

A. I. N° - 299430.0013/23-6
AUTUADO - SUPERMERCADO OGUNJÁ LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.04.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0057-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Excluídos os itens enquadrados do regime de substituição tributária, bem como aqueles que desfrutaram de tratamento jurídico isentivo. Infração elidida em parte Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2023 (ciência em 26/09/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 549.723,36, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - 003.002.002: Recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa: 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 56/57 (verso), mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Alega que existem produtos lançados nos demonstrativos que são isentos ou que se enquadram no regime de substituição tributária. Afirma que o produto acetona de NCM 29141100 não é cosmético para fins de adicional de 2% na alíquota.

Alega que os produtos são:

item	DESCRICAO	ncm	observação
422	DAMASCO PREMIUM KG	08091000	isento
2743	XEREM POLIGRAOS 500GR	11031300	isento
6517	FARINHA DE ROSCA YOKI 500G	19059090	st
7900	XEREM VITAMILHO 500G	11031300	isento
10693	ACETONA FARMAX 100ML	29141100	não é cosmético
10693	ACETONA FARMAX 100ML	29141100	não é cosmético
11472	VODKA BLUE SPIRIT ICE LN 275ML	22089000	st
14694	BISC CAMIL MINI DE ARROZ 150G	19041000	st
17322	VODKA BIRINIGHT ICE 375ML	22089000	st
20079	MAC INST MAGGI NATUSABOR TOM/ERVAS 60G	21039021	st
21223	PIMENTA CALABRESA TROPICANA 8G	09042200	isento
22495	SAL GROSSO PALADAR 500G	25010020	isento
23083	SMIRNOFF ICE ORIGINAL LONG NECK 275ML	22089000	st
25100	ICE BALALAIKA LIMAO 275ML	22089000	st
25122	SMIRNOFF ICE STORM LATA 269ML	22089000	st
26960	BISC POLVILHO NAZINHA TRAD 100G	19053100	st
26961	BISC POLVILHO NAZINHA QJO 100G	19053100	st
26962	BISC POLVILHO NAZINHA CEB SALS 100G	19053100	st
28106	CD PALMOLIVE CAC LIVRES 350ML	33059000	não é cosmético
28320	ALGODAO RICCA DISCO 50UN 3218	30059090	st
28475	BISC POLVILHO NAZINHA BACON 100G	19053100	st

29818	BISC ARROZ C/PIMENTA CAMIL 150G	19041000	st
30886	ALGODAO RICCA QUADRADO 50UN 3216	30059090	st
31335	PISTACHE C CASCA MARATA 50G	08025100	isento
31415	MACA PERUANA TROPICALIA NAT 100G	11062000	isento
31418	SAL ROSA HIM FINO TROPIC NAT 250G	25010090	isento
31420	SAL ROSA HIM GROS TROPIC NAT 250G	25010090	isento
31506	BISC KELLOGGS BRIGADEIRO 240G	19041000	st
31506	BISC KELLOGGS BRIGADEIRO 240G	19053100	st
33237	SAL GROSSO S CHAPADA 500G	09109900	isento
33237	SAL GROSSO S CHAPADA 500G	09109900	isento
33257	SAL ROSA HIMALAIA S CHAPADA 100G	25010020	isento
33257	SAL ROSA HIMALAIA S CHAPADA 100G	25010020	isento
33396	WAFFER CHOC HERSHEY'S MAIS 102G	19053200	st
33610	BISC DE LICURI 150G	19042000	st
34051	BISC SUCRILHOS CHOC 130G	19053100	st
34052	BISC SUCRILHOS LEITE 130G	19053100	st
34053	BISC RECH SUCRILHOS LEITE 105G	19053100	st
34054	BISC RECH SUCRILHOS CHOC 105G	19053100	st
34055	BISC SUCRILHOS CHOC 168G	19053100	st
34937	COXINHA DA ASA EMP SADIA 400G	02071400	st
35514	BROCOLIS FLORETE 300G	07108000	isento
35525	BISC RECH SUCRILHOS LEITE 168G	19053100	st
36392	COUVE FLOR SADIA CG 300G	07108000	isento
36871	XEREM DULAR 500GR	11031300	isento
41917	ALGODAO COTTON ROLO 50G	30059090	st

Requer revisão do lançamento.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 63-B/67, o autuante presta informação fiscal, oportunidade em que tece as seguintes considerações.

Informa que o presente trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFES) constantes no banco de dados da SEFAZ-Ba, durante o terceiro trimestre de 2023, abrangendo o período de 19/02/2019 a 31/12/2021, tendo resultado em quatro autos de infração, sendo que o presente tem valor total de R\$ 1.023.053,08, em razão de aplicação de alíquota nas saídas diversa da legislação.

Analisando a petição impugnatória, explica que, em sua defesa, o contribuinte alega que existem entre os itens da infração produtos isentos, enquadrados no regime da substituição tributária e alguns que não são cosméticos, entretanto, não dá nenhuma explicação como ele chegou a esta conclusão.

Em primeiro lugar, lembra que a infração diz respeito a erros na alíquota nas vendas, portanto, as saídas de todos os produtos foram tributadas pelo contribuinte, porém ele usou, em 99% delas, a alíquota de 7%, o que denota incoerência do contribuinte em afirmar a existência de situações de isenção ou substituição tributária.

Com relação ao “CD palmolive cac livres 350ml” (código 28106), admite que realmente houve um enquadramento errado feito pela fiscalização. Sendo assim, informa que foi reduzida a alíquota de saídas de 20 para 18%, reduzindo, consequentemente, o valor da infração para este item.

Já o produto “xerem dular 500gr” (código 36871), afirma que não é isento, mas admite que sua alíquota de tributação nas entradas e nas saídas é, de fato, 7%, resultando em sua retirada da infração.

No caso da “acetona farmax de 100ml” (código 10693), afirma que se trata de produto classificado como cosmético, conforme Instrução Normativa nº 05/2016, da Superintendência de Administração Tributária, pela qual incide adicional do Fundo Estadual de Combate à Pobreza “*preparações para manicuros e pedicuros, incluindo removedores de esmaltes à base de acetona*”. Como prova, junta planilha com as entradas da “acetona farmax de 500ml” (código 117358) na EFD do contribuinte e amostra de notas fiscais de entradas (já que não foram identificadas entradas com o código 10693) e também outra planilha com todas as saídas feitas pelo próprio contribuinte da “acetona farmax de 100ml”, demonstrando a tributação de 20%.

Ademais, ressalta que o site da Farmax é explicativo quando se refere a este produto (disponível em <https://www.farmax.com.br/removedor-esmalte-com-acetona-farmax-100ml-e12/p>), logo enquadrado no disposto da IN mencionada:

“O Removedor de Esmalte com Acetona Farmax 100ml foi formulado para retirar o esmalte das unhas sem ressecar e causar danos às unhas. O produto tem como base a acetona, ingrediente com alta eficiência na remoção de esmaltes, mas também contém glicerina, que hidrata as unhas e cutículas.”

Para os demais produtos, apresenta, a seguir, considerações que afastam a possibilidade de serem isentos ou enquadrados no regime da substituição tributária.

item	DESCRICAÇÃO	ncm	Observação
41917	ALGODAO COTTON ROLO 50G	30059090	não é medicamento
28320	ALGODAO RICCA DISCO 50UN 3218	30059090	não é medicamento
30886	ALGODAO RICCA QUADRADO 50UN 3216	30059090	não é medicamento
29818	BISC ARROZ C/PIMENTA CAMIL 150G	19041000	não é produzido com trigo
14694	BISC CAMIL MINI DE ARROZ 150G	19041000	não é produzido com trigo
33610	BISC DE LICURI 150G	19042000	não é produzido com trigo
31506	BISC KELLOGGS BRIGADEIRO 240G	19041000	não é produzido com trigo
28475	BISC POLVILHO NAZINHA BACON 100G	19053100	não é produzido com trigo
26962	BISC POLVILHO NAZINHA CEB SALS 100G	19053100	não é produzido com trigo
26961	BISC POLVILHO NAZINHA QJO 100G	19053100	não é produzido com trigo
26960	BISC POLVILHO NAZINHA TRAD 100G	19053100	não é produzido com trigo
34054	BISC RECH SUCRILHOS CHOC 105G	19053100	não é produzido com trigo
34053	BISC RECH SUCRILHOS LEITE 105G	19053100	não é produzido com trigo
35525	BISC RECH SUCRILHOS LEITE 168G	19053100	não é produzido com trigo
34051	BISC SUCRILHOS CHOC 130G	19053100	não é produzido com trigo
34055	BISC SUCRILHOS CHOC 168G	19053100	não é produzido com trigo
34052	BISC SUCRILHOS LEITE 130G	19053100	não é produzido com trigo
35514	BROCOLIS FLORETE 300G	7108000	produto industrializado
36392	COUVE FLOR SADIA CG 300G	7108000	produto industrializado
34937	COXINHA DA ASA EMP SADIA 400G	2071400	produto industrializado
422	DAMASCO PREMIUM KG	8091000	fornecedores consideram tributados
6517	FARINHA DE ROSCA YOKI 500G	19059090	fornecedores consideram tributados
25100	ICE BALALAIKA LIMA 275ML	22089000	não é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%
20079	MAC INST MAGGI NATUSABOR TOM/ERVAS 60G	21039021	fornecedores consideram tributados
31415	MACA PERUANA TROPICALIA NAT 100G	11062000	não é medicamento
21223	PIMENTA CALABRESA TROPICANA 8G	9042200	produto industrializado
31335	PISTACHE C CASCA MARATA 50G	8025100	produto industrializado
22495	SAL GROSSO PALADAR 500G	25010020	é sal para churrasco, e não de cozinha
33237	SAL GROSSO S CHAPADA 500G	9109900	é sal para churrasco, e não de cozinha
31418	SAL ROSA HIM FINO TROPIC NAT 250G	25010090	é sal para churrasco, e não de cozinha
31420	SAL ROSA HIM GROS TROPIC NAT 250G	25010090	é sal para churrasco, e não de cozinha
33257	SAL ROSA HIMALAIA S CHAPADA 100G	25010020	é sal para churrasco, e não de cozinha
23083	SMIRNOFF ICE ORIGINAL LONG NECK 275ML	22089000	não é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%
25122	SMIRNOFF ICE STORM LATA 269ML	22089000	não é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%
17322	VODKA BIRINIGHT ICE 375ML	22089000	não é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%
11472	VODKA BLUE SPIRIT ICE LN 275ML	22089000	não é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%
33396	WAFFER CHOC HERSHEY'S MAIS 102G	19053200	não é produzido com trigo
2743	XEREM POLIGRAOS 500GR	11031300	tributação de 18%
7900	XEREM VITAMILHO 500G	11031300	tributação de 18%

E, para reforçar que os produtos acima são tributados normalmente, junta uma outra planilha com as entradas na EFD do contribuinte, amostras de notas fiscais de entradas e mais uma planilha com todas as saídas efetuadas pelo contribuinte, sendo que “*nesta, pode-se verificar que ele*

alterna a tributação dos produtos em determinados meses, colocando alíquotas erradamente menores, a grande maioria, repito, de 7%". No caso do "sal grosso" e "sal rosa", informa que as aquisições foram feitas a um industrial enquadrado no Simples Nacional, que permitiria crédito presumido de 12%, conforme NFE que junta, mas o contribuinte preferiu não o usar, segundo atesta.

Feitas estas considerações, apresenta o novo demonstrativo da infração, após a retirada do "xerem dular 500gr" (código 36871) e da redução da alíquota "CD palmolive cac livres 350ml" (código 28106) de 20 para 18%, o que leva à redução do valor lançado para R\$ 549.689,05, conforme folha 67.

Pautado para julgamento na sessão do dia 04/03/2024, presente, o advogado do Sujeito Passivo alegou não ter tomado conhecimento do teor da informação fiscal produzida pelo autuante. Solicitou abertura de prazo para que pudesse contrapor os seus argumentos.

Adiado o PAF para julgamento na sessão do dia 18/03/2024, o Sujeito Passivo apresentou manifestação, acostada às folhas 136/140, oportunidade em que aduziu os seguintes argumentos.

Afirma que não existe incoerência do contribuinte em afirmar a existência de situações de isenção ou substituição tributária.

Quanto aos produtos do tipo "xerém", de NCM 11031300, alega existir consenso, na segunda instância do CONSEF, de que se trata de espécie de fubá, com diferenciação na granulometria do produto, estando alcançado pelo benefício fiscal da isenção.

Em relação aos produtos tidos como fubá de milho, defende que a isenção alcança todos os grumos e sêmolos e os grãos esmagados ou em flocos, de milho, classificados, respectivamente, nos códigos 1102.20, 1103.13 e 1104.19, todos da TIPI. Argumenta que o art. 1º da Lei Federal nº 10.925, de 23/07/2004, em seu inciso IX, estabelece a redução a 0 (zero) para as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes na importação e sobre a receita bruta de venda no mercado interno de farinha, grumos e sêmolos, grãos esmagados ou em flocos, de milho, classificados, respectivamente, nos códigos 1102.20, 1103.13 e 1104.19, todos da TIPI.

Assim, considera que os produtos do tipo "fubá de milho", previstos como isentos do ICMS na legislação baiana, alcança todas as espécies favorecidas pela redução a 0 (zero) para as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS. Nesse sentido, argumenta que os NCMs de códigos 1103.13 e 1104.19 da TIPI são os balizadores para as espécies de fubá de milho alcançadas pela isenção.

Quanto ao produto "acetona farmax 110ml", de NCM 2914.11.00, alega que não está enquadrado na Instrução Normativa nº 05, de 2016. Explica que o produto indicado na Instrução Normativa nº 05, de 2016, relacionada a acetona, é o do tipo "removedor de esmalte a base de acetona", de NCM 3304.3.

Transcreve trecho da tabela TIPI para, a seguir, concluir que o produto "acetona farmax 110ml", de NCM 2914.11.00, não está contemplado na Instrução Normativa nº 05, de 2016.

Quanto ao produto tipo algodão, de NCM 3005.9090, alega que está enquadrado na substituição tributária, conforme item 9.11, do Anexo 1 do RICMS, vigentes em 2019, 2020 e 2021. Transcreve trecho do Anexo 1 do RICMS/12 (Item 9.11), em apoio aos seus argumentos.

Quanto aos produtos tipos "biscoito" e "wafer", nas suas diversas descrições, alega que estão contemplados no Anexo 1 do RICMS, nos itens 11.11.0, 11.11.1, 11.11.2, 11.12.0, 11.12.1, 11.12.2, 11.13.0, 11.13.1, 11.13.2, 11.14 e 11.15, vigentes em 2019, 2020 e 2021. Assevera que a alegação do auditor fiscal, de que "não é produto com trigo", é totalmente ultrapassada.

Quanto aos produtos dos capítulos 07, 08 e 09 da NCM, alega que são produtos hortícolas, frutas e especiarias, alcançados pelo benefício da isenção. Explica que os produtos indicados são:

item	DESCRICAO	ncm	observação
35514	BROCOLIS FLORETE 300G	07108000	isento
36392	COUVE FLOR SADIA CG 300G	07108000	isento
31335	PISTACHE C CASCA MARATA 50G	08025100	isento
422	DAMASCO PREMIUM KG	08091000	isento
21223	PIMENTA CALABRESA TROPICANA 8G	09042200	isento

Quanto ao produto "coxinha da asa", de NCM 0207.14.00, afirma que está contemplado no Anexo 1 do RICMS.

Quanto ao produto tipo "sal", alega que está contemplado pelo benefício fiscal da isenção, mesmo sendo do tipo grosso.

Quanto ao produto tipo massa alimentícia "macarrão instantâneo", alega que está contemplado no Anexo 1 do RICMS.

Quanto aos produtos do tipo "bebida alcoólica", de NCM 2208.90.00, alega que está contemplado no item 3.19, Anexo 1, do RICMS, vigente em 2019, 2020 e 2021, como bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%.

Quanto ao produto "maca peruana", reconhece que é tributado.

É o relatório.

VOTO

Como não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

Trata-se de infração única, cuja conduta foi descrita como “Recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”.

O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento, oportunidade em que apresentou tabela, relacionando os itens que contesta, com as correspondentes justificativas (vide folha 57, frente e verso).

O Autuante, por sua vez, acolhe alguns argumentos e rejeita a maior parte, momento em que, igualmente, apresenta tabela explicitando os motivos pelo quais não acolheu os argumentos defensivos (vide folha 66). Refaz o demonstrativo de débito, reduzindo o valor lançado.

Assim, passo a enfrentar os argumentos defensivos, tratando, individualmente, por ordem alfabética, cada um dos itens impugnados. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

Quanto à “ACETONA FARMAX 100ML”, embora o Autuante alegue que se trata de cosmético, não há previsão de classificação desta mercadoria como cosmético, na Instrução Normativa SAT 05/2016, tomando como base a NCM indicada nos documentos fiscais emitidos (2914.11.00), conforme se pode constatar pela leitura do texto do diploma normativo referido, abaixo transcrito.

“INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016

...

Relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

...

INSTRUÇÃO:

1 - Para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza serão considerados como cosméticos exclusivamente os produtos relacionados no Anexo Único desta Portaria.

...

CÓDIGO NCM	PRODUTO
3304.1	Produtos de maquiagem para os lábios
3304.20.1	Sombra, delineador, lápis para sobrancelhas e rimel
3304.20.9	Outros produtos de maquiagem
3304.3	Preparações para manicuros e pedicuros, incluindo removedores de esmaltes à base de acetona
3304.91	Pós, incluindo os compactos para maquiagem (exceto talco e polvilho com ou sem perfume)
3304.99.1	Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas; incluídos os esfoliantes
3304.99.9	Outros produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo os bronzeadores (exceto as preparações anti-solares e os cremes para assadura)
3305.2	Preparações para ondulação ou alisamento, permanentes, dos cabelos
3305.3	Laques para o cabelo, incluídos os fixadores e gel fixador
3305.9	Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores
3307.3	Sais perfumados e outras preparações para banhos
3307.9	Depilatórios, inclusive ceras; papéis perfumados e papéis impregnados ou revestidos de cosméticos; pastas (ouates), feltros e falsos tecidos impregnados, revestidos ou recobertos de perfume ou de cosméticos
2847	Água oxigenada 10 a 40 volumes, incluídas as cremosas exceto os produtos de uso medicinal
4818.2	Lenços de desmaquiar

Assim, entendo que assiste razão ao Sujeito Passivo neste ponto, devendo ser refeitos os cálculos, adotando-se, agora, a alíquota de 18%, ao invés de 20%, praticado pela autoridade fiscal.

Quanto ao “ALGODÃO ... (NCM 3005.90.90)”, possui razão o Sujeito Passivo, pois tal mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, Item 9.11 do RICMS/12 que previu a ST para “*Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos, e outros, acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários, não impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Neutra*”.

Assim, os algodões devem ser excluídos do demonstrativo de débito.

Quanto aos “BISCOITOS ...”, é importante destacar que deve ser feita uma distinção entre aqueles enquadrados nas NCM’s 1904 e os outros, enquadrados na NCM 1905. Os biscoitos cuja NCM é 1904, não possuem previsão de enquadramento no regime de substituição tributária. Tal tratamento jurídico-tributário se aplica às mercadorias abaixo descritas.

DESCRIÇÃO	NCM
BISC ARROZ C/PIMENTA CAMIL 150G	19041000
BISC CAMIL MINI DE ARROZ 150G	19041000
BISC DE LICURI 150G	19042000
BISC KELLOGGS BRIGADEIRO 240G	19041000
BISC KELLOGGS BRIGADEIRO 240G	19041000

Exatamente por isso, tais cobranças devem ser mantidas no presente lançamento.

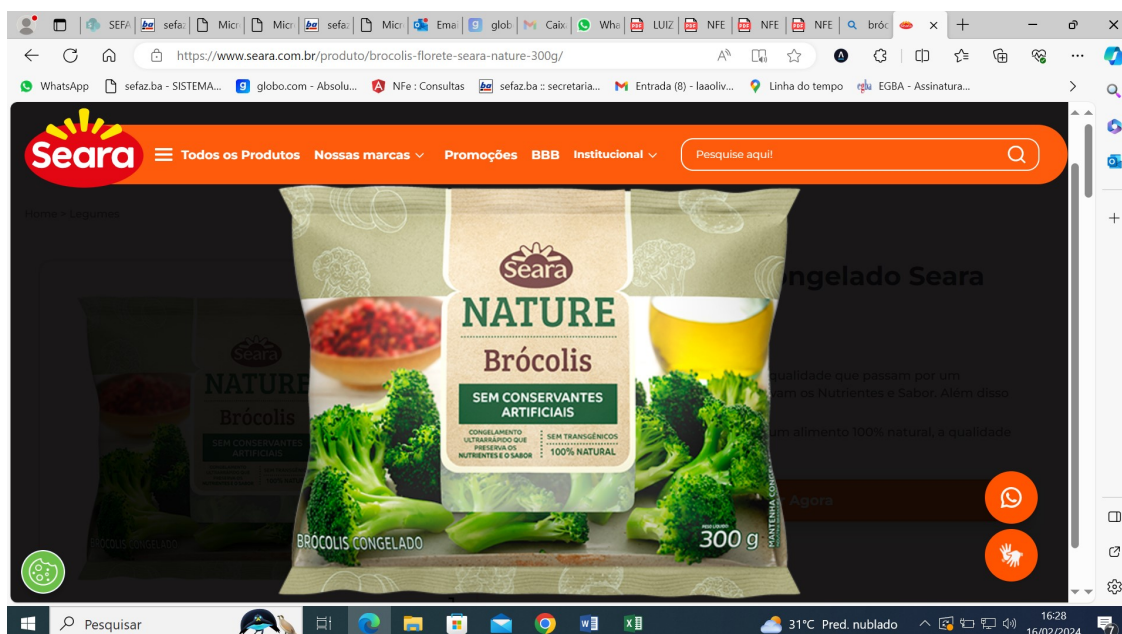
Quanto aos biscoitos cuja NCM é 1905.31.00, embora não sejam derivados da farinha de trigo (em coerência com o que afirma a fiscalização), tais itens estão enquadrados no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, Item 11.12.0 do RICMS/12 que previu a ST para “*Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo; (exceto dos tipos "cream cracker", "água e sal", "maisena" e "maria" e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial)*”.

Tal tratamento jurídico-tributário se aplica às mercadorias abaixo descritas.

DESCRIÇÃO	NCM
BISC POLVILHO NAZINHA BACON 100G	19053100
BISC POLVILHO NAZINHA CEB SALS 100G	19053100
BISC POLVILHO NAZINHA QJO 100G	19053100
BISC POLVILHO NAZINHA TRAD 100G	19053100
BISC RECH SUCRILHOS CHOC 105G	19053100
BISC RECH SUCRILHOS LEITE 105G	19053100
BISC RECH SUCRILHOS LEITE 168G	19053100
BISC SUCRILHOS CHOC 130G	19053100
BISC SUCRILHOS CHOC 168G	19053100
BISC SUCRILHOS LEITE 130G	19053100

Assim, tais itens devem ser excluídos do demonstrativo de débito.

Quanto ao “BRÓCOLIS FLORETE 300G” e ao “COUVE FLOR SADIA CG 300G”, embora tenha sido informada, nos documentos fiscais, a NCM típica de produto natural (0710.80.00), trata-se, em verdade, de produtos industrializados, pois congelados e acondicionados em embalagens de apresentação, conforme imagens abaixo.



De fato, a previsão de isenção para produtos hortifrutícolas se encontra estabelecida no art. 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/12, e teve como fonte material e normativa a regra fixada pelo Convênio 44/75, conforme abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

...”

Ocorre, todavia, que a isenção estabelecida no Convênio 44/75, citado, somente se aplica aos **hortifrutícolas em estado natural**, conforme Cláusula Primeira, inciso I, abaixo reproduzido.

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural (grifo acrescido):

a) abóbora, abobrinha, acelga, agrião, alho, aipim, aipo, alface, almeirão, alcachofra, araruta, alecrim, arruda, alfavaca, alfazema, aneto, anís, azedim;

b) batata, batata-doce, berinjela, bertalha, beterraba, brócolos;

c) camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho;

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;

e) flores, frutas frescas nacionais ou provenientes dos países membros da Associação Latino - Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho;

f) gengibre, inhame, jiló, losna;

g) mandioca, milho verde, manjeriço, manjerona, maxixe, moranga, macaxeira;

h) nabo e nabíça;

i) palmito, pepino, pimentão, pimenta;

j) quiabo, repolho, rabanete, rúcula, raiz-forte, ruibarbo, salsa, salsão, segurelha;

l) taioba, tampala, tomate, tomilho e vagem.

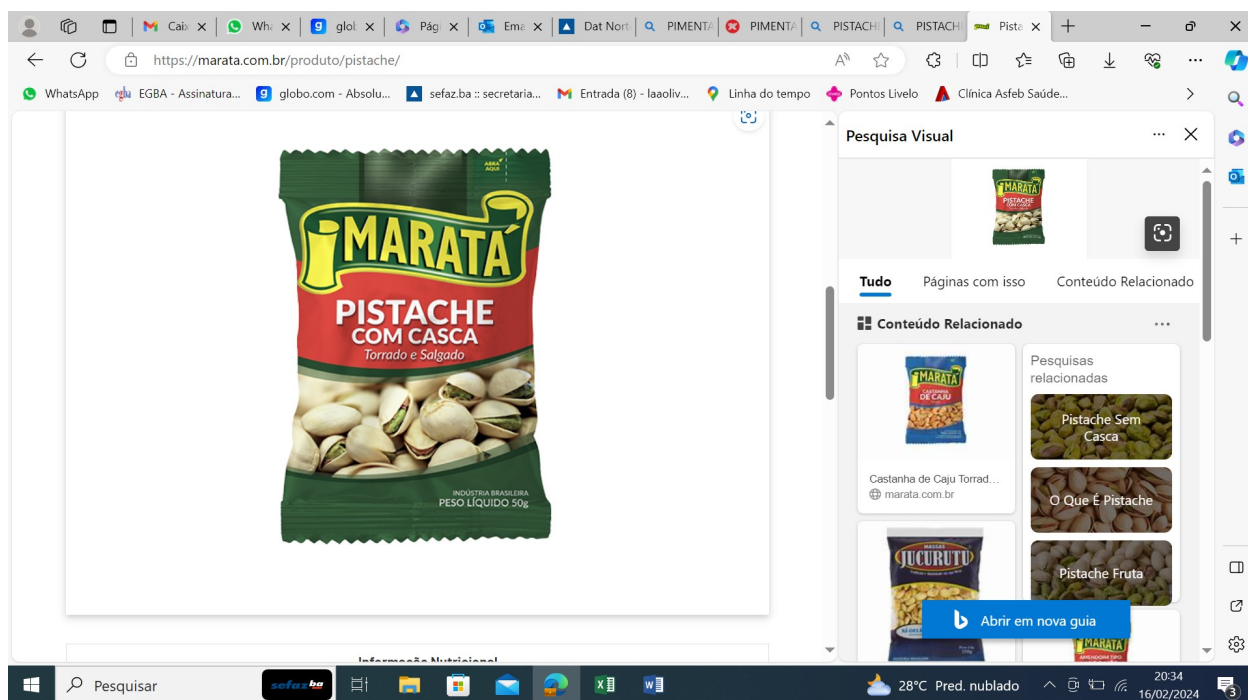
...”

Assim, entendo que não é possível reconhecer o benefício fiscal em exame para os produtos industrializados, como é o caso do “BRÓCOLIS FLORETE 300G” e do “COUVE FLOR SADIA CG 300G.

Por conseguinte, tais itens devem ser mantidos no lançamento.

O mesmo deve ocorrer com as mercadorias denominadas “PIMENTA CALABRESA TROPICANA 8KG” e “PISTACHE C CASCA MARATA 50G”, conforme imagens abaixo.





Quanto ao “CD PALMOLIVE CAC LIVRES 350ML (NCM 3305.90.00)”, possui razão o Sujeito Passivo, pois tal mercadoria não é cosmético, como aliás reconheceu o próprio Autuante. Assim, deve ser feito o demonstrativo de débito neste ponto, reduzindo a alíquota aplicada para 18% (ao invés de 20%).

Quanto à mercadoria descrita como “COXINHA DA ASA EMP SADIA 400G (NCM 0207.14.00)”, possui razão o Sujeito Passivo pois este item está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, Item 11.25.0 do RICMS/12 que previu a ST para “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves, exceto os descritos no CEST 17.087.02*”.

Tal item deve, portanto, ser excluído do demonstrativo de débito.

Quanto ao “DAMASCO PREMIUM KG”, possui razão o Sujeito Passivo, pois se trata de produto hortifrutícola em estado natural, cuja saída se subsume ao quanto estabelecido no Art. 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/12, acima transcrito. Operação isenta, portanto, devendo tal item ser excluído do levantamento fiscal.

Quanto à “FARINHA DE ROSCA YOKI 500G (NCM 1905.90.90)”, possui razão o Sujeito Passivo pois tal mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, Item 11.18.1 do RICMS/12 que previu a ST para “*Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03*”.

Tal item deve, portanto, ser excluído do demonstrativo de débito.

Quanto às mercadorias “ICE BALALAIKA LIMÃO 275ML”, “SMIRNOFF ICE ORIGINAL LONG NECK 275ML”, “SMIRNOFF ICE STORM LATA 269ML”, “VODKA BIRINIGHT ICE 375ML” e “VODKA BLUE SPIRIT ICE LN 275ML” (todos com NCM 2208.90.00), possui razão o Sujeito Passivo pois tais mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, Item 3.19 do RICMS/12 que previu a ST para “*Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%*”.

Como se trata de bebidas cujo teor alcoólico é de 5,0% (SMIRNOFF) e de 5,5% (VODKA e ICE BALALAIKA), inferiores, portanto, a 8%, devem, igualmente, ser excluídas do levantamento fiscal, as mercadorias abaixo especificadas.

MERCADORIA	NCM
ICE BALALAIKA LIMAO 275ML	22089000
SMIRNOFF ICE ORIGINAL LONG NECK 275ML	22089000
SMIRNOFF ICE STORM LATA 269ML	22089000
VODKA BIRINIGHT ICE 375ML	22089000
VODKA BLUE SPIRIT ICE LN 275ML	22089000

Quanto ao “MAC INST MAGGI NATUSABOR TOM/ERVAS 60G” (NCM 2103.90.21)”, embora se trate de massa instantânea, não existe previsão de substituição tributária pra esta NCM.

Assim, possui razão a fiscalização, devendo ser mantido este item no demonstrativo de débito.

Quanto à mercadoria descrita como “MACA PERUANA TROPICALIA NAT 100G” (NCM 1106.20.00)”, embora alegue tratar-se de item isento, o Sujeito Passivo não fundamentou o seu entendimento. Ao que parece, trata-se de suplemento alimentar industrializado, conforme imagem abaixo.



Entendo que assiste razão ao fisco, pois não há previsão de isenção para esta mercadoria na nossa legislação, por força do que deve ser mantida a exigência fiscal neste ponto.

Quanto às mercadorias descritas como “SAL GROSSO ...” e “SAL ROSA ...” (NCMs 0910.99.00, 2501.00.20 e 2501.00.90), embora se trate de “sal”, não se confundem com o “sal de cozinha”, item da cesta básica, beneficiado com isenção, nos termos do art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/12, abaixo reproduzido.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...

II – as saídas internas de:

...

d) sal de cozinha (grifo acrescido), fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17);

...”

De fato, a prerrogativa estatal de conceder a isenção em exame foi exercida por força da norma autorizativa, contida no Convênio 224/17 (expressamente mencionada pela alínea “d”, acima reproduzida),

“Autoriza as unidades federadas que menciona a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular que compõem a cesta básica.

...

Cláusula primeira Os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraná, Rio de Janeiro, Roraima, São Paulo e Sergipe ficam autorizados, na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica (grifos acrescidos).

Ora, sendo o Convênio 224/17, a fonte normativa e material da norma em análise, entendo que não seria possível fazer uma interpretação extensiva do benefício fiscal citado, vez que se estaria contrariando o quanto disposto no art. 111, inciso II do CTN, abaixo transcrito.

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

...

II - outorga de isenção;

...”

Esse é o entendimento da 2ª CJF, que enfrentou tal matéria no Acórdão CJF 0284-12/23, conforme ementa e trecho do voto abaixo, sufragado à unanimidade.

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0284-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que parte dos produtos autuados não integram a cesta básica e submetem-se a tributação normal. Assegurado o direito de crédito. Comprovada de acordo com o levantamento fiscal. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Reformada a decisão pela procedência em parte da infração 2. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

... A mesma apreciação é válida para o SAL DE COZINHA que o Convênio ICMS 224/17 (Art. 265, II do RICMS/BA) concede isenção para o produto básico, mas não compõem a cesta básica, os produtos autuados como SAL PARA CHURRASCO, SAL MESTRE KUKA P/CHURRASCO e SAL ROSA DO HIMALAIA (grifo acrescido).”

Assim, entendo que devem ser mantidos no levantamento fiscal os itens abaixo descritos.

MERCADORIA	NCM
SAL GROSSO PALADAR 500G	25010020
SAL GROSSO S CHAPADA 500G	9109900
SAL GROSSO S CHAPADA 500G	9109900
SAL ROSA HIM FINO TROPIC NAT 250G	25010090
SAL ROSA HIM GROS TROPIC NAT 250G	25010090
SAL ROSA HIMALAIA S CHAPADA 100G	25010020
SAL ROSA HIMALAIA S CHAPADA 100G	25010020

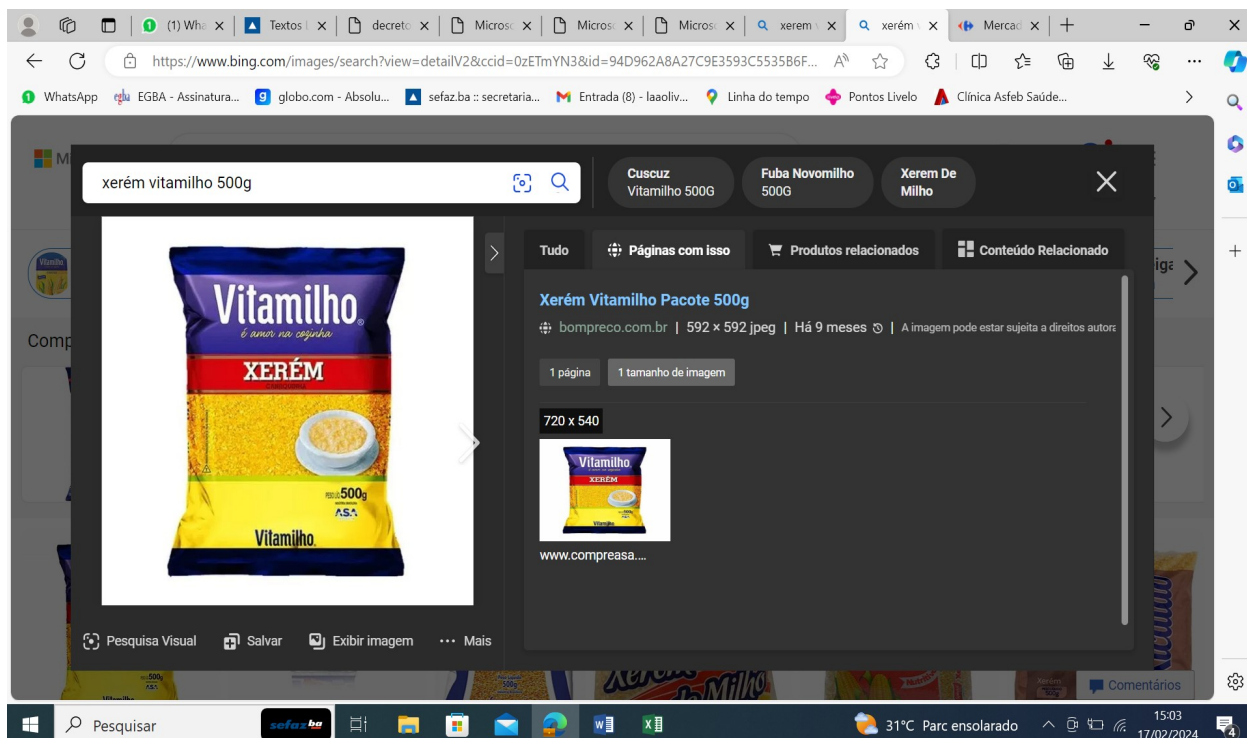
Quanto ao “WAFFER CHOC HERSHEY'S MAIS 102G (NCM 1905.32.00)”, possui razão o Sujeito Passivo pois tal mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária, conforme Anexo 1, itens 11.14 e 11.15 do RICMS/12 que previu a ST para “‘Waffles’ e ‘wafers’ - sem cobertura” e “‘Waffles’ e ‘wafers’ - com cobertura”.

Tal item deve, portanto, ser excluído do demonstrativo de débito.

Quanto ao “XEREM DULAR 500GR (NCM 1103.13.00)”, acolho o opinativo emitido pelo Autuante que concordou com o tratamento tributário dispensado, à mercadoria, pelo Sujeito Passivo, já que esta mercadoria foi tributada à alíquota de 7%, na entrada.

Assim, tal item deve ser excluído do levantamento.

Por fim, quanto às mercadorias denominadas como “XERÉM POLIGRÃOS 500GR” e “XERÉM VITAMILHO 500G” (cujas NCMs são 1103.13.00), não se trata de produtos isentos, mas de produtos industrializados, conforme imagem abaixo.



Aliás, a própria NCM informada nos documentos fiscais já denuncia esta condição, o que impede, tais mercadorias, de desfrutarem de benefício fiscal destinado a produtos em estado natural.

Assim, devem ser mantidos, tais itens, no levantamento fiscal.

Do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração, conforme demonstrativo abaixo.

Mes	Ano	VI Devido anterior	Redução	VlcmsDevido- Inf. Fiscal	RED. JJF	TOTAL
10	2019	109,40	-	R\$ 109,40	R\$ 3,37	R\$ 106,03
11	2019	126,55	-	R\$ 126,55	R\$ 2,83	R\$ 123,72
12	2019	4.171,52	0,95	R\$ 4.170,57	R\$ 5,53	R\$ 4.165,04
1	2020	47.450,75	0,95	R\$ 47.449,80	R\$ 29,03	R\$ 47.420,77
2	2020	3.656,11	0,47	R\$ 3.655,64	R\$ 73,89	R\$ 3.581,75
3	2020	102.235,30	0,63	R\$ 102.234,67	R\$ 116,77	R\$ 102.117,90
4	2020	55.239,34	1,20	R\$ 55.238,14	R\$ 129,61	R\$ 55.108,53
5	2020	45.276,95	0,70	R\$ 45.276,25	R\$ 320,28	R\$ 44.955,97
6	2020	114.815,80	1,12	R\$ 114.814,68	R\$ 200,92	R\$ 114.613,76
7	2020	19.561,06	1,73	R\$ 19.559,33	R\$ 37,17	R\$ 19.522,16
8	2020	2.114,82	0,34	R\$ 2.114,48	R\$ 1,97	R\$ 2.112,51
9	2020	5.999,01	0,84	R\$ 5.998,17	R\$ 4,76	R\$ 5.993,41
10	2020	4.289,05	-	R\$ 4.289,05	R\$ 9,42	R\$ 4.279,63
11	2020	4.134,29	0,36	R\$ 4.133,93	R\$ 22,40	R\$ 4.111,53
12	2020	19.662,80	0,55	R\$ 19.662,25	R\$ 106,71	R\$ 19.555,54
1	2021	14.298,57	-	R\$ 14.298,57	R\$ 7,66	R\$ 14.290,91
2	2021	21.121,22	-	R\$ 21.121,22	R\$ 76,01	R\$ 21.045,21
3	2021	14.395,12	0,98	R\$ 14.394,14	R\$ 19,80	R\$ 14.374,34
4	2021	19.042,90	1,54	R\$ 19.041,36	R\$ 96,67	R\$ 18.944,69
5	2021	25.566,85	3,03	R\$ 25.563,82	R\$ 24,48	R\$ 25.539,34
6	2021	2.030,81	3,34	R\$ 2.027,47	R\$ 16,62	R\$ 2.010,85
7	2021	5.097,65	4,28	R\$ 5.093,37	R\$ 1,14	R\$ 5.092,23
8	2021	6.039,26	2,71	R\$ 6.036,55	R\$ 11,01	R\$ 6.025,54
9	2021	3.174,91	3,24	R\$ 3.171,67	R\$ 9,11	R\$ 3.162,56
10	2021	2.452,19	1,05	R\$ 2.451,14	R\$ 19,13	R\$ 2.432,01
11	2021	4.026,99	1,24	R\$ 4.025,75	R\$ 2,09	R\$ 4.023,66
12	2021	3.634,14	3,06	R\$ 3.631,08	R\$ 9,38	R\$ 3.621,70
TOTAL		549.723,36	34,31	R\$ 549.689,05	R\$ 1.357,76	R\$ 548.331,29

VOTO DIVERGENTE (Quanto a exclusão do sal)

Sem embargo do detalhado voto do insigne Relator, prolatado com zelo e domínio do assunto, pedimos vênia para divergir parcialmente do seu entendimento, nomeadamente quanto a aspectos relacionados à infração 01.

Tratou o lançamento de ofício de considerar como insuficiente a tributação adotada pela empresa no que tange aos produtos “milho para pipoca” e “sal para churrasco”, não enquadráveis na norma que prevê a alíquota reduzida de 7%.

Referimo-nos ao comando contido no art. 16, I, “a”, da Lei 7.014/96, a saber:

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

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

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;(destaques da reprodução).

Apesar de ser razoável construir-se um fio de raciocínio de que as mercadorias elencadas na alínea transcrita pertencerem ao que se denomina na praxe de “produtos da cesta básica”, os quais não abrangem grãos de milho selecionados para fazer “pipoca” e sal “grosso”, usado em tempero de carnes para “churrasco”, não há como se extrair da norma citada este significado como o único possível para a melhor compreensão da norma.

Noutras palavras: tal conclusão, portanto, pode ser extraída a juízo do operador do direito, sem clarividente respaldo legal, na mesma linha de muitas outras conclusões que poderiam ser deduzidas, a exemplo da ideia de muitos produtos considerados de “cesta básica” na Bahia estarem inopinadamente excluídos do comando de lei, o que se afiguraria uma anomalia legislativa.

Reconhecidamente, carece a regra sob estudo da completude necessária para se saber se as mercadorias ali postas possuem este ou aquele objetivo.

Se fosse o intuito atingir mantimentos da “cesta básica”, deveria o legislador explicitar que os produtos ali referenciados pertenceriam a este grupo de alimentos. Se fosse o intuito do legislador contemplar exclusivamente gêneros alimentícios em estado natural, não seria incluído o “macarrão”. Ou se outro móvel justificasse a produção da norma, que viessem as mercadorias ali contempladas acompanhadas de um sinal característico.

Acontece que a disposição de lei em debate nenhuma referência faz a quaisquer particularidades. Limita-se a dizer que determinados produtos, apostos genericamente - sem qualquer classificação pormenorizada ou codificação na NCM - submetem-se à alíquota de 7%.

Se o produto “milho” está ali referenciado, de modo amplo, sem qualificativos que o individualize, qualquer tipo de milho, mesmo o industrializado, mesmo o mais caro e sofisticado, desde que não perdesse a substância, encontraria subsunção na citada norma. Inclusive o “milho para pipoca”.

Se o produto “sal para cozinha” está ali referenciado, de modo vasto, sem pormenores que o personifique, qualquer sal usado na cozinha, mesmo o de grânulos maiores, próprios para assar carnes na brasa, encontraria subsunção na norma.

Em se tratando de alíquota de ICMS e à vista do sub-princípio da tipicidade cerrada, somente a lei poderia trazer o discrímen jurídico para enquadrar esta ou aquela característica ao produto que se pretendeu conferir carga tributária diferenciada.

Pode-se até considerar ser a técnica da alíquota minorada um jeito de se conferir isenção parcial ao contribuinte, situação em que se aplicaria o art. 111, II, do CTN, vale dizer, de somente ser admitida a interpretação literal da norma tributária.

Nestas circunstâncias e tendo em vista os diversos veios de interpretação que podem exsurgir do comando legal multirreferido, preferimos aderir à máxima de “onde a lei não distingue, não caberá ao intérprete distinguir”, não obstante sabermos que tal assertiva poderá ser relativizada em diversos casos concretos.

Tal posicionamento serve até como um alerta ao legislador. É preciso preencher totalmente na descrição normativa o campo de aplicação a ser afetado pelo prescritivo criado, sobretudo em se tratando de dispositivos que regulam situações excepcionais, que escapam do sistema de tributação ordinária. Deve o legislador, *permissa venia*, corrigir os defeitos da norma, descrevendo na inteireza os qualificativos das mercadorias em que se busca efetivar uma carga tributária especial.

Pelo exposto, somos pela exclusão dos itens “milho para cozinha” e “sal para churrasco” do montante considerado procedente na infração 01, cujos montantes são os seguintes:

		Infração 1					
Data Ocorr	Data Vencto	Vl. Autuado	Sal	Milho de pipoca	Leite pó	Fl.	Julg. 5ª JJF
31/01/2017	09/02/2017	725,00	6,00	15,00	283,00	12	421,00
28/02/2017	09/03/2017	389,00		7,00		12	382,00
31/03/2017	09/04/2017	518,00		21,00		12	497,00
30/04/2017	09/05/2017	522,00		11,00		13	511,00
31/05/2017	09/06/2017	584,00		4,00		13	580,00
30/06/2017	09/07/2017	462,00				13	462,00
30/06/2017	09/07/2017	4,00				13	4,00
31/07/2017	09/08/2017	562,00				13	562,00
31/07/2017	09/08/2017	2,00				13	2,00
31/08/2017	09/09/2017	643,00				14	643,00
31/08/2017	09/09/2017	3,00				14	3,00
30/09/2017	09/10/2017	662,00				14	662,00
30/09/2017	09/10/2017	1,00				14	1,00
31/10/2017	09/11/2017	330,00		3,00		14	327,00
31/10/2017	09/11/2017	4,00				14	4,00
Total		5.411,00	6,00	61,00	283,00		5.061,00

Diante do exposto, votamos pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a redução parcial do valor exigido na infração 1 e improcedência total da infração 3, conforme resumo abaixo:

Infração	Autuado	Devido	Situação
1	5.411,00	5.128,00	Procedente em Parte
2	40.060,00	40.060,00	Procedente
3	3.059,00	-	Improcedente
4	364,00	364,00	Procedente
5	38.869,27	38.869,27	Procedente
6	19.320,00	19.320,00	Procedente
Total	107.083,27	103.741,27	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **299430.0013/23-6**, lavrado contra **SUPERMERCADO OGUNJÁ LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 548.331,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE
(quanto à exclusão do produto sal)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR