12.245,96	12.245,96
31/07/2018	09/08/2018	19.279,56	4.594,15	4.594,15
31/08/2018	09/09/2018	24.651,07	5.215,15	5.215,15
30/09/2018	09/10/2018	26.140,25	8.325,25	8.325,25
31/10/2018	09/11/2018	28.008,16	5.288,70	5.288,70
30/11/2018	09/12/2018	21.000,54	3.900,36	3.900,36
31/12/2018	09/01/2019	38.097,36	18.002,14	18.002,14
Total Remanescente Infração 01		665.677,42	193.377,57	193.299,48

Sobre a arguição de que a multa de 60% aplicada viola frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARICAL do Auto de Infração.

Foi interposto o Recurso de Ofício.

Regularmente intimado, o Defendente, ora Recorrente, aduziu razões recursais reiterativas da Defesa, a seguir delineadas (em síntese):

- a) Nulidade [da ação fiscal] por preterição do direito de defesa, não tendo sido fornecidos todos os documentos que vieram a basear o lançamento fiscal e a elaboração dos demonstrativos apresentados. Afirma que a “falta de dados que substanciam a autuação, apresentando unicamente as planilhas com indicação das notas fiscais prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal”. Faz alusão ao disposto no art. 142 do CTN e a julgados de diversos órgãos administrativos de julgamento no âmbito do contencioso administrativo fiscal de Pernambuco e Bahia.
- b) No mérito, reconhece que a exclusão dos itens glosados atende parcialmente à sua pretensão, mas destaca que “os produtos listados pela fiscalização apresentam divergência entre a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) atribuída pelo Fiscal e a NCM constante na Nota Fiscal, situação que acarretou esse grande equívoco e a exclusão de tantos produtos da autuação”. Dentre os itens remanescentes, destaca aqueles que ainda entende passíveis de apropriação de crédito, por não se adequarem ao conceito de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária:

MILHO GIGANTE ORI
MILHO GIGANTE API
MILHO ESPANHOL
BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G

- c) Acerca da multa aplicada, que esta é exorbitante, sem a comprovação de um intuito de fraude a justificar a aplicação da multa, e com ofensa ao princípio do não-confisco. Tece considerações dogmáticas e oferece transcrição de julgados de órgãos do Poder Judiciário (STF, TJRN), para pleitear que a multa seja julgada improcedente, ou que ao menos seja reduzida para patamar razoável (entre 20% e 30%).
- d) Que deve ser aplicada o benefício da dúvida, consoante o disposto no art. 112 do CTN, julgando improcedente o Auto de Infração.

Requeru “*reconhecimento e declaração/decretação da nulidade improcedência do crédito tributário*”; ou, sucessivamente, a redução da multa aplicada (observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco); aplicação da norma *in dubio* do art. 112 do CTN; a produção de todos os meios de prova admissíveis pelo Direito.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 20/09/2023, para julgamento, oportunidade em que se fez presente a representante da Recorrente, a Dra. Pâmmela Christine Lopes de Oliveira Galvão, OAB/PE nº 31.257, que acompanhou o julgamento.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conheço de ambos os recursos, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque para a tempestividade e para o cabimento (arts. 169 e 171 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 - o “RPAF/99”).

RECURSO DE OFÍCIO

Cabe a esta Câmara avaliar se agiu com acerto o órgão julgador de primeiro grau, ao reduzir o montante do lançamento após revisão empreendida nos demonstrativos, graças ao exame empreendido por Auditor Fiscal lotada na mesma inspetoria de origem, ante a aposentação do Autuante, e que promoveu efetiva revisão de parte da glosa.

Ou seja, consoante acolhido em primeiro grau, a redução do valor lançado decorreu da reconsideração, por parte de agente competente, e após a reanálise perante o órgão julgador de primeiro grau, com relação à incursão, ou não, de certos itens no conceito vigente ao tempo das ocorrências para mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Constato que a retificação ocorreu de modo consistente com as declarações do Sujeito Passivo, evidenciou um intenso trabalho da Fiscalização, e nada vejo a desmerecer os ajustes.

Por isso, tenho como desprovido o Recurso de Ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Antes do mais, indefiro o requerimento de “perícia técnica”, com fulcro no Art. 147, I e II do RPAF/BA. Para além do não cumprimento dos requisitos regulamentares, constato que já se encontram nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador, sendo certo que a expertise que o tema demanda é comum aos julgadores deste Conselho e aos demais envolvidos, não demandando apreciação por *experts*.

Consultei os demonstrativos do Auto de Infração, para aferir o suposto cerceamento do direito à ampla defesa, e assim como o órgão julgador de primeiro grau não concluí de modo favorável à tese do Sujeito Passivo. Como já afirmado, há evidências nos autos (fl. 18) de que os demonstrativos constantes na mídia que, nestes autos, guarnece ao Auto de Infração (fl. 16) foram entregues ao Sujeito Passivo. Consultando os arquivos, constato que todos os elementos necessários à defesa encontram-se ali encartados.

De mais a mais, os demonstrativos complementares estiveram, a princípio, disponíveis ao Sujeito Passivo ao longo do prazo da defesa e durante o curso do PAF. Também verifico que os

demonstrativos do Auto de Infração (segundo consta à fl. 18, disponibilizados ao Sujeito Passivo), são suficientes para dar conhecimento da ação fiscal empreendida e propiciar defesa.

Rejeito a tese de nulidade.

No mérito, a insurgência acerca de quatro itens (três deles, categorias de “milho”; e uma “barra de frutas”). Isto, é: afirma a Recorrente que tais itens, consoante duas descrições textuais e segundo a nomenclatura comum do Mercosul (NCM) não se ajustam a qualquer das categorias indicadas no Anexo 1 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS-BA/12, redações vigentes para 2017 e 2018), portanto não se encontravam sujeitas ao regime de substituição tributária, teriam tributação normal, sendo legítima a apropriação de créditos fiscais nas operações de saída de tais mercadorias.

Sobre as mercadorias derivadas de milho, convém transcrever os itens supostamente relacionados, que têm redação idêntica no Anexo 1 do RICMS-BA/12 para ambos os exercícios:

11.8	17.030.00	1904.1 1904.9	Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação	Não tem	Não tem	81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%)	55%
11.10	17.032.00	2005.2 2005.9	Batata frita, inhame e mandioca fritos	Não tem	Não tem	81,64% (Aliq. 4%) 75,79% (Aliq. 7%) 66,34% (Aliq. 12%)	55%

Consultando as Notas Explicativas ao NCM, divulgadas no Portal Siscomex, parece-nos mais plausível que os itens de milho (“milho gigante ori”, “milho gigante api”, “milho espanhol”) sejam enquadrados com o NCM derivado da posição 20.05, haja vista que as notas explicativas excluem expressamente os preparos de milho da posição 19.04 (grifou-se):

NOTA EXPLICATIVA

A) Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (flocos de milho (corn flakes), por exemplo).

O presente grupo compreende diversas preparações alimentícias obtidas a partir de grãos de cereais (milho, trigo, arroz, cevadas, etc.), que tenham sido tratados por expansão ou torrefação, ou, simultaneamente, por estes dois processos, de forma a torná-los crocantes. As referidas preparações destinam-se essencialmente a serem utilizadas, no estado em que se encontram ou misturadas com leite, como alimentos para refeições matinais. Podem ser-lhes adicionados, no decurso ou após a sua fabricação, sal, açúcar, melaço, extratos de malte ou de fruta, ou cacau (ver a Nota 3 e Considerações Gerais deste Capítulo), etc.

Também se incluem neste grupo as preparações semelhantes obtidas por torrefação ou expansão, ou simultaneamente por estes dois processos, a partir de farinha ou de farelo.

As preparações denominadas flocos de milho (corn flakes) obtêm-se a partir de grãos de milho, desembaraçados do pericarpo e do germe, que são adicionados de açúcar, sal e extrato de malte, e amolecidos pelo vapor de água; depois de secos são laminados em flocos e torrados num forno rotativo. Pelo mesmo processo obtêm-se produtos semelhantes a partir de grãos de trigo e de outros cereais.

Os produtos denominados arroz expandido (puffed rice) e trigo expandido (puffed wheat) também se classificam nesta posição. Obtêm-se submetendo os grãos destes cereais, em autoclave, à ação de uma atmosfera úmida e quente, sob forte pressão. Diminuindo bruscamente a pressão e projetando os grãos numa atmosfera fria, estes dilatam-se e adquirem um volume muitas vezes maior que o seu volume inicial.

Este grupo inclui igualmente os produtos alimentícios crocantes não açucarados, que se obtêm submetendo os grãos de cereais (inteiros ou em pedaços), previamente umedecidos, a um tratamento térmico que faz expandir os grãos aos quais junta-se, em seguida, um tempero constituído por uma mistura de óleos vegetais, queijo, extratos de levedura, sal e glutamato de sódio. Excluem-se os produtos semelhantes obtidos a partir de uma pasta e fritos em óleo vegetal (posição 19.05).

B) Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos.

Este grupo inclui as preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados bem como as obtidas de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou de cereais expandidos. Estes produtos (frequentemente denominados Müsli) podem conter fruta seca, nozes, açúcar, mel, etc. São geralmente acondicionados como alimentos para refeições matinais.

C) Trigo bulgur.

O presente grupo compreende o trigo bulgur sob a forma de grãos trabalhados, obtido por cozimento dos grãos de trigo duro que são em seguida secos, descascados ou pelados, e depois quebrados, triturados ou partidos e finalmente peneirados em dois tamanhos para obter o bulgur grosso ou o bulgur fino. O trigo bulgur pode também apresentar-se em grãos inteiros.

D) Outros cereais (exceto milho), pré-cozidos ou preparados de outro modo.

Este grupo inclui os cereais pré-cozidos ou preparados de outro modo, em grãos (incluindo os grãos partidos). Assim, por exemplo, inclui-se neste grupo, o arroz pré-cozido que sofreu um cozimento total ou parcial seguido de uma desidratação com conseqüente modificação da estrutura dos grãos. Para ser consumido o arroz que sofreu um pré-cozimento completo, é suficiente que seja mergulhado em água levada à ebulição, enquanto que o arroz parcialmente pré-cozido necessita de um cozimento complementar de 5 a 12 minutos antes de ser consumido. Este grupo também inclui, por exemplo, produtos que consistam em arroz pré-cozido ao qual se adicionam certos ingredientes tais como produtos hortícolas ou temperos, desde que estes outros ingredientes não alterem a característica de preparações à base de arroz destes produtos.

A presente posição não abrange os grãos de cereais simplesmente trabalhados ou que sofreram uma das transformações mencionadas expressamente no Capítulo 10 ou no Capítulo 11.

Também se excluem:

- a) Os cereais preparados revestidos de açúcar, ou que o contenham numa proporção que lhes confira a característica de produtos de confeitaria (posição 17.04).*
- b) As preparações que contenham mais de 6 %, em peso, de cacau calculado sobre uma base totalmente desengordurada, ou completamente revestidas de chocolate ou de outras preparações alimentícias que contenham cacau da posição 18.06 (posição 18.06).*
- c) As espigas e os grãos preparados, de milho, comestíveis (Capítulo 20).*

[Ato Legal: IN RFB nº 2.169/2023, vigente a partir de 01/02/2024]

Considerando que a escrita fiscal indica NCM 20059900, e que tais itens, por sua vez, não se amoldam ao conceito de “batata frita, inhame, mandioca fritos”, assiste razão ao Recorrente. Os itens devem ser excluídos da glosa, pois são tributados normalmente.

Sobre a “barra de frutas - barra supino”, convém de igual modo transcrever os itens supostamente relacionados, que do mesmo modo têm redação idêntica no Anexo 1 do RICMS-BA/12 para ambos os exercícios:

11.7	17.009.00	1806.9	Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau	Não tem	Não tem	63,90% (Aliq. 4%) 58,78% (Aliq. 7%) 50,24% (Aliq. 12%)	40%
------	-----------	--------	--	---------	---------	--	-----

O busílis está, então, em classificar a “barra de frutas” coberta por chocolate em “confeito” de chocolate, ou, como foi registrado na escrita fiscal, como “Fruta e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas de outro modo, mesmo com adição de açúcar ou de outros edulcorantes ou de álcool, não especificadas nem compreendidas noutras posições” (NCM posição 20.08).

Neste caso, a questão se me afigura um tanto mais polêmica, pois de fato insta perquirir se a mercadoria qualificada pelo fornecedor como “fruta preparada” deve ser reenquadrada como “confeito”.

Consultando a jurisprudência deste CONSEF, constato que uma autuação sobre tributação a menor de modo indevido (pelo enquadramento equivocado no regime de substituição tributária) foi mantida por esta 2ª Câmara, justamente para o item “barra de frutas”. Cuida-se do Acórdão CJF nº 0114-12/20-VD, j. em 28/05/2020, relator Conselheiro Eduardo Ramos de Santana. O julgado, em verdade, examinou recurso de ofício, mas a manutenção da tributação se consolidou em primeiro grau (quando do julgamento do Acórdão JJF nº 0147-02/19), em que se assentou a seguinte conclusão (grifou-se):

Observando que cientificado da Informação Fiscal prestada nos termos do art. 127, § 6º do RPAF, além de juntar DANFes de NFs de mercadorias destinadas à empresa autuada, o Impugnante se manifestou apenas repetindo as genéricas alegações contidas no texto da Impugnação, para as demais mercadorias objetos da autuação, tendo em vista que para serem subsumidas ao regime de tributação por ST a NCM e descrição constante do documento fiscal devem coincidir com a NCM e descrição constante no Anexo 01 do RICMS-BA,

conforme o relatório acima reproduzindo a detalhada Informação Fiscal inicial, todas as alegações defensivas foram acertadamente rechaçadas com as seguintes fundamentações:

Algumas **por não terem previsão de ST** por não estarem no Anexo 01 (osso palito pulgão, silicone tecovel aromat, balde com escorredor limpano, limpador de língua, caixa de papelão, desentupidor para pia, touca para banho, sabão cremoso higi calcinha, pulverizador export Guarany, polvilho para pés, escova para unha, pincel p/barba, granola, torta gelada, **barra de frutas**, peixe desfiado e arroz doce).

[...]

Ora, do contraditório instalado e já decidido sobre os itens “2” e “3” da diligência de fls. 632-634, resta decidir apenas sobre a divergência de entendimento relativa ao item “1”, ponto nuclear tido pelo Impugnante que, como se deriva do mandando para exclusão das operações relativas às operações com LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO, no caso, razão lhe cabe, tendo em vista que a verificação quanto à correta aplicação das disposições do art. 268, XXV, do RICMS-BA, deve ser efetuada pelo fisco no estabelecimento remetente, no caso, NESTLÉ, encaminhando as informações à repartição fiscal competente da circunscrição dos seus estabelecimentos remetentes da Bahia.

Nesse caso, cumprindo a diligência deferida, conforme Informação Fiscal de fls. 639-643 e novo demonstrativo suporte das infrações 01 e 02 constantes da mídia CD de fl. 644, a exclusão foi efetuada e novo demonstrativo de débito ajustando o crédito tributário em lapidação neste PAF foi efetuado.

[...]

Assim, repisando o entendimento expresso no pedido de fls. 632-634 relativo à correta aplicação das disposições do art. 268, XXV do RICMS-BA para produtos industrializados na Bahia a ser conferida nos estabelecimentos do fabricante situados neste Estado, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com o demonstrativo de débito original ajustado na forma exposta nas fls. 641-643, recomendando que as informações pertinentes excluídas deste PAF sejam remetidas às repartições fiscais de circunscrição do(s) fabricante(s) situados na Bahia.

Assim, diante da difícil missão em associar a “barra de frutas” coberta com chocolate seja como um “confeito” (como uma drácea de chocolate), ou com “produtos de confeitaria”, ou com “fruta preparada”, rendo-me ao precedente acima, em homenagem à coerência dos julgamentos deste Conselho.

Ante o exposto, neste item de mérito (sobre as glosas), sou pelo provimento do Recurso Voluntário, para excluir do lançamento as glosas referentes a “milho gigante ori”, “milho gigante api”, “milho espanhol”, e “barra de frutas - barra supino”.

Seguindo nas demais alegações formuladas pelo Sujeito Passivo, não lemos nos autos, nem mesmo por indícios, elementos que gerem convicção a respeito da “inexatidão dos lançamentos” efetuados pela sociedade empresária em seus livros e fichas (art. 226 do Código Civil).

À míngua de outras provas, cujo ônus deve ser cometido à sociedade empresária dado que a auditoria se fez a partir dos seus escritos, a consequência jurídica que se extrai é pela higidez do lançamento.

No caso, não há que se falar em *in dubio pro contribuinte* (art. 112 do CTN), pois não se estabeleceu, na comparação dos elementos dos autos, qualquer dúvida razoável a viabilizar, à luz do CTN, o reconhecimento de infração diversa, ou a aplicação de penalidade diversa daquela que se lê no Auto de Infração.

Rejeito, portanto, também essas duas arguições acerca de questões formais.

Sobre a multa aplicada, penso que agiu com acerto o órgão de piso.

A discussão em torno da inconstitucionalidade da multa aplicada deve ser afastada nesta esfera administrativa. Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir ao CONSEF competência para, dentre outras, declarar inconstitucionalidade, e apreciar ato emanado de autoridade superior - art. 125 do COTEB (art. 167 do RPAF/99).

No caso em análise, as hipóteses das multas estão enquadradas na Lei Estadual vigente (incisos do art. 42 da Lei nº 7.014/96), não havendo adequação ou revisão a ser procedida.

Em conclusão, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo-se o Auto de Infração julgado PROCEDENTE EM PARTE (em maior

grau que no primeiro grau, para excluir do lançamento as mercadorias “milho gigante ori”, “milho gigante api”, “milho espanhol”, e “barra de frutas - barra supino”), sendo rejeitadas as teses de nulidade aventadas pela Recorrente.

É como voto.

VOTO SEPARADO (Quanto ao produto “barra de frutas - barra supino”)

No voto proferido o n. Relator em relação ao produto “barra de frutas - barra supino”, indicou como precedente (pelo enquadramento equivocado no regime de substituição tributária) o Acórdão CJF nº 0114-12/20-VD, que teve a minha relatoria consolidando o julgamento do Acórdão JJF nº 0147-02/19.

Pela análise dos elementos contidos naquele e nesse processo contato que:

A) No Acórdão 0147-02/19 (decisão homologada no Acórdão CJF 0114-12/20-VD) foi apreciado:

CEREAL EM BARRA - NCM 1904.2000-O Anexo 1, do RICMS, vigente até 31.01.2017, trazia em seu item 11.7, os NCM 1904.1 e 1904.9 para os produtos salgadinhos a base de cereais. Já no Anexo 1 vigente a partir de 01.02.2017, passando a ser tratado no item 11.8, houve mudança na definição da nomenclatura de “salgadinhos” para “produtos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação.

Pesquisando a descrição do NCM relacionado ao produto descrito no levantamento fiscal – 1904.2000 na Tabela de Nomenclatura Comum do MERCOSUL, temos a seguinte descrição: “Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos”.

...

Portanto, o produto em questão não se inclui, pois refere-se a produtos obtidos de cereais não TORRADOS, mesmo que se misture a outros produtos torrados. Não fosse assim, o legislador especificaria o NCM 1902.2, ou então não efetuaria o detalhamento em 1904.1 e 1904.9, bastando mencionar 1904, que incluiria os torrados e não torrados.

B) No Acórdão JJF 0151-03/22, objeto desse Recurso Voluntário foi apreciado que:

• A.3 BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G

Diz, a agente Fiscal Revisora estranho ao feito, que a impugnante insiste que as barras de frutas estão classificadas equivocadamente com o NCM 1806.3120, na categoria de “chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas”. Então, demonstrando-se inadequadamente a classificação, não há que se incluir na barra de frutas supino na sistemática antecipada.

Analizando os demonstrativos revisados, constata-se, em 2018, a mercadoria 1-681023_2 - BARRA SUPINO 24X24 G, NCM 1806.9000, que consta no Anexo 1, do RICMS/BA no item 11.4 - outras preparações alimentícias contendo cacau. Como na composição da barra supino tem cacau, não existe correção a fazer nessa mercadoria.

Como prova que o NCM de BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G tem o NCM 1806.9000, a agente Fiscal Revisora, acosta aos autos o recorte da XML da nota fiscal 7481, com chave de acesso 2918080006396000613155300000074811077474617 à folha 208 dos autos.

O Anexo 1 do RICMS-BA indica:

11.4	17.004.00	1806.9	Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate	Não tem	Não tem	63,90% (Aliq. 4%) 58,78% (Aliq. 7%) 50,24% (Aliq. 12%)	40%
------	-----------	--------	---	---------	---------	--	-----

Ressalte se que mesmo que o produto tivesse a NCM 1806.3120, o mesmo seria enquadrado no item 11.2, do Anexo 1 do RICMS/BA – Chocolates contendo cacau, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 Kg.

Pelo exposto, constata se que:

a) O produto CEREAL EM BARRA tinha NCM 1904.2000 – “Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos” não constava no Anexo 1 do RICMS, que

contemplava na substituição tributária as NCM 1904.1 e 1904.9 (produtos salgadinhos a base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação) - Acórdão CJF Nº 0114-12/20-VD.

- b) O produto BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24 G tem a NCM 1806.3120 (*chocolate e outras preparações alimentícias contendo cacau*), conforme nota fiscal 7481 juntada à fl. 208, que consta no item 11.4 do Anexo 1 do RICMS/BA – Acórdão JF nº 0151-03/22-VD.

Dessa forma, pode se concluir que é equivocada a indicação pelo n. Relator da decisão contida no Acórdão CJF Nº 0114-12/20-VD como a do Recurso Voluntário interposto ao Acórdão JF Nº 0151-01/22 tendo em vista que naquela decisão foi apreciada situação de produto que não se enquadrava no regime de substituição tributária, tanto pelas características do produto, como também não estar indicado no Anexo 1 do RICMS/BA, enquanto na situação em questão, tanto as características do produto, como a NCM constam no Anexo 1 do RICMS/BA.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha ao ilustre Relator para divergir do seu voto tanto em relação ao Recurso de Ofício quanto ao Recurso Voluntário, pelas razões que passarei a expor, concordando, entretanto, quanto ao afastamento das nulidades suscitadas, o indeferimento da perícia requerida, a manutenção das multas aplicadas e a não existência de dubiedades a serem analisadas à luz do Art. 112 do CTN.

A minha divergência está restrita à classificação na NCM e, conseqüentemente, no regime de substituição tributária dos produtos MOELA DE FRANGO, objeto do Recurso de Ofício, MILHO GIGANTE ORI, MILHO GIGANTE API, MILHO ESPANHOL e BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24G, todos objeto do Recurso Voluntário.

O produto MOELA DE FRANGO, classificado equivocadamente pelo Autuado e seu fornecedor como sendo da NCM 0504.00.90, está enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.35.0 do Anexo 1 do RICMS/12, posto que o NCM correto é o 0207, conforme discriminado nas tabelas abaixo (Anexo 1 do RICMS/12 e Tarifa Externa Comum).

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual / Estados signatários
11.35.0	17.087.00	0207 0209 0210.99 1501	Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves	Não tem

NCM	DESCRIÇÃO
02.07	Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05.
0207.1	De galos e de galinhas:
0504.00	Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados.
0504.00.90	Outros

Em que pese a alegação de que a moela seria estômago, não é esse o entendimento recorrente neste CONSEF, conforme os Acórdãos CJFs nºs 0091-11/20-VD, 0127-12/22-VD, 0019-12/23-VD, 0117-12/23-VD e 0119-11/23-VD.

Os produtos MILHO GIGANTE ORI, MILHO GIGANTE API e MILHO ESPANHOL, classificados equivocadamente pelo Autuado como sendo da NCM 2005.99.00, está enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.8, do Anexo 1 do RICMS/12, posto que o NCM correto é o 1904.10.00, conforme consta nas notas fiscais de aquisição e está discriminado nas tabelas abaixo (Anexo 1 do RICMS/12 e Tarifa Externa Comum).

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual / Estados signatários
11.8	17.030.00	1904.1 1904.9	Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação	Não tem

NCM	DESCRIÇÃO
19.04	Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (flocos de milho (corn flakes), por exemplo); cereais (exceto milho) em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados (com exceção da farinha, do grumo e da sêmola), pré-cozidos ou preparados de outro modo, não especificados

	<i>nem compreendidos noutras posições.</i>
1904.10.00	<i>Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação</i>
1904.90.00	<i>Outros</i>
20.05	<i>Outros produtos hortícolas preparados ou conservados, exceto em vinagre ou em ácido acético, não congelados, com exceção dos produtos da posição 20.06.</i>
2005.9	<i>Outros produtos hortícolas e misturas de produtos hortícolas:</i>
2005.99.00	<i>Outros</i>

Ressalto que o Relator se equivocou na interpretação das notas explicativas, as quais não excluem os produtos à base de milho da NCM 1904.10.00, ou seja, obtidos por expansão ou por torrefação, como é o caso dos produtos em análise, mas apenas os milhos em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados, pré-cozidos ou preparados de outro modo, não especificados nem compreendidos noutras posições (que é o caso das NCMs 1904.20.00 e 1904.30.00). Tanto é assim que o exemplo indicado na descrição é o de CORN FLAKES, que é elaborado a partir de milho.

Já o produto BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24G, classificado equivocadamente pelo Autuado como sendo da NCM 1806.31.20, está enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.4 do Anexo 1 do RICMS/12, posto que o NCM correto é o 1806.90.00, conforme consta nas notas fiscais de aquisição e está discriminado nas tabelas abaixo (Anexo 1 do RICMS/12 e Tarifa Externa Comum).

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual / Estados signatários
11.4	17.004.00	1806.9	Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate	Não tem

NCM	DESCRIÇÃO
18.06	Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau.
1806.3	Outros, em tabletes, barras e paus
1806.31	Recheados
1806.31.10	Chocolate
1806.31.20	Outras preparações
1806.90.00	Outros

Saliento que o Relator se equivocou ao classificar este produto na NCM 2008.10.00, pois as notas explicativas do Capítulo 18, exceto por poucas ressalvas, determina a classificação das preparações alimentícias que contenham cacau na NCM 18.06, conforme transcrito abaixo:

“1 - O presente Capítulo não compreende as preparações das posições 04.03, 19.01, 19.04, 19.05, 21.05, 22.02, 22.08, 30.03 ou 30.04.

2 - A posição 18.06 compreende os produtos de confeitaria que contenham cacau, bem como, ressalvadas as disposições da Nota 1 do presente Capítulo, as outras preparações alimentícias que contenham cacau.”

Destaco ainda que este produto, BARRA DE FRUTAS – BARRA SUPINO 24X24G, não poderiam estar classificadas na NCM 1806.31.20, como alegou o Autuado, pois são barras de frutas cobertas de chocolate, e não recheadas, as quais também estão enquadradas no regime de substituição tributária, no item 11.2, do Anexo 1 do RICMS/12.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 193.377,57, conforme demonstrativo de débito constante do CD/Mídia (fl. 215). A liquidação do julgado fica definida da seguinte maneira:

Data Ocorr	Data Vencido	Valor Auto Infração – R\$	Valor Auto Infração após Informação Fiscal – R\$
31/01/2017	09/02/2017	23.485,41	7.187,81
28/02/2017	09/03/2017	17.450,32	5.917,14
31/03/2017	09/04/2017	21.285,29	5.009,72
30/04/2017	09/05/2017	14.748,32	4.106,78
31/05/2017	09/06/2017	26.926,85	4.547,53
30/06/2017	09/07/2017	24.621,67	6.129,84
31/07/2017	09/08/2017	29.439,40	9.783,28

31/08/2017	09/09/2017	31.818,65	9.642,95
30/09/2017	09/10/2017	31.612,88	5.301,64
31/10/2017	09/11/2017	33.820,40	6.103,90
30/11/2017	09/12/2017	36.303,34	13.242,70
31/12/2017	09/01/2018	32.836,29	8.705,48
31/01/2018	09/02/2018	22.504,79	4.718,87
28/02/2018	09/03/2018	15.611,98	2.059,02
31/03/2018	09/04/2018	60.902,17	34.859,57
30/04/2018	09/05/2018	33.500,20	6.229,74
31/05/2018	09/06/2018	15.878,55	2.259,89
30/06/2018	09/07/2018	35.753,97	12.245,96
31/07/2018	09/08/2018	19.279,56	4.594,15
31/08/2018	09/09/2018	24.651,07	5.215,15
30/09/2018	09/10/2018	26.140,25	8.325,25
31/10/2018	09/11/2018	28.008,16	5.288,70
30/11/2018	09/12/2018	21.000,54	3.900,36
31/12/2018	09/01/2019	38.097,36	18.002,14
Remanescente Infração 01		665.677,42	193.377,57

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108529.0009/20-5**, lavrado contra **WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 193.377,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Fernando Antonio Brito de Araújo e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira, Gabriel Henrique Lino Mota e João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

VOTOS VENCEDOR e EM SEPARADO* (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Gabriel Henrique Lino Mota, Fernando Antonio Brito de Araújo, João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes e Eduardo Ramos de Santana*.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS