

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0001/22-9
RECORRENTE	- MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF n° 0325-12/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0162-11/24-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição). Assim, é forçoso reconhecer que inexiste, no presente caso, o direito ao conhecimento do Pedido de Reconsideração da Decisão do segundo grau arguido pelo Contribuinte, conformidade com os temos do art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em relação ao Acórdão CJF N° 0325-12/23-VD, que modificou a Decisão de piso, em sede de Recurso Voluntário, em que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2022, no valor de R\$ 134.645,75, pela constatação do cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para fatos apurados em janeiro de 2017 a dezembro de 2017, fevereiro, abril a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 20.242,83 mais multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, para fatos apurados em janeiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2017 fevereiro, abril, junho a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 12.784,54 mais multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 310, inc. II do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, para fatos apurados em janeiro a março, junho, julho, setembro a dezembro de 2017, fevereiro, abril, maio, novembro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 577,54 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a maio, julho a novembro de 2017, janeiro, março, junho e agosto de 2018. ICMS no valor de R\$ 10.476,09 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro a maio, agosto, setembro, novembro, dezembro de 2017, janeiro a abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 5.287,82 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, para fatos apurados em novembro de 2017, maio e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 404,55 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, para fatos apurados em janeiro a abril, junho a novembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 2.167,08 acrescido da multa de 60% tipificada no 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro, a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 396,47 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 09 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro, a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 607,01 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 10 – 16.01.06 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 2.319,03 tipificada no 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão JJF Nº 0177-05/22-VD (fls. 100 a 109), com base no voto a seguir transcrita:

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

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

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

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

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

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

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

estabelecimento. Irregularidade procedente.

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

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

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

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

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

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

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

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

Amendoins: dentro do intervalo autuado, estão enquadrados na substituição tributária, conforme Anexo I 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 I 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 I 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 I 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 I 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 defensor 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 trágados 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:

Infrações	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.

O Autuado interpôs Recurso Voluntário, com supedâneo no Art. 169, I, “b” do RPAF/99, tendo a 2ª CJF decidido pelo seu Provimento Parcial, modificando a Decisão recorrida, porém mantendo a sua Procedência Parcial, em decisão unânime, mediante o Acórdão CJF Nº 0325-12/23-VD (fls. 131 a 143), com base no voto a seguir transcrito:

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 praticadas 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 o 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 I, 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 I, 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 I, 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 VOLETERA 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 1601000: (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)

Merce 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)

Merce 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 I 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 I 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 I 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 divirjo 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 I 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.

Ainda inconformado, o Autuado interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 153 a 154), com base no Art. 169, I, “d” do RPAF/99, por violação a princípios basilares do preceesso administrativo fiscal, conforme os seguintes termos:

Diz que o princípio da verdade material é basilar ao processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

O princípio da verdade material é basilar ao processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Dessa forma, o processo administrativo deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais do Contribuinte relacionados à Administração Pública para enfrentar os conflitos de interesses entre ambos.

No caso presente, o auto de infração foi lavrado para exigir ICMS em operações que seguiram todos os preceitos normativos atinentes ao imposto.

Tal equívoco culminou na exigência de tributo de forma indevida, pois extrapolou o campo de tributação legalmente determinado, o que acaba por macular integralmente a autuação.

Nesse cenário, portanto, devem ser considerados todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos administrativos fiscais de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e na investigação dos fatos.

É premente nesse momento a busca pela realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentam apenas à verdade formal dos fatos.

Assim sendo, o próprio órgão fazendário deve promover, de ofício, as investigações necessárias à elucidação da verdade material, para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa e coerente com a verdade. Ou seja, a prova deve ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil.

Isso porque, no processo administrativo deve-se sempre buscar a verdade, em respeito também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o do interesse público. A Autoridade Administrativa, portanto, pode (e deve) buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, promovendo diligências averiguatórias e probatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade, podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Assim, a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo.

Conclui-se, portanto, que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível.

Dessa forma, ao exigir-se ICMS sobre operações que estão fora do campo de incidência do tributo, a consequência foi a mancha com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo a medida que se impõe, o decreto de anulação da integralidade do auto de infração.

Diante do exposto, a Contribuinte requer seja dado integral provimento ao presente Pedido de Reconsideração, para anular integralmente o auto de infração.

VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 2^a CJF contida no Acórdão Nº 0325-12/23-VD (fls. 131 a 143), o qual deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob nº 298958.0001/22-9.

Pois bem, tratando-se de pedido de reconsideração, por se tratar de espécie recursal de natureza extraordinária, diferentemente daquilo que ocorre com as demais modalidades recursais, faz-se necessário que preencha os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cuja redação reproduzo abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

(...)

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal; (grifos acrescidos); (...)"

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima transscrito, são dois os requisitos para o cabimento do presente recurso, quais sejam, que a decisão recorrida tenha tido por objeto um recurso de ofício, bem como que tenha reformado, no mérito, a decisão de primeira instância.

Examinando a decisão da 2^a CJF, Acórdão nº 0325-12/23-VD, vê-se que não teve por objeto examinar Recurso de Ofício, mas sim Recurso Voluntário, ao qual deu Provimento Parcial, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

“2^a 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.

Ora, tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição).

Assim, é forçoso reconhecer que inexiste, no presente caso, o direito ao Pedido de Reconhecimento arguido pelo Contribuinte, em conformidade com os termos do art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação de que a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, à luz do seu entendimento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo, entendo que tal assertiva não corresponde ao levantamento fiscal, já que, seja na decisão de primeira instância, ou seja, na decisão de segunda instância, todos os argumentos trazidos pelo defendantee aos autos foram enfrentados, inclusive os membros da 2ª Câmara, em sede recurso voluntário, quando entenderam, em relação aos argumentos recursais, restar razão ao defendantee, modificaram a Decisão recorrida, reduzindo o saldo remanescente da autuação.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298958.0001/22-9, lavrado contra MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o corrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 121.482,36, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso VII, alínea “a” e inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS