

A. I. Nº - 278868.0004/17-2
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/04/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Afastada a exigência fiscal relativo aos produtos não submetidos ao regime substituição tributária, o que implicou na redução do débito. Infração subsistente em parte. **b) VALOR DO IMPOSTO SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.** Restou comprovado que foi lançado crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Excluído os valores fulminados pela decadência. Infração procedente em parte. **c) FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO. MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM CONTEMPLADAS COM REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO.** Restou comprovado que os produtos objeto da autuação são produtos industrializados que não integram a cesta básica. Infração improcedente. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. a) CUPOM FISCAL. b) NOTA FISCAL.** Operações de saídas de produtos industrializados que não são contemplados com isenção relativa a produtos *in natura*. Excluídos os valores alcançados pela decadência. Infração subsistente em parte. **3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** Excluídos os valores relativos a produto que integra a cesta básica. Afastada a exigência fiscal relativa ao produto composto lácteo, a partir de 01/08/13 a 31/12/13, em razão da inclusão do benefício da redução da base de cálculo (inciso XXV, do art. 268 – Dec. nº 14.681, de 30/07/13). Afastado os valores alcançados pela decadência. Infração procedente em parte. Acolhida a preliminar de mérito de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 07/06/17, e exige ICMS no valor de R\$135.560,87, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária (2012/2013) - R\$948,56.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal - R\$25.355,78.
03. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução (2012/2013) - R\$506,50.

04. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas relativas a cupons fiscais (2012/2013) - R\$24.865,86.
05. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas relativas a notas fiscais (2012/2013) - R\$1.446,44.
06. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas relativo à ECF - R\$82.437,73.

O autuado apresenta impugnação (fls. 83 a 109), inicialmente descreve as infrações, o enquadramento e os artigos correlatos do RICMS/BA e Lei 7.014/96 e diz que o lançamento não pode prosperar conforme passa a demonstrar.

Preliminarmente argumenta que os dispositivos tidos como infringidos não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício formalizado, motivo pelo qual requer que seja declarada a nulidade por não haver subsunção fato a norma o que implica em cerceamento ao amplo direito de defesa e contraditório.

Ainda preliminarmente afirma que a exigência fiscal não pode prosperar, nos termos do §4º do art. 150 do CTN, devendo ser reconhecida a decadência relativa aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 26 de junho de 2012, por ter passado mais de 5 anos entre a ocorrência daqueles e a ciência do lançamento em 26 de junho de 2017.

Ressalta que a apuração do suposto crédito tributário foi realizada pela fiscalização autuante com base nos documentos apresentados/informados mensalmente, tendo as operações em questão sido contabilizadas, declaradas e registradas em livros fiscais, a exemplo de Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAs), conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a exemplo do AgRg nos EREsp 1.199.262/MG; AgRg no REsp 1.238.000/MG e AgRg no REsp 1318020 / RS; AgRg no Resp 2012/0069993-3/2013).

No mérito, quanto a infração 1 (crédito indevido/mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária), afirma que em relação aos produtos:

- i) algodão para polimento - trata-se de produto sujeito a tributação normal;
- ii) adoçante união light - não se encontra submetido ao regime de substituição tributária, que se aplica somente a mercadoria açúcar, nos termos do art. 289, §2º, II, do RICMS/12.

No que tange à infração 2 (crédito fiscal indevido/superior ao destacado no documento fiscal), reitera a nulidade suscitada em razão da dissociação entre os fatos e a norma, a exemplo do artigo 31 da Lei 7014/96 que menciona documentação inidônea, transcrito à fl. 98.

Requer a declaração da nulidade desta infração, por falta de subsunção do fato a norma, ferir o princípio da tipicidade cerrada, do contraditório, da ampla defesa nos termos art. 142 do CTN.

Com relação a infração 3 (falta de estorno de crédito fiscal/mercadorias saídas com redução de base de cálculo (RBC) reitera a decadência de parte do crédito tributário.

Com relação às mercadorias feijão carioca camil tp, feijão carioca quero tp, feijão preto camil tp e feijão preto quero tp, argumenta que são produtos submetidos a processo de industrialização, e não há RBC, pois não integram a cesta básica, submetendo-se ao regime de tributação integral.

Quanto a infração 4 (falta de recolhimento de ICMS/operações tributáveis como não tributáveis), alega que com relação as mercadorias coentro, louro, manjerona, orégano, salsa desidratada, cominho, não há que se falar em exigência de imposto já que se trata de mercadorias isentas, nos termos do Convênio ICMS 44/75, art. 14, I, “a”, do RICMS/97 e art. 265, I, “a”, do RICMS/12, que transcreveu às fls. 99 a 101.

Relativamente a infração 5, afirma que são válidos os mesmos fundamentos apresentados na infração 4, dado a sua semelhança, ressaltando que a mercadoria cominho é isenta nos termos do art. 265, I, “a”, do RICMS/12.

Quanto à infração 6 (recolhimento a menor/aplicação de alíquota diversa) ressalta que se trata das saídas de vinagre e leite em pó (NAN 1; NAN 1 PRO; NAN 2; NAN 2 PRO; NAN Confort; Nestle Mod. Ideal; Nestogeno 1 semestre; Nestogeno 2 semestre; Ninho cresc. 3+; Ninho Cresc. C. Prebio e Molico Actifibras).

Alega que o autuante entende ser aplicável à alíquota de 17%, sem considerar o benefício fiscal da redução da base de cálculo (RBC) previsto, nos artigos 87, XXI e XXXI do RICMS/97 e art. 268, XXV e XXVII do RICMS/12, que transcreveu à fl. 102.

Argumenta que a RBC prescrita no inciso XXI, do art. 87 do RICMS/97 e inciso XXV do art. 268, do RICMS/12 ampara a mercadoria leite em pó – gênero, na mesma categoria dos produtos comercializados com aplicação da alíquota de 7%, caso em que a interpretação deve ser literal, nos moldes do art. 111, do CTN, conforme externado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 967.693/DF e REsp 734.541 - SP (2005/0044563-7).

Ressalta que na esfera administrativa estadual foi manifestado o mesmo posicionamento pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF nº 0034-03/13 (fl. 105), entendimento externado no voto divergente relativo ao Acórdão CJF nº 0289-13/3 da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal (fl. 106).

Conclui alegando que não há que se falar em erro na aplicação da alíquota e improcedente a infração.

Por fim, diz que caso assim não se entenda, requer a realização de perícia técnica para comprovar o alegado, formulando quesitação às fls. 108/109 que requer ser respondida, indicando os assistentes técnicos.

Requer julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 134 a 137) inicialmente discorre sobre as infrações, os argumentos defensivos e com relação a ocorrência de decadência com amparo no §4º do art. 150 do CTN, reconhece que no lançamento por homologação se aplicam as normas contidas nos artigos 150, §§1º e 4º, e 156, VII, do CTN, enquanto nas modalidades de lançamento de ofício e por declaração se aplica a regra contida no art. 173, I, do CTN.

Afirma que *“Em sendo o caso de o contribuinte não ter declarado o valor do tributo devido (omitindo essa informação à Administração), o lançamento que será levado a efeito pelo Fisco será o de Ofício, porém o prazo extintivo para constituição do crédito aplicável será o previsto no art. 173, I, do CTN, porque nesse caso a Administração nunca chegou a ter conhecimento do fato imponible e do montante do tributo devido”*.

No mérito, com relação a infração 1 relativo aos produtos algodão para polimento pérola e adoçante união light, após análise da legislação e dos NCM's reconhece que estão sujeitos à tributação normal e promoveu a exclusão dos valores correspondentes.

Quanto à infração 2, no que se refere à alegação da falta de subsunção do fato a norma, afirma que não procede, permanecendo inalterado esta infração.

No que se refere à infração 3, diante da alegação de que as mercadorias feijão carioca camil tp, feijão carioca quero tp, feijão preto camil tp e feijão preto quero tp, são submetidas a processo de industrialização, não havendo RBC, afirma que existe previsão legal no art. 78-A o RICMS/97, *“é reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão”*.

E não tendo a empresa promovido o estorno do crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições dessas mercadorias (art. 100, II do RICMS/BA) mantém a exigência fiscal.

Relativamente às infrações 4 e 5, que o autuado argumenta haver previsão legal de isenção do ICMS para as mercadorias coentro, louro, manjerona, orégano, salsa desidratada e cominho, com amparo no art. 14, I, “a” do Convênio ICMS 44/75 e o art. 265, I, “a” do RICMS/12, afirma que o inciso I da cláusula primeira do Convênio 44/75 é taxativo: “hortifrutícolas em estado natural”.

Ressalta que o art. 14, I do RICMS/97 e art. 265, I, “a” do RICMS/12 prescrevem que a isenção de produtos hortifrutigranjeiros nas saídas internas efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinado a industrialização, condicionando a isenção dos produtos que se encontrem *in natura*, ou seja, não tenham sofrido nenhum processo de industrialização.

Afirma que os produtos citados (fl. 136), “*todos no mínimo acondicionados e embalados para venda*” o que configura industrialização, quando não desidratados, caso da salsa, ou triturados, coentro e cominho em pó, o que à luz do § 5º do art. 2º do RICMS/97 infere-se que os produtos submetidos ao processo de industrialização, motivo pelo qual mantem a ação fiscal inalterada.

No tocante à infração 6, no que se refere aos produtos vinagre e leite em pó, transcreve os art. 87 do RICMS/97 e 268 do RICMS/12, que trata da RBC, relaciona os produtos (NAN, leite em pó ideal; Nestogeno, ninho cresc. 3+; Prebio e Molico Actifibras) e afirma que pela descrição do próprio fabricante são COMPOSTO LÁCTEO, advertindo que NÃO É LEITE EM PÓ.

Quanto ao produto vinagre, diz que tem base de cálculo reduzida, mas o produto comercializado é AGRIN que não é vinagre, conforme classificação do fabricante (Ind. Maratá Ltda) e informativo no site: <http://www.marata.com.br/produtos>. Também, que o Ministério da Agricultura, através da Instrução Normativa nº 36 de 14/10/99, define o que o Agrim é o produto que não está de acordo com a portaria, recebe a denominação de AGRIN, que é um fermentado químico de álcool com vinho, composto de 90% de álcool e 10% de vinho.

Por fim, conclui que os produtos composto lácteo e agrin não estão contemplados pela RBC sendo aplicável a alíquota de 17%. Mantem a infração.

Requer julgamento pela procedência das infrações 2, 3, 4, 5 e 6 e procedência parcial da infração 1, que fica reduzido o valor de R\$948,56 para R\$802,72 conforme demonstrativo de fl. 140.

Cientificado da informação fiscal o autuado se manifesta às fls. 145 a 151.

Inicialmente discorre sobre a informação fiscal e reitera os fundamentos apresentados na impugnação acerca da decadência de parte do crédito tributário.

No mérito afirma que também não merece prosperar a pretensão fiscal, repita-se, na parte em que não retificada.

Com relação à acusação de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS (infração 3) relativo a entradas de mercadorias (feijão), com saídas subsequentes com RBC, reitera que se trata de produtos industrializados que não integram a cesta básica, com tributação pelo regime normal.

Em relação aos produtos hortifrúti (infrações 4 e 5), reitera que não se tratam de produtos industrializados porque “*não sofreram nenhum tipo de beneficiamento*”, abrangidas pela regra isentiva do Convênio 44/75; art. 14, I, “a”, do RICMS/97 e art. 265, I, “a”, do RICMS/12.

No que tange ao produto leite em pó e compostos lácteos (infração 6) alega que não há como prevalecer a exigência fiscal, tendo em vista que a norma que prevê o benefício fiscal faz menção ao termo “leite em pó” – gênero, sendo de mister atentar ao seu sentido finalístico.

E que o mesmo princípio atinge o produto agrin, cuja Instrução Normativa nº 6 da Associação Nacional das Indústrias de Vinagres (ANAV) publicada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de 06/04/2012 no seu art. 22 indica que “*fica vedado o uso das expressões CLARO, ESCURO e AGRIN, passando a existir somente as denominações VINAGRE DE ÁLCOOL e VINAGRE DE ÁLCOOL COLORIDO*”, ou seja, não existe a alegada diferença para fins de aplicação da carga tributária reduzida (7%).

Reitera os argumentos de fato e de direito apresentados na defesa anterior.

O autuante à fl. 165 afirma que as alegações trazidas pelo autuado já foram sopesadas na informação fiscal anterior e não nada mais a acrescentar.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de decadência invocada pelo estabelecimento autuado.

Conforme entendimento manifestado pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia no Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, aplica-se o disposto no art. 150, §4º do CTN, quando houver comprovação de pagamento, em montante inferior, ao das operações declaradas:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Na situação presente, o autuado foi cientificado da autuação em 26/06/2017, ou seja, cinco anos após os fatos geradores que ensejaram o lançamento em relação às infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6 nas quais as operações foram registradas nos seus livros fiscais (declarado o fato jurídico tributário), portanto aplicável o disposto no art. 150, §4º do CTN, relativo ao período de janeiro a junho/2012.

Portanto, no voto com relação a estas infrações, serão apresentados demonstrativos ajustados.

Preliminarmente, quanto à nulidade suscitada, sob o argumento de não haver subsunção do fato à norma, constato que todas as infrações foram descritas de forma clara com indicação dos dispositivos infringidos, tendo o autuado compreendido e se defendido do que foi acusado, inclusive tomado ciência da informação fiscal na qual foram acatados e refutados os argumentos apresentados na impugnação.

Portanto, os elementos contidos nos autos possibilitaram exercer o contraditório, não havendo cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual não acolho a nulidade suscitada.

No mérito, quanto à infração 1 (credito indevido/mercadorias ST), o defendente alegou que os produtos algodão para polimento e adoçante união light, não estão enquadrados no regime de substituição tributária, o que foi acolhido pelo autuante na sua informação fiscal.

Constato que o produto algodão, enquadrado no regime de ST, previsto no item 9.11, do Anexo 1 da Lei nº 7.014/96, tem a NCM 3005, enquanto o produto autuado tem a NCM 5203, e da mesma forma o produto adoçante não está submetido a ST.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito refeito pela fiscalização juntado à fl. 140, afastando os valores exigidos no período de janeiro a junho fulminados pela decadência, o que reduz o débito de R\$948,56 para R\$671,63 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Devido	FL.
31/01/12	09/02/12	10,92	0,00	140	31/01/13	09/02/13	16,87	16,87	140
29/02/12	09/03/12	61,19	0,00	140	28/02/13	09/03/13	31,12	18,44	140
31/03/12	09/04/12	10,92	0,00	140	31/03/13	09/04/13	24,73	12,05	140
30/04/12	09/05/12	22,93	0,00	140	30/04/13	09/05/13	317,98	317,98	140
31/05/12	09/06/12	23,63	0,00	140	31/05/13	09/06/13	33,44	14,46	140
30/06/12	09/07/12	25,66	0,00	140	30/06/13	09/07/13	0,00	0,00	140
31/07/12	09/08/12	28,39	28,39	140	31/07/13	09/08/13	24,73	12,05	140
31/08/12	09/09/12	28,39	28,39	140	31/08/13	09/09/13	4,99	4,99	140
30/09/12	09/10/12	51,46	38,78	140	30/09/13	09/10/13	25,57	12,89	140
31/10/12	09/11/12	53,04	53,04	140	31/10/13	09/11/13	18,05	18,05	140
30/11/12	09/12/12	13,92	1,24	140	30/11/13	09/12/13	13,31	0,00	140
31/12/12	09/01/13	83,69	83,69	140	31/12/13	09/01/14	23,63	10,32	140

Subtotal		414,14	233,53		Total		948,56	671,63	
----------	--	--------	--------	--	-------	--	--------	--------	--

Infração 1 procedente em parte.

Quanto à infração 2 (crédito fiscal indevido/superior ao destacado no documento fiscal), o autuado suscitou apenas nulidade por entender que não há subsunção dos fatos a norma.

Observo que na infração foi descrito que foi utilizado crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, conforme Escrituração Fiscal Digital (EFD), enquadrado nos artigos 29 a 31 da Lei 7.014/96, cc o art. 309, §6º do RICMS/2012.

O Anexo II (fls. 18 a 22), indica a exemplo da nota fiscal de entrada 16064, de 07/01/12 ICMS destacado na NF de R\$70,89, e o valor creditado na EFD de R\$87,71, perfazendo crédito a maior de R\$16,82. Portanto, o fato está descrito com clareza (crédito/valor superior ao doc. Fiscal).

Os artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96, estabelecem regras de compensação do ICMS.

Por sua vez o art. 309, §6º estabelece regramento de limite da utilização do crédito fiscal:

Art. 309. *Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

...

§ 6º *Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”.*

Pelo exposto, o Anexo II, que dá suporte à infração, indica os valores dos créditos fiscais corretos e o que foi utilizado a mais do que a empresa tem direito, conforme estabelece a legislação do ICMS, ao contrário do que foi alegado a subsunção do fato a norma.

Conforme apreciado no início, acatando os valores fulminados pela decadência o valor da infração 2 fica reduzido de R\$25.535,78, para R\$20.929,72, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.
31/01/12	09/02/12	198,29	0,00	2	31/01/13	09/02/13	1.130,28	1.130,28	3
29/02/12	09/03/12	532,99	0,00	2	28/02/13	09/03/13	2.347,63	2.347,63	3
31/03/12	09/04/12	1.310,75	0,00	2	31/03/13	09/04/13	13.027,16	13.027,16	3
30/04/12	09/05/12	1.095,40	0,00	2	30/04/13	09/05/13	0,16	0,16	3
31/05/12	09/06/12	822,34	0,00	2	31/05/13	09/06/13	173,56	173,56	3
30/06/12	09/07/12	466,29	0,00	2	30/06/13	09/07/13	76,10	76,10	3
31/07/12	09/08/12	0,11	0,11	2	31/07/13	09/08/13	35,46	35,46	3
31/08/12	09/09/12	13,62	13,62	2	31/08/13	09/09/13	1.396,81	1.396,81	3
30/09/12	09/10/12	0,42	0,42	2	30/09/13	09/10/13	415,66	415,66	3
31/10/12	09/11/12	0,28	0,28	2	31/10/13	09/11/13	1.517,09	1.517,09	3
30/11/12	09/12/12	0,26	0,26	2	30/11/13	09/12/13	586,73	586,73	3
31/12/12	09/01/13	61,16	61,16	2	31/12/13	09/01/14	147,23	147,23	3
Subtotal		4.501,91	75,85		Total		25.355,78	20.929,72	

Relativamente à infração 3 (falta de estorno de crédito fiscal/mercadorias saídas com RBC), o defendente alegou que: feijão carioca camil tp, feijão carioca quero tp, feijão preto camil tp e feijão preto quero tp, são submetidos a processo de industrialização, e não há RBC, pois não integram a cesta básica, submetendo-se ao regime de tributação integral.

Embora o autuado não tenha acostado cópias das notas fiscais de entrada, constato que no Anexo I (fl. 17), elaborado pelo autuante constam que os produtos possuem NCMs 2005.5100 e 2005.5900.

Estas NCMs integram o item 20 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI), como produtos industrializados preparados ou em conservas:

CÓDIGO NCM	DESCRIÇÃO
20.01	PRODUTOS HORTÍCOLAS, FRUTAS E OUTRAS PARTES COMESTÍVEIS DE PLANTAS, PREPARADOS OU CONSERVADOS EM VINAGRE OU EM ÁCIDO ACÉTICO
20.05	OUTROS PRODUTOS HORTÍCOLAS PREPARADOS OU CONSERVADOS, EXCETO EM VINAGRE OU EM ÁCIDO ACÉTICO, NÃO CONGELADOS, COM EXCEÇÃO DOS PRODUTOS DA POSIÇÃO 20.06
2005.5	-Feijões (<i>Vigna spp.</i> , <i>Phaseolus spp.</i>)
2005.51.00	-Feijão em grão
2005.59.00	-Outros

Portanto, em se tratando de produtos industrializados não se trata do feijão que integra a cesta básica, motivo pelo qual a infração 3 é julgada improcedente.

No que se refere à infração 4 (falta de recolhimento de ICMS/operações tributáveis como não tributáveis), o defendente alega que as mercadorias coentro, louro, manjerona, orégano, salsa desidratada, cominho, são contemplados com isenção nos termos do Convênio ICMS 44/75, art. 14, I, “a” do RICMS/97, e art. 265, I, “a” do RICMS/12.

Por sua vez o autuante afirma que o inciso I, da cláusula primeira do Convênio 44/75, é taxativo: “*hortifrutícolas em estado natural*” e os artigos 14, I do RICMS/97, e art. 265, I, “a” do RICMS/12, prescrevem isenção de produtos hortifruti-granjeiros *in natura*, sem ter sofrido nenhum processo de industrialização, enquanto os produtos objeto da autuação são “*aconicionados e embalados para venda*”, o que configura industrialização nos termos do § 5º, do art. 2º do RICMS/97.

Observo que com relação a esta matéria, no recurso interposto contra a Decisão contida no Acórdão JJF 165-01/17, a 1ª CJF deste Conselho, no Acórdão CJF 250-11/18 apreciou que:

De relação aos produtos considerados pelo Recorrente como “hortifrúti”, devo recorrer ao Regulamento do IPI, editado pelo Decreto nº 7.212/2010, para definir o que vem a serem “produtos naturais” e “produtos industrializados”.

Estabelece o RIPI no seu Artigo 3º:

Art. 3º Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º).

Mais ainda, o mesmo RIPI esclarece no seu artigo 4º:

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

No caso em apreço, verifico tratar-se de produtos hortifrúti embalados por indústrias e postas à venda pelo Recorrente em que para que se chegasse ao mercado consumidor necessário se tornou

a sua industrialização, sem o que estariam expostas em seu estado natural, o que não ocorre.

O RIPI diferencia os produtos hortifrutigranjeiros quando em estado natural, abarcados pelo Capítulo 07, e, quando resultantes de algum beneficiamento que os tornam “industrializados”, no Capítulo 20.

Não acolho a pretensão do Recorrente, julgando o reclamado de relação a estes produtos PROCEDENTE.

Esse mesmo posicionamento foi manifestado nas Decisões contidas nos Acórdãos CJF 265-11/17 e CJF 291-12/17.

Pelo exposto, trata-se de produtos industrializados e procedente a acusação. Com o acolhimento dos valores fulminados pela decadência, o valor fica reduzido de R\$24.865,86 para R\$18.355,82.

Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.
31/01/12	09/02/12	1.262,41	0,00	4	31/01/13	09/02/13	963,20	963,20	4
29/02/12	09/03/12	1.340,74	0,00	4	28/02/13	09/03/13	883,95	883,95	4
31/03/12	09/04/12	1.234,52	0,00	4	31/03/13	09/04/13	1.147,25	1.147,25	4
30/04/12	09/05/12	882,33	0,00	4	30/04/13	09/05/13	879,16	879,16	4
31/05/12	09/06/12	970,54	0,00	4	31/05/13	09/06/13	949,31	949,31	4
30/06/12	09/07/12	819,50	0,00	4	30/06/13	09/07/13	985,89	985,89	4
31/07/12	09/08/12	1.046,24	1.046,24	4	31/07/13	09/08/13	1.023,38	1.023,38	4
31/08/12	09/09/12	985,61	985,61	4	31/08/13	09/09/13	864,97	864,97	4
30/09/12	09/10/12	1.056,67	1.056,67	4	30/09/13	09/10/13	1.052,35	1.052,35	4
31/10/12	09/11/12	881,52	881,52	4	31/10/13	09/11/13	998,09	998,09	4
30/11/12	09/12/12	1.062,30	1.062,30	4	30/11/13	09/12/13	1.168,60	1.168,60	4
31/12/12	09/01/13	1.130,74	1.130,74	4	31/12/13	09/01/14	1.276,59	1.276,59	4
Subtotal		12.673,12	6.163,08		Total		24.865,86	18.355,82	

Infração 4 procedente em parte.

Relativamente à infração 5, (operações tributáveis como não tributáveis) o impugnante afirma que são válidos os mesmos fundamentos apresentados na infração 4, dado a sua semelhança, ressaltando que a mercadoria cominho é isenta nos termos do art. 265, I, “a” do RICMS/12.

Da mesma forma, são válidos os mesmos fundamentos do voto com relação a infração 4, ou seja, trata-se de produtos “*acondicionados e embalados para venda*” o que configura industrialização nos termos do § 5º, do art. 2º do RICMS/97.

Na realidade o Anexo VI, que dar suporte a esta infração (fls. 61 a 76), relaciona outros produtos industrializados além do “*cominho pó Kitano e Kisabor*”. Como não foi contestada a exigência relativa aos demais produtos, entendo que tacitamente o impugnante acatou os valores exigidos.

Pelo exposto, com a exclusão dos valores decaídos a exigência fiscal fica reduzida de R\$1.446,44, para R\$1.149,54.

Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.
31/01/12	09/02/12	0,00	0,00	61	31/01/13	09/02/13	175,60	175,60	69
29/02/12	09/03/12	3,89	0,00	61	28/02/13	09/03/13	55,83	55,83	70
31/03/12	09/04/12	41,72	0,00	62	31/03/13	09/04/13	61,74	61,74	70
30/04/12	09/05/12	132,92	0,00	62	30/04/13	09/05/13	132,68	132,68	72
31/05/12	09/06/12	77,16	0,00	62	31/05/13	09/06/13	58,36	58,36	72
30/06/12	09/07/12	41,21	0,00	63	30/06/13	09/07/13	37,31	37,31	73
31/07/12	09/08/12	59,92	59,92	64	31/07/13	09/08/13	54,91	54,91	73
31/08/12	09/09/12	80,28	80,28	64	31/08/13	09/09/13	48,46	48,46	75
30/09/12	09/10/12	77,03	77,03	65	30/09/13	09/10/13	28,12	28,12	75
31/10/12	09/11/12	61,99	61,99	66	31/10/13	09/11/13	24,61	24,61	75
30/11/12	09/12/12	68,97	68,97	67	30/11/13	09/12/13	22,70	22,70	75
31/12/12	09/01/13	74,67	74,67	68	31/12/13	09/01/14	26,36	26,36	76
Subtotal		719,76	422,86		Total		1.446,44	1.149,54	

Infração 5 procedente em parte.

No tocante à infração 6 (recolhimento a menor/aplicação de alíquota diversa), o defendente argumenta que o produto AGRIN é um tipo de vinagre, bem como os produtos NAN 1 e 2; NAN PRO e NAN Confort, Nestle Ideal, Nestogeno 1 e 2, Ninho cresc. 3+; Ninho Cresc. E C. Prebio e Molico Actifibras, são leite m pó, contemplados com RBC.

Por sua vez, a fiscalização afirma que o AGRIN não é vinagre, e os outros produtos acima citados são “*compostos lácteos*” e não se submetem a RBC.

Com relação ao produto AGRIN, observo que o próprio autuante afirma que sua composição é de “*90% de álcool e 10% de vinho, cujos preços nas prateleiras dos supermercados variam a valores mais baixos do que o vinagre*”.

Logo, pode se inferir que se trata de um vinagre de qualidade inferior aos puros (uva, frutas, arroz, trigo, cana de açúcar, etc.), tendo componentes originários de cana de açúcar (álcool) e uva (vinho). Como o vinagre está inserido na cesta básica como produto essencial, sendo o AGRIN comercializado a preços mais baixos do que o vinagre, se caracteriza como produto contemplado com a RBC prevista no art. 87, XXXI do RICMS/97, e Art. 268, XXVII do RICMS/2012.

Também reforça o entendimento de que o AGRIN é um vinagre a indicação contida na IN nº 6 da Associação Nacional das Indústrias de Vinagres (ANAV), publicada pelo Ministério da Agricultura de 06/04/2012, que no seu art. 22, estabelece que “*fica vedado o uso das expressões CLARO, ESCURO e AGRIN, passando a existir somente as denominações VINAGRE DE ÁLCOOL e VINAGRE DE ÁLCOOL COLORIDO*”, conforme alegado pelo defendente.

Com relação aos produtos NAN 1 e 2; NAN PRO e NAN Confort, Nestle Ideal, Nestogeno 1 e 2, Ninho cresc. 3+; Ninho Cresc. E C. Prebio e Molico Actifibras, conforme esclarecidos pelo autuante, os próprios fabricantes indicam nas embalagens que “*ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ*”, ou seja, pela composição dos seus elementos trata se de “*COMPOSTO LÁCTEO*”.

Os valores exigidos referem-se ao período fiscalizado de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Os valores exigidos nestes lançamentos, referente ao período de janeiro a junho/2012, foram fulminados pela decadência, cujos valores serão excluídos no fim do voto.

O art. 268, XXV do RICMS/2012, sofreu diversas alterações na sua redação, conforme abaixo transcrito:

Redação anterior dada ao inciso XXV, do *caput* do art. 268, pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”.

Pelo exposto, no período de julho/2012 a julho/2013, a redação do art. 268, XXV do RICMS/2012, só contemplava a RBC do produto *leite em pó*, portanto, o produto composto lácteo neste período era tributado normalmente e devido os valores exigidos.

Com relação aos valores exigidos no período de agosto a dezembro/2013, com a redação dada ao art. 268, XXV do RICMS/2012, dada pelo Dec. nº 14.681, com de efeitos de 01/08/13 a 31/12/13, o produto *composto lácteo em pó*, estava contemplado com a RBC e fica afastados os valores exigidos correspondentes.

Por fim, convém ressaltar que no Anexo IV, que dá suporte a infração 6 (fls. 26 a 42), engloba outros produtos (achocolatados, bebidas lácteas) que não foram contestados na defesa e fica mantido a sua exigência fiscal.

Pelo exposto, no demonstrativo abaixo foram excluídos os valores fulminados pela decadência (janeiro a junho/2012); todos os valores relativos ao produto AGRIN e os valores relativos ao composto lácteo no período de agosto a dezembro/2013.

A infração 6, fica reduzida de R\$82.437,73, para R\$45.230,56, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Devido	FL.
31/01/12	09/02/12	2.693,99	0,00	26	31/01/13	09/02/13	2.399,48	2.399,48	34
29/02/12	09/03/12	3.112,04	0,00	27	28/02/13	09/03/13	3.104,25	3.104,25	35
31/03/12	09/04/12	2.658,13	0,00	28	31/03/13	09/04/13	2.338,95	2.338,95	35
30/04/12	09/05/12	2.859,43	0,00	29	30/04/13	09/05/13	2.886,84	2.886,84	35
31/05/12	09/06/12	3.746,04	0,00	29	31/05/13	09/06/13	2.728,73	2.728,73	36
30/06/12	09/07/12	3.745,29	0,00	30	30/06/13	09/07/13	2.326,78	2.326,78	37
31/07/12	09/08/12	4.365,16	3.879,53	31	31/07/13	09/08/13	2.994,44	2.994,44	38
31/08/12	09/09/12	3.905,68	3.448,03	32	31/08/13	09/09/13	7.509,14	5.435,47	39
30/09/12	09/10/12	5.095,25	4.654,93	32	30/09/13	09/10/13	3.570,73	0,00	40
31/10/12	09/11/12	3.888,33	3.665,60	33	31/10/13	09/11/13	3.104,77	0,00	41
30/11/12	09/12/12	2.541,75	2.520,82	34	30/11/13	09/12/13	3.945,56	0,00	41
31/12/12	09/01/13	2.846,71	2.846,71	34	31/12/13	09/01/14	4.070,26	0,00	42
Subtotal		41.457,80	21.015,62		Total		82.437,73	45.230,56	

Infração 6 procedente em parte.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278868.0004/17-2**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.337,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA