

A.I. Nº - 129712.0012/22-8
AUTUADO - HIPERIDEAL EMPREENDIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/06/2024

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0090-02/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A defesa alegou a inclusão no levantamento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas do ICMS. Constatadas procedentes parcialmente as alegações da defesa. Refeitos de ofício os cálculos em complementação a revisão fiscal procedida pela autuante. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 01/08/2022 para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 123.285,37, acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2019 a dezembro de 2021.

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

A autuada através de seus advogados, impugnou o lançamento, fls. 36 a 40, na qual após fazer uma breve descrição da autuação, informou que a defesa visa a improcedência da infração, uma vez que a autuação apenas ocorreu por mero equívoco da Fiscal, pois não incorreu na conduta imputada, visto que: (I) não foram recolhidos tributos de produtos sujeitos a substituição tributária; (II) não foram recolhidos tributos de produtos isentos; (III) houve o devido recolhimento dos tributos de determinados produtos; e (iv) a alíquota adotada pelo Fisco foi superior a determinada pela legislação estadual.

No tópico “*AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PRODUTO SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.*”, destaca que algumas mercadorias relacionadas no levantamento foram adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Afirma que acusação decorreu de equívoco da Fiscal quanto ao enquadramento das mercadorias, ao classifica-las como não substituídas, quando estão sob esse regime. Diz que para comprovar basta consultar no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente no período fiscalizado - Doc. 02 os itens relacionados na planilha anexa e demonstrar que se trata de mercadorias sujeitas a substituição tributária, de modo que não merece subsistir a infração.

Apresenta alguns exemplos:

- i) *Waffles e wafers* - a Fiscal não observou tratar-se de mercadoria sujeita à substituição tributária, visto que o seu NCM 1905.32, está elencado no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente no período fiscalizado, de modo que nenhum valor a recolher, sobre este produto - Doc. 03;
- ii) *Lasanha* - na alteração ocorrida em 2022, as massas alimentícias pré-cozidas passaram a compor o rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária, NCM 1902. Portanto, é indevida a sua

inclusão no rol de mercadorias tributadas, tendo em vista que o recolhimento foi efetuado mediante substituição - Doc. 03;

iii) *Pizzas* – a autuante repetiu o erro, vez que as pizzas pré-cozidas prontas e congeladas com recheio, NCM 1905.90.90 são considerados produtos de panificação sujeitos ao regime de substituição tributária - Doc. 03.

Conclui que os produtos relacionados já haviam encerrado sua fase de tributação. Portanto, o equívoco não pode onerar o contribuinte de forma a causar enriquecimento sem causa ao Fisco.

Ao tratar do item “*AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DE PRODUTO ISENTO.*”, imputa a autuante outro equívoco, agora em relação a tributação das mercadorias beneficiadas pela isenção, incluídas no levantamento, consequentemente, não pendentes de recolhimento de ICMS.

Apresenta como exemplo, o *ARROZ INTEGRAL CATETO VERMELHO MÃE TERRA 500 g* e o *ARROZ INTEGRAL RARIS 7 CEREAIS 500 g* - Doc. 03, indicados no levantamento como tributáveis. Contudo, de acordo com o art. 268, do RICMS/BA o produto é isento.

Acrescenta que se inclui neste item, produtos como *FUBÁ ORGÂNICA INTEGRAL MÃE TERRA 500 g* e *CEBOLA CONSERVA Kg*, que entende se tratar de produtos isentos.

Finaliza que, observando os argumentos da defesa, este Conselho verificará que houve um equívoco no lançamento das mercadorias, de modo que requer que a nulidade do mesmo

Complementa que também foram incluídos no levantamento, produtos já tributados, que constam como não tributados, como por exemplo: *PIPOCA CHEETOS CARAMELO 165 g*; *PIPOCA OKOSHI CANJICA C/SAL MAR 50 g*; *PIPOCA MAGRELA FIT ÓLEO COCO 35 g*, produtos que apesar de tributados, foram objeto de autuação.

Complementa que o mesmo equívoco ocorreu com o *PEITO TEMPERADO COZIDO SADIA TIRAS 2 kg*, gerando uma dupla tributação acerca de um mesmo fato gerador, conduta vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Pleiteia pelo reconhecimento da nulidade dos lançamentos, diante da irregularidade da autuação.

Acrescenta que o Auto de Infração se encontra, ainda, eivado de nulidade resultante do erro de cálculo no que se refere ao *charque*, mercadoria cujo cálculo do imposto foi realizado com alíquota de 18%, em evidente contrariedade com a legislação estadual, uma vez que a alíquota aplicável ao produto é de 12% conforme art. 268, inc. LI do RICMS/2012, transcrito.

Aponta que na planilha acostada aos autos - Doc. 04, consta que o recolhimento do ICMS referente ao *CHARQUE COXÃO kg*, *CHARQUE PONTA AGULHA BERTIN 500 g* e *CHARQUE DIANTEIRO kg*, foram efetuados, estando em consonância com o disposto na legislação vigente. Sendo assim, o lançamento não possui amparo legal, devendo ser reconhecida a sua nulidade.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente e ainda, a produção de provas em todos os meios admitidos, especialmente a posterior juntada e apresentação de documentos, inclusive os originais dos ora apresentados, acaso impugnados.

A autuante prestou a informação fiscal à fl. 133, onde declarou, em relação ao produto *Lasanha*, proceder a alegação da defesa, portanto a excluiu do levantamento.

Quanto aos produtos da cesta básica, especificamente o *arroz*, afirmou que aqueles que fizeram parte do levantamento não são produtos de consumo popular, como previsto no Convênio ICMS 224/17, citado no art. 265 do RICMS/2012, que relaciona os produtos da cesta básica e são contemplados com a isenção.

O novo valor do débito passa a ser R\$ 46.765,84, para 2019 e os demais exercícios, 2020 e 2021 ficam mantidos os valores originalmente apurados, conforme os novos demonstrativos, impressos e gravados em mídia, anexados a informação fiscal.

Conclui pelas razões e esclarecimentos, que o procedimento fiscal, é procedente em parte.

Notificada da informação fiscal através dos Correios, fls. 139 e 139-A a autuada se manifestou às fls. 141 a 143, na qual constatou que após a análise da Fiscal, foi reduzido apenas o valor da infração referente a 2019.

Aduz que após a revisão ainda restaram questões que merecem ser tratadas e esclarecidas, como o *Waffles e wafers* (CHOCO BIS, CHOC KITKAT); *Lasanha; Pizzas*, itens a serem excluídos da autuação: CHOCOLATE KITKAT DARK 415 g, CHOCOLATE BIS LACTA CHOCOLATE BCC 126 g, BOMBOM LACTA OURO BCC; LASANHA DONA BENTA PRÉ COZIDA 200 g, LASANHA PETYBON PRÉ COZIDA 200 g; PIZZA SADIA 4 QUEIJOS CONGELADA 460 g; PIZZA SADIA FGO CATUPIRY CONGELADA 460 g; PIZZA SEARA CALABRESA 460 g; PIZZA SEARA PORTUGUESA 460 g; PIZZA SEARA FGO QUEIJO 460 g.

Aduz que o repetido equívoco da autuante não pode onerar o contribuinte de forma a causar enriquecimento sem causa ao Fisco. Ademais, além do repetido erro apontado, ressalta que a autuada procedeu a correta tributação na saída dos produtos.

Requer que seja o Auto de Infração julgado totalmente improcedente em relação à parte impugnada.

A autuante tomou conhecimento da manifestação, fl. 146, e declarou que nada teria a acrescentar além daquilo já posto na informação anterior.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de deixar de recolher o ICMS decorrente de operações de saídas de mercadorias tributáveis como se não tributáveis fossem, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e explora a atividade econômica de CNAE-Fiscal 4693-1/00 - Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários.

O contribuinte foi notificado do início da ação fiscal em 18/04/2022 através do Termo de Início de Fiscalização encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 07 e 08 e foi intimado a apresentar defesa ou quitar o débito levantado, também via DT-e em 03/08/2022, fls. 31 e 32, oportunidade que recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos, elaborados pela autuante de forma clara e objetiva, contendo todos os elementos e informações necessárias à perfeita cognição da infração.

Os demonstrativos encontram-se anexados aos autos na forma impressa, fls. 17 a 25 e gravados em meio magnético – CD, fl. 12.

A arguição de nulidade do lançamento, em grande parte, recaiu sobre matéria de mérito. Portanto, quando abordado o mérito, será tratada a nulidade suscitada.

A defesa ainda arguiu nulidade argumentando que houve por parte da Fiscal, erro de cálculo no que se refere ao *charque*, cujo cálculo foi realizado com alíquota de 18%, em evidente contrariedade com a legislação estadual, uma vez que o RICMS/BA, art. 268, inc. LI, prevê aplicável a alíquota de 12%.

Nesse sentido é oportuno lembrar o que dispõe o art. 18, § 1º do RPAF/99, *in verbis*.

Art. 18. (Omissis):

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja

comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo. (Grifo do relator)

Ou seja, eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração. Portanto, não acato a arguição de nulidade, ainda mais pelo fato de o produto *charque*, motivo da arguição, sequer consta no levantamento, suporte da infração.

Ademais, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, a acusação fiscal versa sobre a aplicação correta das alíquotas nas saídas interna de mercadorias, na medida que aplicado o roteiro de auditoria, a autoridade Fiscal constatou existirem mercadorias com tributação normal, sobre as quais a autuada aplicou alíquotas não previstas na legislação.

A autuante, em sede de informação fiscal, acatou exclusivamente a arguição quanto a sujeição do produto lasanha no regime de substituição tributária, ou seja, operação com fase de tributação encerrada, e excluiu as operações com este item, reduzindo o montante do imposto exigido apenas no exercício de 2019 para R\$ 46.765,84, mantendo os valores originais para 2020 e 2021.

Inconformada, a autuada protestou através da manifestação, fls. 141 a 143, aduzindo os mesmos argumentos quanto aos itens não excluídos do levantamento e ainda requereu a improcedência total do Auto de Infração.

Para melhor conduzir a análise dos argumentos defensivos, os segredo em quatro grupos:

- 1º Mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária: (i) WAFFLES e WAFERS; (ii) LASANHAS (já excluída pela autuante) e (iii) PIZZAS;
- 2º Mercadorias isentas: (i) ARROZ INTEGRAL CATETO VERMELHO MÃE TERRA 500 g; (ii) ARROZ INTEGRAL RARIS 7 CEREAIS 500 g; (iii) FUBÁ ORGÂNICA INTEGRAL MÃE TERRA 500 g; e (iv) CEBOLA CONSERVA kg;
- 3º Produtos tributados corretamente: (i) PIPOCA CHEETOS CARAMELO 165 g; (ii) PIPOCA OKOSHI CANJICA COM SAL MAR 50 g; (iii) PIPOCA MAGRELA FIT ÓLEO COCO 35 g; e (iv) PEITO TEMPERADO COZIDO SADIA TIRAS 2 kg;
- 4º Cálculo do imposto devido com a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação: (i) CHARQUE COXÃO kg; (ii) CHARQUE PONTA AGULHA BERTIN 500 g; e (iii) CHARQUE DIANTEIRO kg.

Quanto as mercadorias que a autuada defende serem sujeitas ao regime de substituição tributária, registro que a análise de cada item autuado, considera o entendimento da Administração Tributária da Bahia e já consolidada neste CONSEF, de que: “*Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente.*”, conforme Parecer nº 25452/2012 e tantos outros.

Em relação aos produtos *Waffles* e *Wafers*, consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigentes em 2019 a 2021 nos itens 11.14 e 11.15 com as seguintes descrições: “‘Waffles’ e ‘wafers’ - sem cobertura” e “‘Waffles’ e ‘wafers’ - com cobertura”, ambos com a NCM. 1905.32.

No levantamento de 2019, foram incluídas na NCM 1905.32 os seguintes produtos:

NCM	Descrição
1905.32.00	ACHOC KITKAT AVELA 41 5G
1905.32.00	BOMBOM LACTA OURO BCO 1 KG

NCM	Descrição
1905.32.00	CHOC CESTA LTE 126G
1905.32.00	CHOC KINDER BUENO WHITE 39G

1905.32.00	BOMBOM LACTA OURO BCO UN
1905.32.00	BOMBOM SONHO VALSA LACTA 1KG
1905.32.00	BOMBOM SONHO VALSA LACTA UN
1905.32.00	CHOC AMANDITA LACTA 200G
1905.32.00	CHOC BIS LACTA BLACK 100 8G
1905.32.00	CHOC BIS LACTA CHOC BCO 126G
1905.32.00	CHOC BIS LACTA LTE 126G
1905.32.00	CHOC BIS LACTA XTRA 45G
1905.32.00	CHOC BIS LACTA XTRA OREO 45G

1905.32.00	CHOC KIT KAT BCO 41 5G
1905.32.00	CHOC KIT KAT FRAMBOESA 102G
1905.32.00	CHOC KIT KAT LIMÃO 102G
1905.32.00	CHOC KIT KAT MARACUJÁ 102G
1905.32.00	CHOC KIT KAT MOR 102G
1905.32.00	CHOC KITKAT 41 5G
1905.32.00	CHOC KITKAT DARK 41 5G
1905.32.00	CHOC LACTA BIS OREO 100 8G

Dentre os itens arrolados que podem ser considerados *Waffles* e *Wafers*, constam itens que anteriormente a 2019 eram classificados como bombom de chocolate, a exemplo do *BOMBOM SONHO VALSA LACTA*.

Contudo, foi amplamente noticiado que as embalagens de alguns dos chocolates sofreram algumas transformações a partir de 2019. Antes, embrulhados em papel de bombom com as laterais torcidas, agora, eles são vendidos em uma embalagem do tipo pacote. A mudança na imagem quase centenária dos chocolates, vai além de uma questão de armazenamento ou estética.

A transformação das embalagens possibilitou a redução do IPI sobre os produtos de 5% para zero. Isso porque, com a nova apresentação, a classificação do item, conforme a Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, passou de bombom para *wafers*.

A NCM utilizada nas aquisições pela autuada destes produtos foi a 1905.32.00, mesma que consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigentes em 2019 a 2021 no item 11.15, com a seguinte descrição: “*Waffles*’ e ‘*wafers*’ - com cobertura.”, portanto, o produto em 2019 já estava sujeito a substituição tributária.

Sobre a matéria no âmbito deste CONSEF em julgamento, foram analisados fatos geradores ocorridos também em 2019, cuja decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que acolheu o voto do i. julgador Rubens Moutinho dos Santos no Acórdão JJF nº ° 0094-01/21-VD, assim se posicionou:

“*Após análise e discussão pelos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento sobre os itens não acolhidos pela autuante, conforme discriminados na tabela acima, chegou-se à conclusão que assiste razão ao autuado no tocante aos produtos BOMBOM LACTA SONHO VALSA TRAD UM, NCM, BOMBOM LACTA UN OURO BRANCO, e BOMBOM SERENATA DE AMOR UM, haja vista que se trata de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, cabendo, desse modo, a exclusão dos valores exigidos atinentes a estes produtos, no exercício de 2019, considerando os valores constantes dos demonstrativos/planilhas elaborados pela autuante na Informação Fiscal.*”

Oportuno ressaltar que tecnicamente o produto denominado de *waffles* e *wafers*, segundo a literatura amplamente divulgada, se trata de “*doce em forma de bolacha feita de farinha de trigo, ovos, leite, fermento, açúcar e manteiga que se assa numa grelha, podendo servir-se coberta de chocolate, geleia, canela e outros ingredientes.*”, que se conforma com os produtos acima listados.

Consta no sítio do SISCOMEX (<https://portalunico.siscomex.gov.br/>) o detalhamento da NCM 1905.32.00:

“*SEÇÃO IV - PRODUTOS DAS INDÚSTRIAS ALIMENTARES; BEBIDAS, LÍQUIDOS ALCOÓLICOS E VINAGRES; TABACO E SEUS SUCEDÂNEOS MANUFATURADOS; PRODUTOS, MESMO COM NICOTINA, DESTINADOS À INALAÇÃO SEM COMBUSTÃO; OUTROS PRODUTOS QUE CONTENHAM NICOTINA DESTINADOS À ABSORÇÃO DA NICOTINA PELO CORPO HUMANO.*

Capítulo 19 Preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou leite; produtos de pastelaria.

19.05 Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes.

1905.3 - Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorantes; waffles e wafers:

1905.32.00 - Waffles e wafers. ”.

O Ato COTEPE/ICMS nº 52, de 15 de maio de 2023, que divulga o valor de referência para produtos alimentícios, conforme prevê a cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 53/17, cita no Anexo III que segundo o “*Art. 3º No Anexo III deste ato, consta uma lista exemplificativa, não exaustiva, por grupo de descrição de produto dos itens de cada grupo.*”, inclui os produtos acima listados.

12. CEST 17.058.00 - “*Waffles*” e “*wafers*” - com cobertura:

BISCOITO WAFER RICESTER AMORI CHOCOWAFFER CHOCOLATE BRANCO PACOTE 100,8 G

BISCOITO WAFER RICESTER AMORI CHOCOWAFFER CHOCOLATE PACOTE 100,8 G

BISCOITO WAFER RICESTER AMORI CHOCOWAFFER CHOCOLATE PACOTE 63 G

BOMBOM LACTA OURO BRANCO PACOTE 1 KG

BOMBOM LACTA SONHO DE VALSA PACOTE 1 KG

CHOCOLATE KIT KAT AO LEITE PACOTE 41,5 G

CHOCOLATE KIT KAT BRANCO PACOTE 41,5 G

CHOCOLATE KIT KAT DARK PACOTE 41,5 G

CHOCOLATE LACTA BIS AO LEITE 126 G

CHOCOLATE LACTA BIS AO LEITE MULTIPACK 378 G

CHOCOLATE LACTA BIS BRANCO MULTIPACK 378 G

CHOCOLATE LACTA BIS LAKA COBERTO COM CHOCOLATE BRANCO PACOTE 126 G

CHOCOLATE TWIX CAPPUCCINO 40 G

CHOCOLATE TWIX CARAMELO 15 G

CHOCOLATE TWIX CARAMELO 40 G

CHOCOLATE TWIX CARAMELO 80 G

CHOCOLATE TWIX DARK 40G

CHOCOLATE TWIX TRIPLO CHOCOLATE 40 G

CHOCOLATE TWIX TRIPLO CHOCOLATE 80 G

Cabem as observações para todos os produtos com a NCM 1905.32.00, listados no levantamento.

Portanto, pelo exposto, conclui-se que cabe razão a autuada, devendo estes itens serem excluídos do levantamento por se tratar de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Em relação as Pizzas, NCM 1905.90.90, foram incluídas apenas no levantamento de 2019, com as seguintes descrições:

NCM	Descrição
1905.90.90	PIZZA 4QJOS SADIA CONG 460G
1905.90.90	PIZZA MEIA LUA SEARA CALABRESA 245G
1905.90.90	PIZZA MEIA LUA SEARA FGO REQ 245G
1905.90.90	PIZZA MEIA LUA SEARA MUÇARELA 235G
1905.90.90	PIZZA PAN SEARA NAPOLITANA 500G
1905.90.90	PIZZA PAN SEARA PEPPERONI 500G
1905.90.90	PIZZA REZENDE CALAB 460G
1905.90.90	PIZZA REZENDE FGO CATUPIRY 460G
1905.90.90	PIZZA REZENDE MUÇARELA 440G
1905.90.90	PIZZA SADIA CALAB CONG 460G

NCM	Descrição
1905.90.90	PIZZA SADIA FGO CATUPIRY 460G
1905.90.90	PIZZA SADIA LOMBO CATUPIRY 460G
1905.90.90	PIZZA SADIA MUÇARELA CONG 440G
1905.90.90	PIZZA SADIA PORTUGUESA CONG 460G
1905.90.90	PIZZA SEARA 4QJOS 460G
1905.90.90	PIZZA SEARA CALAB 460G
1905.90.90	PIZZA SEARA FGO QUEIJO 460G
1905.90.90	PIZZA SEARA MUÇARELA 440G
1905.90.90	PIZZA SEARA PORTUGUESA 460G

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 1905.90.90 no item 11.18.1 com a seguinte descrição: “*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.*”.

Decerto não há dúvidas quanto a sujeição das pizzas, NCM 1905.90.90, ao regime da substituição tributária, portanto, devem ser excluídas do levantamento.

Em relação ao item lasanha, já excluído do levantamento pala autuante, acato a revisão, tendo em vista que a NCM 1902.11.00, figura no Anexo 1 vigente em 2019, que faz referência a massas nos

itens 11.6 com a descrição “*Massas alimentícias tipo instantânea.*” – NCM 1902.3 e 11.7 com a seguinte descrição: “*Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.*” – NCM 1902.1, que se aplica ao produto MASSA LASANHA FRESCA M LEVE 500 g.

Contudo, também observo que as massas alimentícias não cozidas nem recheadas com NCM 1902.19.00, também devem ser excluídas do levantamento:

NCM	Descrição
1902.19.00	MAC ESPAGUETE URBANO ARROZ 500G
1902.19.00	MAC PARAFUSO URBANO ARROZ S/ GLÚTEN 500G
1902.19.00	MAC PEN URBANO ARROZ INT SEM G 500G
1902.19.00	MAC PENA URBANO ARROZ S GLÚTEN 500G
1902.19.00	MACARRÃO BIFUM ORIENTAL S/ GLÚTEN 200G
1902.19.00	MASSA PEN URBANO ARRO PREM 500G

Faço as mesmas considerações para as mercadorias: MASSA ITALIANA MOLISANA GNOCCHI 500 g e MASSA ITALIANA MOLISANA INTEGRAL GNOCCHI 500 g, ambas com a NCM 1902.30.00, devem também ser excluídas do levantamento.

Pertinente ao caso, trago trecho do Parecer da DITRI nº 20235/2018, sobre a tributação de massas frescas do tipo talharim, lasanha - NCM 1902.11.00; e massa para pastel - NCM 1902.11.00:

“Os produtos classificados na posição da NCM 1902.1 (e suas subposições) que estão sujeitos ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação, são os que constam no Anexo I, itens 11.17.0, 11.17.1, e 11.17.2 e estão descritos como massas alimentícias do tipo comum (exceto a descrita no CEST 17.049.03); tipo sêmola, (exceto a descrita no CEST 17.049.04); e tipo granoduro (exceto a descrita no CEST 17.049.05), todas não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.

Consta do Capítulo 19 do Anexo Único das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de mercadorias (NESH), que a posição da NCM 19.02 compreende massas alimentícias, compostas de fermentados, fabricados com sêmolas ou farinhas de trigo, milho, arroz, batata, etc., cruas ou cozidas, presentadas na forma de espaguete, macarrão, aletria, nhoque, inteiramente fechadas (a exemplo dos ravióis), abertas nas extremidades (por exemplo, canelones), ou em camadas sobrepostas, tal como a lasanha, podendo, ainda, apresentar-se como pratos preparados recheados de carne, peixe, queijo ou de outras substâncias tais como produtos hortícolas e molhos, em qualquer proporção.

Depreende-se, portanto, que massas frescas do tipo talharim e lasanha, bem como massas para pasteis, todas classificadas na posição da NCM 1902.11.00, estão sim sujeitas ao regime de substituição tributária neste Estado (RICMS, art. 289, c/c Anexo I, itens 11.17.0, 11.17.1 e 11.17.2.”

No mesmo parecer é elucidativa a posição da Administração Tributária quanto a sujeição de massa para pizza - NCM 1902.19.00 ao regime da substituição tributária:

“Com relação ao produto descrito como massa para pizza, enquanto a Consulente tenha indicado a classificação da ‘NCM 1902.19.00’, conforme a NESH, todos os produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos estão compreendidos na posição da NCM 19.05, inclusive as massas para pastel e pizza.

Com efeito, a Decisão nº 357/98 da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, em processo de Consulta sobre Classificação de Mercadorias, que registra que, enquanto as massas de pizza de frigideira, semipronta, sem cobertura, e em recheio em forma de disco, enquadram-se no NCM: 1901.20.00; ‘as massas de pizza recheada semiprontas recobertas de diversos outros ingredientes se enquadraram melhor pelo NCM: 1905.90.90 de acordo com a NESH e com posição da tabela atual da TIPI’.

Nesse sentido são as orientações consignadas nas Notas Explicativas do SISTEMA HARMONIZADO DE DESIGNAÇÃO E DE CODIFICAÇÃO DE MERCADORIAS, da SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, MINISTÉRIO DA FAZENDA, referente à posição 1905, a saber:

'Encontram-se compreendidos na presente posição:

(...)

10) Os produtos de pastelaria, em cuja composição entram substâncias muito variadas: farinhas, féculas, manteiga ou outras gorduras, açúcar, leite, creme-de-leite (nata), ovos, cacau, chocolate, café, mel, fruta, licores, aguardente, albumina, queijo, carne, peixe, aromatizantes, leveduras ou outros fermentos etc.*

(...)

14) As pizzas (pré-cozidas ou cozidas), constituídas por uma base de massa de pizza recoberta de diversos outros ingredientes, tais como queijo, tomate, azeite, carne, anchovas. As pizzas não cozidas são, todavia, classificadas na posição 19.01. '

Em consonância com essa classificação, é a redação atual do subitem '11.28.1' do Anexo 1 do RICMS (dada pelo Decreto nº 18.406/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18), que inclui no rol dos sujeitos à substituição tributária produtos de panificação classificados na supracitada posição 19.05, incluindo as pizzas, (exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03).

Depreende-se, portanto, que as massas para pizzas (pré-cozidas ou cozidas), constituídas por uma base de massa recoberta de diversos outros ingredientes estão sujeitas ao regime de substituição tributária (RICMS, art. 289, e Anexo 1, item 11.28). "

Assim, devem ser excluídos os produtos com as seguintes denominações:

NCM	Descrição
19023000	MASSA ITALIANA MOLISANA GNOCHI 500G
19023000	MASSA ITALIANA MOLISANA INTEGRAL GNOCHI 500G
19021100	MASSA LAS ANHA FRESCA MASSA LEVE 500G
19022000	MASSA PASTEL MASSA LEVE CUMBUCA 200G
19022000	MASSA PASTEL MASSA LEVE CUMBUCA 500G
19022000	MASSA PASTEL MASSA LEVE ROLINHO 400G

Quanto as mercadorias que a defesa alegou serem isentas, vejo que se trata de mercadorias que gozariam da isenção prevista no art. 265, inc. II, alínea "d" do RICMS/2012 e Convênio ICMS 224/17, e outras da isenção prevista no inc. I, alínea "a" do mesmo artigo e Convênio ICM 44/75, que seguem transcritos os dispositivos que interessam:

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 e nozes (Conv. ICM 07/80); (...)

II – as saídas internas de:

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

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

O Convênio ICM 44/75, autoriza os Estados e o Distrito Federal a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos produtos: "*I - hortifrutícolas em estado natural*:", condição que não se observa nos itens relacionados no levantamento a exemplo da CEBOLA CONSERVA kg – NCM 7031.01.90, que claramente é um produto industrializado.

Quanto aos itens isentados no inc. II do citado artigo, lembro que se trata de itens da cesta básica, assim previsto no Convênio ICMS 224/2017 que 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.

Associado a necessidade de se interpretar a lei que concede benefício fiscal de forma literal (art. 111, inc. II do CTN), conclui-se que o único item que goza da isenção é a *fubá de milho*, tendo em vista que os demais itens como ARROZ INTEGRAL CATETO VERMELHO MÃE TERRA 500 g e ARROZ

INTEGRAL RARIS 7 CEREAIS 500 g, não se conformam com o conceito de arroz destinado ao consumo popular que compõem a cesta básica, por não se tratar de produto essencial.

Destarte, devem ser excluídos somente a mercadoria *FUBÁ*.

Em relação a alegação de constarem no levantamento itens com a tributação corretamente aplicada pela autuada, onde a defesa citou mercadorias como PIPOCA CHEETOS CARAMELO 165 g, PIPOCA OKOSHI CANJICA COM SAL MAR 50 g, a defesa certamente estava se referindo a aplicação da alíquota de 7% no caso do milho prevista no art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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.

Depreende-se da leitura dos dispositivos transcritos que os produtos: PIPOCA CHEETOS CARAMELO 165 g, PIPOCA OKOSHI CANJICA COM SAL MAR 50 g, devem ser mantidos no levantamento.

No caso do produto PEITO TEMPERADO COZIDO SADIA TIRAS 2 kg, deve estar a defesa se fundamentando na previsão contida no RICMS/2012 da redução da base de cálculo do imposto nas operações internas prevista no art. 268, inc. XIV, *in verbis*:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo: (...)

XIV - nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05).

Da dicção do dispositivo transcrito, conclui-se que não se aplica ao caso, tendo em vista que o produto é cozido e não fresco, resfriado, congelado, salgado, seco ou temperado.

Portanto, devem ser mantidos no levantamento.

Relativamente aos itens: CHARQUE COXÃO kg, CHARQUE PONTA AGULHA BERTIN 500 g e CHARQUE DIANTEIRO kg, o argumento se mostra sem aplicação ao caso, pois sequer consta qualquer destes itens no levantamento.

Feitos de ofício os ajustes pertinentes, considero que a infração é parcialmente subsistente no montante de R\$ 26.492,10, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	6.535,11	18,00	60,00	1.176,32
28/02/2019	09/03/2019	4.271,06	18,00	60,00	768,79
31/03/2019	09/04/2019	5.782,00	18,00	60,00	1.040,76
30/04/2019	09/05/2019	4.422,94	18,00	60,00	796,13
31/05/2019	09/06/2019	3.955,28	18,00	60,00	711,95
30/06/2019	09/07/2019	4.865,44	18,00	60,00	875,78
31/07/2019	09/08/2019	5.404,44	18,00	60,00	972,80
31/08/2019	09/09/2019	4.566,33	18,00	60,00	821,94
30/09/2019	09/10/2019	5.105,33	18,00	60,00	918,96
31/10/2019	09/11/2019	5.556,06	18,00	60,00	1.000,09
30/11/2019	09/12/2019	5.662,06	18,00	60,00	1.019,17
31/12/2019	09/01/2020	16.341,56	18,00	60,00	2.941,48
31/01/2020	09/02/2020	1.218,33	18,00	60,00	219,30
29/02/2020	09/03/2020	607,17	18,00	60,00	109,29
31/03/2020	09/04/2020	462,56	18,00	60,00	83,26
30/04/2020	09/05/2020	1.094,50	18,00	60,00	197,01
31/05/2020	09/06/2020	926,00	18,00	60,00	166,68
30/06/2020	09/07/2020	949,78	18,00	60,00	170,96
31/07/2020	09/08/2020	1.257,28	18,00	60,00	226,31
31/08/2020	09/09/2020	1.708,50	18,00	60,00	307,53
30/09/2020	09/10/2020	623,89	18,00	60,00	112,30
31/10/2020	09/11/2020	1.206,11	18,00	60,00	217,10
30/11/2020	09/12/2020	1.891,22	18,00	60,00	340,42
31/12/2020	09/01/2021	1.551,00	18,00	60,00	279,18
31/01/2021	09/02/2021	8.720,67	18,00	60,00	1.569,72
28/02/2021	09/03/2021	4.965,56	18,00	60,00	893,80

31/03/2021	09/04/2021	6.344,56	18,00	60,00	1.142,02
30/04/2021	09/05/2021	5.745,83	18,00	60,00	1.034,25
31/05/2021	09/06/2021	3.753,17	18,00	60,00	675,57
30/06/2021	09/07/2021	3.922,11	18,00	60,00	705,98
31/07/2021	09/08/2021	5.505,06	18,00	60,00	990,91
31/08/2021	09/09/2021	5.019,33	18,00	60,00	903,48
30/09/2021	09/10/2021	3.518,67	18,00	60,00	633,36
31/10/2021	09/11/2021	4.455,17	18,00	60,00	801,93
30/11/2021	09/12/2021	2.892,94	18,00	60,00	520,73
31/12/2021	09/01/2022	6.371,33	18,00	60,00	1.146,84
				Total	26.492,10

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0012/22-8**, lavrado contra **HIPERIDEAL EMPREENDIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 26.492,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR