

A. I. Nº - 274068.0009/18-8
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT/METRO IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-02/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TRATADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ajustes realizados pela autuante reduzem o valor da exação em relação a mercadorias sujeitas à substituição tributária. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$248.608,41, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **02.01.03**. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

Consta a seguinte informação da autuante: *“O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1”*.

Tempestivamente, a autuada, por seu procurador, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 52 e 64, onde alega que, apesar de seguir perfeitamente a legislação pertinente ao imposto citado, foi surpreendida pelo Auto de Infração em epígrafe, diante do fato de a autuante ter indevidamente incluído na sua base de cálculo para autuação diversas mercadorias isentas, ou que estão sujeitas à substituição tributária de ICMS, na qualidade de substituída.

Portanto, argui que não há que se falar em operações tributadas nos casos relacionados, visto que se tratam de operações em que somente o fabricante ou importador (substitutos) é o elo da cadeia de circulação eleito pelo legislador para recolher o ICMS devido em toda a circulação das mercadorias.

Sobre a “isenção” a qual faz referência, aplica o disposto no artigo 265 do RICMS/12 e, em relação às mercadorias sujeitas à “substituição tributária”, aplica o Anexo 1 também do RICMS/BA.

Aduz que todos os itens constantes da planilha utilizada pelo auditor fiscal poderão ser consultados no Arquivo Digital - CD, entretanto, a título de resumidamente evidenciar a falsa alegação de infração, menciona:

Brócolis – Valor Indevido: R\$702,97 – Capitulação Legal da Isenção: Art. 265, I, “a” do RICMS/BA;

Couve-flor – Valor Indevido: R\$497,49 - Capitulação Legal da Isenção: Art. 265, I, “a” do RICMS/BA;

Ervilha Congelada - Valor Indevido: R\$417,58 - Capitulação Legal da Isenção: Art. 265, I, “a” do RICMS/BA;

Fava Congelada - Valor Indevido: R\$224,95 - Capitulação Legal da Isenção: Art. 265, I, “a” do RICMS/BA.

Bombom – Valor Indevido: R\$1.825,33 – Capitulação Legal da Substituição Tributária: Item 11.6 do Anexo I do RICMS/BA;

Cobertura de Sorvete – Valor Indevido: R\$ 134,08 - Capitulação Legal da Substituição Tributária: Item 11.4, do Anexo I do RICMS/BA;

Kit Chester, Kit Montreal, Kit Peru – Valor indevido: R\$17.918,69 – Legal da Substituição Tributária: Item 11.35, do Anexo I do RICMS/BA;

Presunto Parma - Valor indevido: R\$11.717,14 – Legal da Substituição Tributária: Item 11.35.1, do Anexo I do RICMS/BA.

Mesmo concordando com parte do valor lançado, correspondente a R\$17.512,23, entende que a Fiscalização só poderá cobrar este valor mediante a elaboração de novo Auto de Infração para a apuração correta do montante devido, bem como os juros e multa sobre ele incidentes, tornando nulo o presente.

A informação da existência de isenções ou substituição tributária, na qualidade de substituída, já havia sido informado à autoridade fiscalizadora, tendo sido acolhida parte do afastamento já na diligência da fiscalização.

Sendo assim, a manutenção de itens isentos e cuja a operação aplica-se a substituição tributária, na qualidade de substituída, mostra uma ilegalidade do Auto de Infração devendo ele, portanto, ser anulado, conforme fala demonstrar a seguir.

Como preliminar, suscita que todos os itens constantes no lançamento foram justificados em procedimento fiscalizatório anterior a autuação, conforme demonstram os documentos anexos inseridos na fl. 16.

A alegação sustentada pela fiscalização de que não foi recolhido o tributo ante a realização de operação tributável como não tributável não encontra fundamento diante da sua documentação fiscal, uma vez que restou amplamente demonstrado na diligência em comento que as mencionadas operações envolviam mercadorias isentas ou cuja impugnante era substituída tributária, valores que a autoridade atuante considerou apenas com base em ato infra legal, que vai de encontro a toda ordem constitucional.

Diz caber a anulação da autuação tendo em vista não possuir base fática alguma, em razão dos documentos já apresentados na diligência anterior a constituição do crédito tributário demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

Como prejudiciais de mérito, que desaguariam na nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, argumenta que o sistema tributário nacional se baseia em fundamentos constitucionais, sendo aplicável a este ramo do direito notadamente os princípios da estrita legalidade, da tipicidade e da reserva de lei.

Tem que o princípio da estrita legalidade se extrai da interpretação conjunta de dois comandos constitucionais, um de maior alcance (artigo 5º, II, CF/88), inserido como direito e garantia individual, e outro voltado diretamente para o direito tributário (artigo 150, I CF/88), e com base nestes dispositivos tem-se que o contribuinte somente está obrigado a fazer ou deixar de fazer o que está contemplado exatamente na lei.

O princípio constitucional da tipicidade, por sua vez, assegura que os tributos devem ser descritos em modelos, taxativamente relacionados, que demonstrem com precisão a situação econômica que procuram alcançar, sem margem para utilização de critérios subjetivos, anota.

Em relação ao princípio da reserva de lei, destaca que o direito tributário brasileiro acolhe a reserva absoluta de lei, no que diz respeito à definição de todos os elementos essenciais da incidência tributária (artigo 146, III da CF/88), e como consequência natural da aplicação conjunta dessas diretrizes, o contribuinte não é obrigado a pagar tributo sem a ocorrência do fato gerador, bem como sem o devido enquadramento legal para os fatos geradores que tenham supostamente ocorrido.

A descrição lógica, a comprovação dos fatos e a correta capitulação legal, em especial daqueles geradores de obrigação tributária, são elementos essenciais do Auto de Infração e imposição de

multa, sendo impossível sem eles conhecer os verdadeiros limites da acusação e seus derradeiros motivos, sob pena de se mutilar a regra tributária extraída do artigo 142 do CTN reproduzido.

Argumenta que por expressa prescrição do artigo 142 do CTN, o lançamento é realizado por meio de ato vinculado da Administração Pública, o que significa não haver discricionariedade na sua realização: a Administração Pública, ao formalizar a sua pretensão, tem o dever de descrever e detalhar o fato gerador na autuação e apontar especificamente o respectivo fundamento legal, diante da verificação do nascimento da obrigação tributária (fato gerador) e consequente constituição do crédito tributário (lançamento), configurando e determinando a matéria tributável.

É por esta razão que o tema “nulidade” transcende a discussão *in concreto* do lançamento tributário e assume a feição de ferramenta de controle da legalidade do ato administrativo fiscal: significa dizer que o Poder Público deve agir conforme lhe prescreve a Lei, conclui.

Menciona que não fora observado os princípios supracitados que informam o Direito Tributário, nem a disposição do artigo 142 que rege a atividade de constituição do crédito tributário exercida pela autoridade administrativa, uma vez que as infrações fixadas no Auto de Infração possuem fundamentação ‘legal’ genérica, como se verifica de sua leitura.

Nota que a Fiscalização motivou sua autuação com base nos artigos 2º, inciso I e 32 da Lei 7.014/96 (reproduzidos), os quais não se enquadram na hipótese descrita para a acusação apontada na infração, e da leitura gramatical desse dispositivo legal, é incontestável a nulidade do lançamento ora impugnado em razão da total ausência de hipóteses legais neles descritas como puníveis.

Fala ser incontestável que aquele dispositivo legal não se relaciona com a acusação de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, de maneira que este vício material de falta de tipicidade, causa cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que não de qual lei se defende, e esse erro ofende a garantia de ampla defesa prevista no artigo 5º, inciso LV da CF/88.

Traz como paradigma decisão do TIT/SP no Recurso Ordinário, AIIM 3.158.256-4. Processo DRT.8 1000326.923604/2011. Relatora Maria Cristina Diniz Machado, colacionado em trecho.

Entende que a autuação que apenas apresenta capitulação legal genérica, sem expressar a justificativa para a exigência do imposto na descrição das infrações ou no campo das observações, padece ausente de motivação, e por estas razões, por conseguinte, deve ser reconhecida a nulidade total do presente, tendo em vista que a incorreta fundamentação do lançamento acarretou seu cerceamento de defesa.

No mérito, após reproduzir a infração, indica ter sido autuada por supostamente não ter debitado e, consequentemente, recolhido o tributo nas operações que envolvem a revenda de mercadorias sob a alegação de que seriam tributadas, sendo que, a impugnante não as tributou.

Esclarece que, salvo a pequena parte que a impugnante entende correto o lançamento, na grande maioria são mercadorias isentas ou que cujo ICMS foi pago por substituição tributária. Portanto, são, de fato, operações cujo ICMS não é devido porque a legislação baiana isenta a operação ou porque o imposto já tinha sido recolhido pelo substituto tributário.

Ora, tendo indubitável o erro no apontamento do fato tido como ilegal, a nulidade da infração ora impugnada se faz mister, segundo o artigo 18, inciso IV, “a” do RPAF/99 (transcrito).

No caso da autuação em questão, pela inclusão de diversas mercadorias não tributáveis na operação em questão (isentos ou sujeitas a substituição tributária) assevera não ser possível determinar com segurança a infração em questão, uma vez que, conforme legislação vigente à época são isentas ou foram antes sujeitas ao recolhimento por substituição tributária e nesse passo, ela deve ser considerada nula devendo ser ela afastada no Auto em questão.

Caso este Órgão considere não ser possível anular o Auto de Infração em sua integralidade, entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração fiscal

a ela imputada, sendo tal condição é possibilitada pelo artigo 123, § 3º do RPAF/99 (reproduzido), que entende que é possível a baixa dos autos para a realização de diligência.

O supramencionado dispositivo remete ao artigo 145 do mesmo diploma legal que determina que *“o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”* e no presente caso, frisa evidenciada a necessidade de realização de diligência fiscal para apuração correta da infração, em especial dos valores, para evitar a ocorrência de cerceamento da defesa da impugnante, violando, assim, o disposto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal.

Finaliza, pleiteando mais pela total anulação do Auto de Infração, afastando a pretensa cobrança de créditos de ICMS, conforme infrações apontadas na autuação, que corresponde a R\$ 130.688,32 tendo em vista:

Seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas em relação a operações idênticas (artigo 146 do CTN).

Subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, sejam acolhidas as prejudiciais de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas, bem como, do cerceamento de defesa, decorrente da violação ao princípio da tipicidade tributária, estrita legalidade tributária e reserva de lei, em face da total falta de correlação de fundamentos legais com os fatos supostamente apontados.

Na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, a anulação do lançamento é medida que se impõe, em razão de erros na capitulação dos ‘fatos’ em todas as infrações apontadas pela autoridade fiscal, de maneira que suas acusações não espelham os fatos reais praticados, mas, pelo contrário, evidenciam a regularidade dos créditos fiscais de ICMS apropriados pela Impugnante, conforme documentos comprobatórios em anexo.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 281 e 287, indica, após resumir os principais pontos da defesa, que antes da autuação foi enviado para o contribuinte o e-mail de fl. 18 indicando as inconsistências em relação aos produtos tributados e lançado sem tributação, sendo aqueles itens sem justificativa procedente incluídos no lançamento fiscal.

Quanto ao argumento de ser o enquadramento legal genérico, e não estar de acordo com a infração, rebate a alegação, pois os artigos 2º, inciso I e 32 da Lei 7.014/96 falam sobre o fato gerador o qual estão sujeitos ao pagamento do imposto, constando na descrição da infração: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1”*, e, portanto, o enquadramento legal está de acordo com a descrição da infração.

Em relação à tese de que a autuação apresenta capitulação legal genérica, sem expressar a justificativa para a exigência do imposto na descrição das infrações ou no campo das observações implica em cerceamento de defesa, enfatiza que não procede, pois nas fls. 1 a 3 têm as descrições das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo o que determina o artigo 18 do RPAF/99, e o anexo foi entregue ao contribuinte conforme folhas 49 e 50, sendo a planilha clara e objetiva, contendo diversas informações sobre as operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, NCM, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações.

Constam ainda no Auto os documentos e provas necessárias, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, fls. 46 a 47, sendo que os valores reclamados na autuação se

basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital (EFD), documento gerado pela própria autuada, e em momento algum a empresa questionou as informações da EFD, ressalta.

Garante ter o Auto de Infração seguido o que estabelece os dispositivos legais, a saber, o artigo 129, § 1º, inciso III do COTEB, Lei nº 3.956/81, artigo 142 do CTN e artigo 5º, inciso LV da CF, sendo a impugnação a prova de que entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

Quanto às isenções apontadas pela empresa autuada, que estariam amparadas pelo artigo 265, inciso I do RICMS que são isentas as saídas internas e interestaduais, desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionadas no Convênio ICM 44/75, se posiciona no sentido de que as mesmas não cabem em relação a produtos congelados, mencionando e transcrevendo a Cláusula primeira, inciso I do Convênio ICM 44/75.

Lista os produtos congelados que entende não se encontrarem em estado natural, portanto, sujeitos à tributação normal:

ASPARGOS VERDE CONG DAUCY 33X300G
BROCOLIS CONG ATI GEL 6X1.5KG
BROCOLIS CONG DAUCY 4X2.5KG
BROCOLIS CONG GRANO 5X2KG
BROCOLIS CONG OERLEMANS 4X2.5KG
CEBOLA CONSERVA KG
CENOURA BABY CONG ATI GEL 4X2.5KG
CENOURA BABY CONG DAUCY 10KG
CENOURA BABY CONG DAUCY 4X2.5KG
CENOURA BABY DUJARDIN 4X2.5KG
COUVE FLOR CONG ATI GEL 6X1.5KG
COUVE FLOR CONG ATI GEL 7X1.5KG
COUVE FLOR CONG DAUCY 4X2.5KG
COUVE FLOR CONG GOLDEN FOODS 4X2.5KG
COUVE FLOR CONG OERLEMANS 4X2.5KG
ERVILHA CONG ATI GEL 10KG
ERVILHA CONG ATI GEL 4X2.5KG
ERVILHA CONG DAUCY 4X2.5KG
ERVILHA CONG DUJARDIN 4X2.5KG
ERVILHA CONG GOLDEN FOODS 4X2.5KG
ERVILHA CONG NUTRIZ 4X2.5KG
ERVILHA CONG ORLEMANS 4X2.5KG
ERVILHA SECA PINK 20X500G
ERVILHA SECA RAVAX KG
ESPINAFRE FOLHAS DAUCY 4X2.5KG
ESPINAFRE PICADO CONG OERLEMANS 4X2.5KG
ESPINAFRE PICADO DAUCY 4X2.5KG
FAVA CONG 16X400G
FRAMBOESA CONG FRUTA 10X1KG
FRAMBOESA CONG MAIS FRUTA 8X1 KG
FRUTA AMORA CONG DEMARCHI KG
FRUTA AMORA CONG MAIS FRUTA 8X1KG
FRUTA FRAMBOESA CONG MAIS FRUTA 8X1 KG
FRUTA FRAMBOESA CONG PETERFRUT KG

FRUTA MORANGO CONG MAIS FRUTA 8X1 KG
FRUTA MORANGO CONG PETERFUT KG
FUNDO ALCACHOFRA CONG DAUCY 10X1 KG
JARDINEIRA (3 VEG) CONG OERLEMAN 4X2.5KG
JARDINEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG
JARDINEIRA CONG DAUCY 4X2.5KG
MACEDONIA LEGUMES CONG ATIGEL 4X2.5KG
MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG
MANDIOCA TOLETE CONG ATI GEL 5X2.5KG
MANDIOQUINHA CUBO CONG ATI GEL 4X2.5KG
MORANGO CONG 10X1KG
VAGEM CONG ATI GEL 4X2.5KG
VAGEM CONG CUBOS ATIGEL 4X2.5KG
VAGEM CONG DUJARDIM 4X2.5KG
VAGEM CONG NUTRIZ 4X2.5KG
VAGEM CONG OERLEMANS 4X2.5 KG
VAGEM INTEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG
VAGEM INTEIRA CONG DAUCY 4X2.5KG

Complementa que também não se encontram em estado natural a ervilha seca e a cebola em conserva.

Quanto ao ARROZ 7 CEREAIS TIO JOAO 500G, é uma mistura de grãos, não é arroz puro, portanto está sujeito a tributação, enquanto ARROZ BRANCO T. JOAO GOURMET 10X1KG e SAL REFIN LEBRE 10X1KG não têm isenção para saída interestadual.

Quanto o argumento de estarem os produtos sujeitos à ST, analisa a planilha da impugnante:

AÇUCAR REFINADO e AMENDOIM GRELHADITOS SALG S PELE 1.05KG – tiveram venda interestadual, devendo ter a operação destaque do imposto normal.

AMENDOIM JAPONES MEMDORATO 50X30G – NCM 2106.1000, tal NCM para amendoim não está na substituição.

BOMBOM BEL 180G - tem NCM 1704.9020 que não está na substituição.

BUCHO é estômago e o NCM correto é 0504.00 – tripas, bexigas e estômagos de animais inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, congelados, salgado ou em salmoura, secos ou defumados (fumados). Não é produto substituído.

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG – Apesar de ter NCM 1704.9010 não está sujeito a ST, porque não é chocolate, é uma mistura para sobremesa.

CAFÉ TORRADO OU MOÍDO só esteve na substituição até 2014. O café torrado ou moído só foi tributado a partir 2015. Em 2014 só teve tributação de outros cafés que não torrado ou moído.

COBERTURA DE SORVETE – Este item de NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90, que não estão na substituição.

FRI ESP PRESUNTO CRU – NCM 0210 está na ST e foi excluído no ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO – INFORMAÇÃO FISCAL.

KIT – Para a formação de KIT CHESTER PERDIGAO, KIT MONTREAL E KIT PERU a recorrente adota o procedimento de dar saída dos produtos que forma o kit com tributação pelo CFOP 5.926 e dar entrada do kit sem crédito pelo CFOP 1.926. No momento da saída, como o produto já sofreu tributação a saída do kit foi sem tributação. Estes itens foram excluídos, informa.

LICOR STOCK CREME CASSIS 720ML - Saída interestadual para São Paulo sujeita ao Protocolo ICMS 107/09, e tanto o imposto normal como o ST devem ser destacado.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE LONGO 24X500G – operação interestadual, sujeito ao destaque do imposto normal.

NUTELLA 12X350G – Apesar de ter o NCM 1806.90.00 o seu ingrediente principal é amendoim, por isto não está na substituição.

PÃO DE QUEIJO – não é derivado de farinha de trigo e sim de polvilho, portanto é tributado.

PEITO DE FRANGO CERATTI, PICANHA SUINA SAUDALI KG e PIG BEEF CERATTI - NCM do grupo 1602 – outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue, são produtos industrializados com inclusão de conservantes. Não está na substituição.

PRESUNTO CRU E PRESUNTO PARMA – NCM 0210.19.00. Item excluído.

VALVULA GAS 13KG COMPLETA UM – NCM 8481.80.39. Item foi excluído do levantamento.

Quanto à necessidade de novo lançamento, ainda que concordando com parte do valor lançado, a defesa alega que a fiscalização só poderá cobrar o valor mediante a elaboração de novo Auto de Infração, com o que também não concorda, pois após decisão do CONSEF o valor julgado procedente é o valor do lançamento fiscal.

Se posiciona pela desnecessidade de diligência, pois constam nos respectivos autos todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Conclui no sentido de que, por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência parcial do presente Auto.

Junta demonstrativo de fls. 288 e 289.

Cientificado o contribuinte do teor da informação fiscal às fls. 294 e 295, através de Aviso de Recebimento dos Correios, se manifestou às fls. 298 a 316, onde após resumir os principais fatos até então ocorridos, e o posicionamento da autuante, reafirma que as mesmas não condizem com as reais situações fáticas presentes nos autos, devendo, portanto, serem desconsideradas e o presente auto anulado, nos termos da impugnação apresentada.

Inicialmente, ratifica as razões apresentadas na impugnação ao Auto de Infração protocolada em 06/09/2018 (fl. 21), ressaltando apenas as razões expostas sobre os itens afastados pela Fiscalização, requerendo que sejam consideradas conjuntamente a impugnação já apresentada e a presente manifestação a intimação de fls. 280 a 287 para que razões sejam julgadas pela Junta competente.

Ressalta que, conforme já afirmado anteriormente, foram excluídas da autuação diversos itens por inconsistências na autuação original, vez que, conforme o Fisco, tais itens não estão sujeitos à tributação, uma vez que incluídos na substituição tributária, devendo, portanto, serem desconsiderados da autuação original.

Nesse passo, o valor histórico do suposto débito da contribuinte não será mais de R\$248.608,41, mas sim de R\$157.027,95, indica, sendo afastado o montante de R\$91.580,46, devendo também ser afastada a multa aplicada e os consectários legais.

Entretanto, aduz que os valores remanescentes cobrados na intimação de fls. 280 a 287, elaborada pela autuante não são devidos, nos termos da complementação à impugnação ora apresentada, tendo em vista o reconhecimento da falha da autuação reconhecida, pela inclusão indevida dos itens mencionados no parágrafo 11 – Sujeitos a substituição tributária na qualidade de substituto, o Auto de Infração deve ser anulado.

Menciona que o artigo 18, inciso IV, “a” do RPAF/99 preleciona que é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”, e tendo em vista o erro de direito presente na autuação cometido pela Fiscalização ao incluir indevidamente produtos os quais não há obrigatoriedade da tributação, não há outra medida para o presente que não a anulação do mesmo.

Traz entendimento do STJ, no sentido de que a realização de um novo lançamento de tributário em razão da ocorrência de erro de fato não é possível, devendo, portanto, ser anulado o auto de infração em questão, na forma do AgRg no Ag 1261087/RJ, 1ª Turma, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 16/12/2010, DJe 02/02/2011, relativo ao IPTU.

Assim, tendo ocorrido o erro de direito, entende não ser possível a mudança do lançamento fiscal, sendo nulo o mesmo, pois o erro de direito por ocasião do lançamento é aquele que decorre de um enquadramento errôneo no tipo de construção ou no padrão de construção, incorrendo no equívoco da valoração jurídica dos fatos, conforme definição do professor Kiyoshi Harada, conforme transcrição.

Desta maneira, vê o enquadramento errôneo dos itens já excluídos, bem como dos demais indevidamente incluídos, macularem o lançamento tributário da Fiscalização, ocasionando em nulidade do lançamento e, como consequência, de todo o Auto de Infração, pois ante a ocorrência do erro de direito, não é possível certificar-se da correta capitulação da infração imputada, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99.

No mérito, rememora que na nova intimação a autuante alega que, decorrente da notificação enviada por e-mail acerca de inconsistências, apenas “*os itens sem justificção procedente foram incluídos no lançamento fiscal*”, sendo, pois, imprecisa, como ficou bem demonstrado na própria Informação Fiscal, uma vez que houve a rerratificação do Auto de Infração, onde de ofício fora reduzido o montante de R\$91.580,46, correspondente a autuações indevidas.

Além dos valores prontamente excluídos, fala haver diversos outros os quais são isentos e estão sendo indevidamente cobrados pelo Fisco, anota, ficando claro que mesmo com a demonstração e a comprovação do cumprimento de todas as obrigações tributárias e não obrigatoriedade do recolhimento do tributo nos procedimentos anteriores a autuação, houve falha insanável no momento da elaboração do Auto de Infração, que o torna nulo, uma vez que a base fática do mesmo é inexistente.

Repete as arguições quanto à existência de cerceamento de defesa, uma vez inexistir a clara indicação do cometimento da infração imputada, mas apenas o fato gerador do tributo e a indicação da forma de recolhimento do mesmo.

Na hipótese de o Auto de Infração não ser declarado nulo, passa a combater os lançamentos indevidos, iniciando pelos produtos congelados não podem ser considerados isentos e por não se encontrarem em “estado natural”, utilizando equivocadamente como fundamentação o disposto na Cláusula Primeira, inciso I do Convênio ICM 44/75.

De acordo com o informado, os produtos hortifrutícolas congelados não poderiam ser considerados isentos simplesmente por estarem congelados, entretanto, opina que a interpretação restritiva atribuída ao dispositivo do Convênio ICM 44/75 não condiz com a realidade dos fatos, tampouco com as decisões do CONSEF-BA.

Esclarece, de início, que o congelamento dos produtos hortifrutícolas não mudam a natureza ou característica dos mesmos, e servem apenas para facilitar seu transporte e o armazenamento, principalmente quando envolvendo operações interestaduais ou de longa distância, sendo o termo “estado natural” utilizado pelo legislador se refere a produtos que não tenham sido submetidos a processo de industrialização, ou seja, situações onde ocorra a modificação do produto por processo industrial, o que por certo não é o caso dos hortifrutícolas congelados, pois o mero congelamento não altera o estado natural do produto hortifrutícola, permanecendo em estado natural e conservando todas as suas caracterizas originais.

Traz decisão do CONSEF, onde restou decidido que o mero congelamento de produto hortifrutícola não tem o condão de alterar a natureza do mesmo para fins de tributação, servindo apenas para o acondicionamento do produto, na forma do Acórdão JJF 0110-04/18, copiado em trechos.

Indica que, ainda que o produto tenha sido congelado ou até mesmo embalado, não é possível afastar sua natureza de produto hortifrutícola, bem como a isenção prevista no artigo 265, I, “a” do RICMS/2012, e para corroborar com tal posicionamento, lembra decisão do STJ mesmo sentido, afastando a tributação de produto congelado, uma vez que considerou que o congelamento não altera a característica do produto, no AREsp 851.817/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 20/10/2016.

Nesse passo, fala que a relação dos produtos apontada (fls. 283 e 284 dos autos) são isentos devendo ser afastados da autuação, anulando a infração em relação aos produtos indicados.

No tocante aos produtos que estão sujeitos à substituição tributária, tem a seguinte situação, que demonstra que a argumentação da autuante está equivocada:

AÇÚCAR REFINADO (Venda Interestadual) apesar da ocorrência de venda interestadual, não houve prejuízo ao Fisco, uma vez que a contribuinte quitou o débito com o crédito da própria operação, respeitando o disposto no artigo 302, I do RICMS/2012;

AMENDOIM GRELHADITOS SALG S PELE 1.05KG (Venda Interestadual) é a mesma situação do item anterior, não tendo havido prejuízo ao Fisco, uma vez que a contribuinte quitou o débito com o crédito da própria operação, respeitando o disposto no artigo 302, I do RICMS/2012;

AMENDOIM JAPONES MENDORATO 50X30G (NCM 2106.1000 não está na substituição) indica erro da descrição da NCM, uma vez que 2008.11.00 é o condizente a este caso em questão, conforme aponta o próprio fabricante do produto (fls. 22 a 24).

BOMBOM BEL 180G (NCM 1704.9020 não está na substituição) NCM indicado na planilha está incorreto, sendo correto o NCM 1806.3120, conforme as notas fiscais de nº 21958 e 26992 do fornecedor (Pág. 25 e 26).

BUCHO (Está classificado com NCM incorreta, sendo correta a 0504.00) e a nota fiscal de entrada do produto é do NCM 0206.29.90, estando este sujeito à substituição tributária, conforme a classificação do produtor do produto (fls. 27 a 29).

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG (Apesar do NCM 1704.9010 não está sujeito ao ST porque não é chocolate, é mistura para sobremesa), conforme o item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012 está sujeito ao regime de ST.

CAFÉ TORRADO OU MOÍDO (ST até 2014, de 2015 em diante havia tributação normal) tais valores até 2014 devem ser excluídos, uma vez que havia ST ainda na época.

COBERTURA DE SORVETE (NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90 não estão na substituição) se trata de mercadoria sujeita ao regime de ST conforme item 39 do Anexo 1 RICMS.

LICOR STOCK CREME CASSIS 720 ML (Saída interestadual para São Paulo sujeita ao Protocolo ICMS 107/09. Imposto normal e ST devem ser destacados) Produto sujeito ao regime de ST conforme item 5.2 do Anexo 1 RICMS.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCHINE LONGO 24X500G (Operação interestadual, sujeito ao destaque do imposto normal) apesar de ser saída interestadual, não procede a cobrança do ICMS ante a possibilidade do estorno do valor total da operação na apuração do ICMS.

NUTELLA 12X350G (Ingrediente principal é amendoim, produto não sujeito a substituição tributária, apesar do NCM ser 1806.90.00) indevida a tributação do produto, pois a classificação do NCM 1806.90.00 foi determinada pelo fabricante/importador, não sendo possível sua alteração pela empresa, corroborando tal entendimento o Parecer SEFAZ-BA nº 57840920102 (fl. 30), bem como a Solução de Consulta nº 93/2011 da Receita Federal do Brasil (fl. 31);

PÃO DE QUEIJO (Não é derivado de farinha e sim de polvilho, portanto é tributado) não cabe a fundamentação do Fisco, uma vez que no período da realização da operação o NCM 1905.20.90 estava sujeito a substituição tributária, conforme item 33.1 do Anexo 1 do RICMS 2012, redação vigente nos anos de 2014/15;

PEITO DE FRANGO CERATTI, PICANHA SUINA SAUDALI KG e PIG BEEF CERATTI (NCM do grupo 1602 – são produtos industrializados com inclusão de conservantes, não estando na substituição) não prospera a alegação, pois os referidos produtos foram inseridos no item 35-A do Anexo I do RICMS/2012, através do Decreto nº 15.661/2014, com vigência de 01/01/2015 a 03/02/2015, toda operação observou a legislação vigente a época.

Os demais itens não contestados (FRI ESP PRESUNTO CRU, KIT CHESTER PERDIGÃO, KIT MONTREAL E KIT PERU, PRESUNTO CRU E PRESUNTO PARMA e VÁLVULA GAS 13KG COMPLETA UM) já foram objeto de análise nos termos de reatificação do lançamento, onde foi acatada a argumentação da impugnação, afastando os referidos itens da autuação e por consequência, reduzindo do auto de infração.

Por toda exposição, aponta não haver outra medida cabível ao presente caso que a anulação do presente Auto de Infração ante as inúmeras incorreções apontadas.

Diante da colocação de que não ser necessária a elaboração de um novo Auto de Infração no presente caso, mesmo com o apontamento das diversas falhas, uma vez que após a decisão do CONSEF o valor julgado procedente será o valor do lançamento fiscal, pede *vênia* para discordar, pois tal argumentação não merece prosperar uma vez que, conforme demonstrado anteriormente, os erros cometidos anteriormente tornam o lançamento nulo, nos termos do artigo 18, IV, “a” do RPAF, conforme diz bem demonstrado em momento anterior.

Noutro giro, o presente Auto de Infração deve ser anulado, pois não é possível verificar com exatidão se houve a majoração de outros itens que constam no mesmo, pleiteia, e sendo assim, é impossível a manutenção do Auto de Infração n, uma vez de ser ele nulo sob a visão do artigo 18, IV, “a”, devendo, portanto, ser anulado.

Reitera a solicitação de realização de diligência, entendendo que a mesma, com a análise das notas das operações indicadas na infração é medida necessária para se evitar conclusões equivocadas e interpretações errôneas, com base em provas mal acostadas no auto de infração, caso se entenda, na remotíssima hipótese, pela não anulação do lançamento.

Ela sanará qualquer dúvida que possa ter sido ocasionada pela autuação original, mantendo-se, apenas, a autuação sobre os valores que eventualmente sejam devidos pela contribuinte, arremata.

Finaliza requerendo seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão do erro de direito cometido pela Fiscalização no momento da lavratura do mesmo, ao incluir indevidamente diversos bens que não são tributados, seja pela existência de isenção ou de substituição tributária a qual a contribuinte é substituída, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF, inclusive em razão da Fiscalização não demonstrar com clareza o montante devido pela contribuinte, mesmo com a realização de procedimentos anteriores a autuação, o que torna nulo o auto de infração;

Subsidiariamente, na remota hipótese do lançamento não ser declarado nulo, seja afastada a cobrança do crédito tributário que remanesceu após a reatificação da Autoridade Fiscal, conforme a fundamentação constantes na presente impugnação, quais sejam que, conforme o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo uma vez que o Fisco indevidamente tenta tributar produtos hortifrutícolas claramente isentos, apenas por conta de eles estarem congelados, violando, assim, as decisões do CONSEF/BA e do STJ.

Que o Fisco autuou inúmeras operações relativas a produtos sujeitos a substituição tributária e ou isentos, chegando até a excluir parte dos mesmos produtos, evidenciando a incorreta tributação;

Diante de todas as incorreções do auto de infração apontadas na impugnação e na presente manifestação, não há outra medida no presente caso senão a anulação do presente auto de infração e a realização de um novo lançamento afastando os valores envolvendo produtos isentos ou que estão submetidos a substituição tributária.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja

revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante, em nova intervenção (fls. 331 a 338), aponta quanto ao pedido de nulidade do lançamento, ao amparo do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, não procede, pois através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do Auto de Infração. Ainda de acordo com o § 1º do artigo 18 do RPAF/99 as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, 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, sendo fornecida no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Frente ao posicionamento defensivo de que na nova intimação teria alegado que, decorrente da notificação enviada por e-mail a contribuinte acerca de inconsistências, apenas “*os itens sem justificação procedente foram incluídos no lançamento fiscal*”, garante ser a mesma imprecisa, como ficou bem demonstrado na própria informação fiscal, uma vez que houve a rerratificação do Auto de Infração, onde de ofício fora reduzido o montante de R\$ 91.580,46, correspondente a autuações indevidas.

Tal citação não confere com o que está escrito na informação fiscal, uma vez que por e-mail foi informada uma relação com inconsistência dos itens tributados como não tributados. Dos itens constantes no Anexo 1, só durante a defesa foi que o contribuinte trouxe novos esclarecimentos e o que foi considerado procedente foi corrigido no Anexo 2. Se a empresa tivesse informado todos os dados ao responder o e-mail já evitaria a reclamação do crédito dos itens corrigidos, frisa.

Quanto a impossibilidade de retificação do Auto de Infração, diante da arguição de que analisando os dispositivos do enquadramento da infração, em nenhum deles há a clara indicação do cometimento da infração imputada à contribuinte, mas apenas o fato gerador do tributo e a indicação da forma de recolhimento do mesmo, e ainda que juntadas planilhas e outros documentos com a indicação dos supostos itens os quais ocasionaram a infração, essa documentação se mostraram insuficiente para determinar a infração a qual a contribuinte supostamente incorreu, se verificado que a própria autuante afasta parte dos valores, não concorda, pois o fato da autuada ter se defendido a um nível minucioso é prova de que não houve cerceamento de defesa, além do que a sugestão de retificação do valor através da informação fiscal é possível desde que deliberada pelo órgão competente.

Em relação aos produtos isentos, que segundo a defendente o congelamento dos produtos hortifrutícolas não mudam a natureza ou característica dos mesmos, e servem apenas para facilitar seu transporte e o armazenamento, principalmente quando envolvendo operações interestaduais ou de longa distância, apresentando um entendimento do CONSEF, argumenta que a alegação não cabe, pois, o artigo 265, I, “a” do RICMS/12 determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, sendo os produtos congelados descascados, cortados e embalados em um processo industrial.

Observa que o texto do CONSEF é baseado no RICMS/97 que previa isenção para produtos congelados, porém o fato gerador em questão está sujeito ao RICMS/12 que não prevê a condição de congelado para isenção. O Convênio ICM 44/75 nunca previu a isenção para produtos congelados, mas no RICMS/97 tinha esta previsão. O RICMS/12 não faz previsão de isenção para produtos congelado como o texto anterior e reporta-se apenas ao Convênio ICM 44/75, portanto produtos congelados não estão sujeitos a isenção.

Em relação aos produtos sujeitos à substituição tributária, informa:

AÇUCAR REFINADO – diante da alegação de que apesar da ocorrência de venda interestadual, não houve prejuízo ao Fisco, uma vez que a contribuinte quitou o débito com o crédito da própria

operação, respeitando o disposto no artigo 302, I, do RICMS/2012, a mesma não procede, pois, açúcar não tem Convênio ou Protocolo, portanto a saída interestadual deve ter o destaque do imposto e a empresa tem direito ao estorno. Se assim não for feito, o destinatário será prejudicado por não ter direito ao crédito, sendo que o artigo. 302, inciso I do RICMS/BA refere-se a ressarcimento do imposto retido ou antecipado. Mantido no lançamento.

AMENDOIM GRELHADITOS SALG S PELE 1.05KG possui a mesma situação do item anterior

AMENDOIM JAPONES MEMDORATO 50X30G – Segundo a impugnante há um erro da descrição do NCM, uma vez que o NCM 2008.11.00 é o condizente a este caso em questão, conforme aponta o próprio fabricante do produto (fls. 319 a 321). A recorrente escriturou errado a EFD e deu informação incorreta na nota fiscal de saída. O equívoco de defendente induziu a fiscalização ao erro. O item foi corrigido.

BOMBOM BEL 180G – De acordo com a impugnante, a NCM indicada na planilha está incorreta, sendo correto a 1806.3120, conforme as notas fiscais de nº 21958 e 26992 do fornecedor (fls. 322 e 323). A empresa escriturou errado a EDF e deu informação incorreta na nota fiscal de saída. Tal equívoco induziu a fiscalização ao erro, sendo o item corrigido no ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO - INFORMAÇÃO FISCAL.

BUCHO - Segundo a impugnante a nota fiscal de entrada do produto é do NCM 0206.29.90, estando este sujeito à substituição tributária, conforme a classificação do produtor do produto (fls. 324 e 325), tendo ocorrido o fornecedor informar a NCM errada. Sendo Bucho estomago e a NCM correto é 0504.00 - tripas, bexigas e estômagos de animais inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, congelados, salgado ou em salmoura, secos ou defumados (fumados), não é produto substituído.

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG - Segundo a impugnante apesar do NCM 1704.9010 não está sujeito ao ST porque não é chocolate, é mistura para sobremesa e conforme o item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012 está sujeito ao regime de ST. Lembra que mistura para sobremesa não está sujeita ao ICMS, assim como mistura para pudim, e conforme posição da GESUT este item não está sujeito a substituição, conforme e-mail.

CAFÉ TORRADO OU MOÍDO – De acordo com a tese defensiva, o café estava sujeito ao regime de antecipação tributária até 2014 e os valores até 2014 devem ser excluídos, uma vez que havia ST ainda na época. Ocorre que segundo o Anexo 1 do RICMS/12, item 8, trata-se café torrado ou moído, sendo que o café inserido no Anexo é café em grão (CAFE GRÃOS KG). Não existe correção a fazer neste item.

COBERTURA DE SORVETE - Segundo a impugnante a mercadoria está sujeita ao regime de ST conforme item 39 do Anexo 1 RICMS. Ocorre que este item tem os NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90, que não estão no item 39 do Anexo 1 RICMS, inexistindo correção a fazer neste item.

LICOR STOCK CREME CASSIS 720ML - Segundo a defesa apresentada, o produto estaria sujeito ao regime de ST conforme item 5.2 do Anexo 1 RICMS. Ocorre que se trata de operação interestadual com produto sujeito ao Protocolo ICMS 107/09, portando deve ter o destaque de imposto normal e substituído cabendo o estorno. Se assim não for feito, o destinatário será prejudicado por ter de recolher o imposto no destino. Mantém o produto no lançamento.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE LONGO 24X500G - Segundo a impugnante apesar de ser saída interestadual, não procede a cobrança do ICMS ante a possibilidade do estorno do valor total da operação na apuração do ICMS, massa não tem Convênio ou Protocolo com São Paulo e o destinatário será prejudicado por não ter direito ao crédito, e não existe correção a fazer neste item.

Em relação a “NUTELLA 12X350G”, que segundo a impugnante a classificação do NCM 1806.90.00 foi determinada pelo fabricante/importador, não sendo possível sua alteração pelo contribuinte, corroborando com tal entendimento o Parecer SEFAZ/BA 578409/2010-2 (fl. 327), bem como a Solução de Consulta 93/2011 da Receita Federal do Brasil (fl. 328), sendo tal produto marca de um

creme de avelã com cacau e leite, de acordo com informação colhida através do site Wikipédia (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Nutella>).

No Brasil os ingredientes são: açúcar, óleo vegetal, avelãs (13%), cacau (7,5%), leite desnatado (5,6%), lactose, soro de leite, emulsificante (lecitina de soja) e aromatizante. Portando o principal ingrediente é avelã e por também ter como o ingrediente cacau não é e nem deve ser considerado como chocolate, conclui.

Para a mercadoria ser enquadrada na antecipação tributária deve ter o NCM e descrição conforme o Anexo 1 do RICMS/12, sendo que o item 11 deste cita chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, entretanto, creme de avelã com cacau não é chocolate, inexistindo correção a fazer neste item.

Plota foto do produto.

Em relação ao “PÃO DE QUEIJO” esclarece que tal produto usa polvilho e não farinha de trigo, e somente pão com NCM 1905 derivado de farinha de trigo é que se enquadra na descrição do item 33.1, não existindo correção a fazer neste item.

Para os produtos “PEITO DE FRANGO CERATTI”, “PICANHA SUINA SAUDALI KG” e “PIG BEEF CERATTI”, ratifica a informação fiscal, de fl. 286, de que estes produtos têm NCM do grupo 1602 (outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue), são produtos industrializados com inclusão de conservantes. Não estando na substituição tributária, e, portanto, não existe correção a fazer.

Quanto à realização de diligência, se posiciona contrariamente, ao argumento de constarem nos autos todos os elementos necessários para conclusão da procedência da infração, inclusive as informações fiscais.

Por tudo quanto aqui exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio, um julgamento pela procedência parcial do presente Auto.

Mais uma vez intimada para tomar conhecimento da informação fiscal, através de Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 346 e 347), a empresa autuada não se manifestou.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através do DTE, mensagem número 70304, pela lavratura da Cientificação de Início de Ação Fiscal em 06/04/2018, com ciência da empresa em 24/04/2018 (fl. 06).

De igual modo, a autuante formalizou intimação para apresentação de livros e documentos através de e-mail (fls. 07 e 08).

A memória de cálculo da autuação se encontra por amostragem às fls. 21 a 45, e integralmente na mídia de fl. 46 sido devidamente entregue ao final da ação fiscal, através dos documentos de fls. 49 e 50.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Existindo questões preliminares a serem analisadas, passo a analisá-las iniciando pela arguição de nulidade por carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam no presente lançamento, primeiro, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as demais questões preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do Estado da Bahia.

Segundo, por motivo de que ao longo da tramitação processual o sujeito passivo teve ciência plena da autuação, dos documentos autuados, com suas respectivas chaves de acesso, datas de emissão, emissores, mercadorias, valores, e demais dados vitais para identificação de cada um dos documentos fiscais arrolados na empresa, na forma dos demonstrativos elaborados, devidamente entregues ao sujeito passivo, na forma de recibo firmado nos autos.

Também foi franqueada ao contribuinte a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contencioso, inclusive e sobretudo a apresentação de elementos de prova e argumentos, vários deles albergados pelo próprio autuante em sua informação fiscal, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo conhecimento.

Obedecido igualmente o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Néilson Nery Costa assim entendido: *“O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”*.

Da mesma maneira, não se pode avaliar ter sido violado o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o qual possui a sua gênese no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que reza: *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Em complemento a tal comando, de forma específica, ao abordar o sistema tributário, a Carta Magna no seu artigo 150, inciso I, veda aos entes federados: *“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”*, o que torna tal princípio um dos mais importantes de nosso sistema tributário.

Aprecio a solicitação da empresa para a realização de diligência, no sentido de comprovar seus argumentos, a qual indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

Tal desnecessidade se justifica pelo fato de que a discussão se apresenta no âmbito eminentemente fático, no âmbito interpretativo, vez que o processo se encontra devidamente especificado e detalhado na peça de defesa apresentada.

Inexiste, pois, fundamentação robusta para amparar o pedido, sequer argumento sólido, e além disso, toda a documentação se encontra em poder da autuada, o que também concorre para o indeferimento.

Ainda que obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa, ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de negar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, como aventado pela defesa, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E REQUISIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ. *A matéria escapa do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se analisar se as provas dos autos são suficientes para a apreciação do pedido formulado, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou ilegalidade se o juiz indefere a produção de prova pericial e a juntada do processo tributário administrativo ao verificar que o processo está suficientemente instruído. Agravo regimental não provido*”. (Grifei).

Já a 5ª Turma do mesmo STJ, na análise de matéria afeita a requerimento de realização de diligência, no AGRG NO ARESP 774036 / SP 2015/0219845-4, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, ainda que não tratando de matéria no âmbito tributário, mas de mesma natureza da ora analisada, assim se manifestou:

“INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Precedentes”.

Cito ainda trecho da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CÍVEL 0001459-03.1999.4.01.3300 BA 0001459-03.1999.4.01.3300, julgado pela 7ª Turma Suplementar, e relatado pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:

“A realização da prova pericial destina-se ao convencimento do julgador primário, a quem cabe verificar se a documentação constante dos autos é suficiente à sua convicção, podendo dispensar a produção de provas que entender desnecessárias à formação de seu livre convencimento. O indeferimento de prova irrelevante para o deslinde da causa não constitui nulidade processual. Configura cerceamento de defesa a notificação de lançamento fiscal que não oferece ao contribuinte a oportunidade de impugnar a exação. Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento”.

No caso presente a exação foi impugnada, o feito se encontra devidamente instruído, inclusive com os elementos de prova tidos como suficientes para suportar a acusação fiscal, além do que, a decisão compete ao julgador, diante de sua análise dos elementos que compõem o processo, os quais tenho como suficientes para prolatar decisão de mérito, motivos pelos quais, não acolho o pedido formulado.

Quanto ao entendimento da defesa de que pelo fato de terem sido feitas adequações no lançamento, em sede de informação fiscal, com a retirada de produtos originalmente incluídos, implicaria a nulidade do feito, não pode prosperar, tendo em vista que não se trata de refazimento da ação fiscal, apenas ajustes em acatamento aos pontos defensivos tidos como pertinentes, não trazendo qualquer prejuízo para a defesa ou para a empresa, ao contrário, beneficiando-as, diante do pleno exercício da busca da verdade material e do exercício do contencioso, sendo a ampla defesa igualmente exercida, ao ser dado conhecimento dos ajustes realizados e a possibilidade do contribuinte em se manifestar.

Também refuto o entendimento defensivo de necessidade de novo Auto de Infração, tendo em vista as reduções verificadas no lançamento, quando das intervenções da autuante.

Por tais razões, não acolho as preliminares aventadas.

No mérito, a tese defensiva se estriba em duas vertentes, quais sejam: a isenção dos produtos hortifrutícolas que comercializa, que considera amparados por isenção do ICMS e produtos que tem como inseridos na regra de substituição tributária.

Início pelos itens tidos como isentos, em relação aos quais esclareço que o artigo 265 do RICMS/12, determina:

“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)”.

Analisando o Convênio ICM 44/75, o qual dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, cuja remissão foi feita no mencionado artigo, observo estar ali o seguinte comando:

“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:

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

i) palmito, pepino, pimentão, pimenta;

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

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

Chamo a atenção para os dois termos grifados, quais sejam “hortifrutícolas em estado natural” e “frutas frescas”.

Note-se que o RICMS/12 acima referido, condiciona a isenção para as saídas de produtos, exceto se destinados à industrialização, ou seja, aqueles que venham a sofrer qualquer processo dentre àqueles listados na legislação como industriais.

A legislação do IPI (Decreto 7.212/10), que dispõe sobre tal imposto, considera caracterizada a industrialização quando se realize qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como:

I – a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, 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);

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).

De tal conceito, chama particularmente a atenção o fato da embalagem ser tida como industrialização, e o segundo, o de modificação da aparência do produto.

Assim, na forma da norma regulamentar do Estado da Bahia, devidamente reproduzida linhas acima, nos fala em hortifrutícolas em estado natural e frutas frescas, o que de logo demonstra que as frutas congeladas, além de sofrerem um processo de industrialização pela embalagem, como veremos adiante, não se apresentam também em seu estado natural, e sim congeladas, ainda que a defesa tenha trazido decisão no sentido contrário, a qual, entretanto, não seguiu o rito dos recursos repetitivos, sequer tem efeito vinculante, além do que, vigora no processo administrativo o livre convencimento motivado do julgador.

Pertinente ao tema em questão a resposta à consulta tributária 29/2000, realizada no Estado de Santa Catarina, cujo teor, pela pertinência com o aqui ora apreciado, reproduzo:

“EMENTA: ICMS. O CONGELAMENTO DE LEGUMES E VERDURAS LHES RETIRA A CONDIÇÃO DE PRODUTO EM ESTADO NATURAL, PARA FINS DE APLICAÇÃO DA REGRA ISENCIONAL.

CONSULTA Nº: 29/2000

PROCESSO Nº: GR01 5538/99-8

01 - DA CONSULTA

A consulente em epígrafe informa que pretende adquirir produtos agrícolas “in natura” de produtores localizados no Estado de Santa Catarina. Os produtos comercializados pela consulente, e sobre os quais consulta, estão arrolados no RICMS-SC/97, Anexo 2, artigo 2º, I. Esses produtos são comercializados congelados e obtidos pelo seguinte processo de comercialização pelo frio:

a) recepção dos produtos “in natura” dos produtores;

b) descasque ou desfolhamento;

c) lavagem;

d) retalhadura (corte em cubos, tiras ou rodela);

e) branqueamento;

f) congelamento a temperatura de -35° C a -40° C;

g) acondicionamento em sacos plásticos;

h) estocagem.

Elucida ainda a consulente que:

O branqueamento é um processo complementar de conservação de alimentos (vegetais) por tratamento térmico, mediante imersão do produto em água aquecida ou sua exposição a contato direto com vapor d'água, à temperatura de 84° a 100° C, por tempo variável entre 15 e 90 segundos, em operação preliminar ao congelamento.

Este é um processo que assegura a manutenção das propriedades naturais dos vegetais, através da estabilização das enzimas, não deixando ocorrer alteração de cor, textura e sabor dos vegetais.

As enzimas presentes nos vegetais têm a função de controlar as mudanças do metabolismo das membranas vivas e são a causa da deterioração dos tecidos após a colheita. Durante a armazenagem de vegetais a baixa temperatura, sem terem recebido tratamento prévio de estabilização, as enzimas são responsáveis pelas mudanças indesejáveis de cor e sabor, o branqueamento prévio ao congelamento, consegue estabilizar as características do alimento “in natura”, pois o congelamento é o único método que conserva o produto em seu estado natural e original, mantendo sua aparência, sabor e valor nutritivo.

A consulente sustenta que os procedimentos a que são submetidos os vegetais não os caracterizam como produtos industrializados, conforme o entendimento firmado pelo Convênio nº AE 17/72 segundo o qual ‘não se deve considerar industrializado o produto resultante (...) de resfriamento e congelamento’.

Em apoio à sua tese, a consulente traz à colação as Respostas a Consultas nº 246/88 e 198/85 da Consultoria Tributária do Estado de São Paulo.

Isto posto, a consulente indaga se os produtos vegetais submetidos ao tratamento descrito mantêm a condição de “in natura” e estão ao abrigo da isenção prevista no RICMS-SC/97, Anexo 2, art. 2º, I.

02 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Lei nº 5.172/66, art. 46, parágrafo único;

RIPI/82, art. 3º;

RICMS-SC/97, Anexo 2, art. 2º, I.

03 - FUNDAMENTAÇÃO E RESPOSTA

O conceito de industrialização no direito tributário é dado pela legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados. Assim, o parágrafo único do art. 46 do CTN, considera industrializado “o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo”. Por sua vez, o art. 3º do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 87.981, de 23 de dezembro de 1982, precisa com mais detalhe a definição de industrialização como ‘qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação, ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para consumo’.

No caso, o congelamento, como mero processo de conservação dos alimentos, com ou sem branqueamento, deve ser considerado como industrialização. Além do mais, a mercadoria é oferecida ao público consumidor acondicionada em embalagens de apresentação que, a teor do disposto no art. 3º, IV, do RIPI/82, deve ser considerado industrialização. Nesse sentido já se manifestou esta Comissão, na resposta a consulta a seguir transcrita:

Consulta nº 07/97

ICMS. PRODUTOS PRIMÁRIOS. A ALÍQUOTA DE 12% (DOZE POR CENTO) NÃO SE APLICA AOS PRODUTOS ELENCADOS NO ANEXO 1, SEÇÃO III DO RICMS/97 QUE TENHAM SOFRIDO QUALQUER PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, INCLUSIVE SUA COLOCAÇÃO EM EMBALAGEM DE APRESENTAÇÃO.

Conforme a definição de industrialização inserta no parágrafo único do art. 46 do CTN, para um produto ser considerado industrializado, o processo ao qual for submetido deve: a) modificar-lhe a natureza, b) modificar-lhe a finalidade, ou c) aperfeiçoá-lo para consumo. Ora, o processo descrito claramente aperfeiçoa o produto para consumo, pois o procedimento visa conservar suas características originais. Aperfeiçoar envolve a idéia de tornar mais perfeito, completar ou aprimorar. No caso, cuida-se de conservar, preservar ou manter as características de cor, sabor, aroma do produto em questão por prazo superior ao que ocorreria na natureza, ou seja, o referido processo está aperfeiçoando-o para consumo.

Isto posto, responda-se à consulente:

a) o processo descrito na consulta retira a condição de produtos naturais às leguminosas a ele submetidas;

b) os produtos submetidos ao referido processo não estão ao abrigo da isenção prevista no RICMS/97, Anexo 2, art. 2º, I”.

Muito embora a resposta não vincule o julgador, poderá servir de parâmetro para a decisão a ser enunciada, como veremos adiante.

Também importante destacar que para fins de classificação fiscal, tais produtos encontram-se no capítulo 7 da TIPI (Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados), independente da sua forma de apresentação, que pode ser:

Considera-se em estado natural o produto tal como se encontra na natureza, que não tenha sido submetido a nenhum processo de industrialização, não perdendo essa condição o que apenas tiver sido submetido a resfriamento, congelamento, secagem natural, acondicionamento rudimentar ou que, para ser comercializado, dependa necessariamente de beneficiamento ou acondicionamento;

Os produtos hortifrutigranjeiros cortados, descascados ou cuja embalagem não seja estritamente necessária à sua comercialização caracterizam-se como produtos resultantes de industrialização.

Tendo em vista essas duas situações, para fins de tributação, o Estado da Bahia, em atenção ao Convênio ICM 44/75, na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador, considera que a primeira forma de apresentação (natural) é isenta, e a segunda passa a ser tributada por sofrer industrialização (embalagem e congelamento).

Em alguns processos, se acrescenta ao produto sal ou açúcar antes do congelamento, sendo que tal adição não modifica a classificação, onde podem, inclusive, ter sido cozidos em água ou vapor antes do congelamento.

Em relação às frutas congeladas, aquelas da marca Mais Fruta, arroladas na autuação, em pesquisa no site da referida empresa, (www.maisfruta.com.br), se constata que na linha de produtos “polpas de frutas e frutas congeladas”, os produtos produzidos são, em verdade, polpas de frutas, embaladas e congeladas como pode ser visto em <http://www.maisfruta.com.br/produtos/detalhes/polpa-de-framboesa/57>, <http://www.maisfruta.com.br/produtos/detalhes/polpa-de-amora/53> e <http://www.maisfruta.com.br/produtos/detalhes/polpa-de-morango/66>, se apresentando como produtos ensacados em embalagens de 400g e 1 Kg,

Daí se comprova que os mesmos não atendem ao critério de isenção, que é o de que as frutas sejam frescas.

De acordo com tal critério, ervilha seca também não se enquadraria no campo das isenções, devido ao processo de desidratação a que foi submetida, até pelo fato de que, nos termos do artigo 111 do CTN, segundo o qual:

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

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

Ou seja, na ideia de sistema tributário fechado, tal artigo 111 previu que a norma que verse sobre isenção, suspensão ou exclusão do crédito tributário e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias, deve ser interpretada literalmente, retirando do intérprete qualquer possibilidade de alargamento da “benesse” tributária concedida pelo legislador.

Do exame da regra posta, Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário. 31ª ed. revisada, atualizada e ampliada São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121) assim entende: “*o direito excepcional (como é a isenção tributária), deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal*”.

Para Aliomar Baleeiro, ao analisar tal artigo: “*tais dispositivos são taxativos: - só abrangem os casos especificados, sem ampliações*”.

Ou seja, o entendimento não pode ser ampliado, e sim, restritivo.

Continuando, em <https://www.atigel.com.br/a-empresa/>, pode-se visualizar embalagens dos produtos autuados, e confirmar serem os mesmos congelados e embalados, ou seja, nos termos da legislação do IPI, industrializados.

O mesmo ocorre com os produtos cenoura baby, fundo de alcachofra, couve-flor e aspargo, da marca Daucy (consulta disponível em <http://www.daucy.com.br/>), produtos igualmente ensacados (embalados), e congelados, perdendo, pois, o caráter de naturais de que fala o Convênio acima mencionado, como já analisado anteriormente.

Logo, não há como se acatar o argumento defensivo, mantendo a cobrança em relação aos produtos elencados no lançamento.

Em relação aos produtos considerados pelo sujeito passivo como submetidos à substituição tributária, importante frisar, inicialmente, o entendimento da SEFAZ para o enquadramento, o qual consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente*”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, dentre tantos outros.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição”.

Partindo de tal premissa, de igual modo, passo a analisa-los de *per si*:

AMENDOIM JAPONES MENDORATO 50X30G – NCM 2106.1000, a qual não se encontrava no Anexo 1 ao RICMS/12, no período de 2014 e 2015, sendo tributado, devendo, pois, ser mantido no lançamento

BOMBOM BEL 180G – De NCM 1704.9020 que não está na substituição tributária, constando apenas a NCM 1704.90.1 relativa a “chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não”.

BUCHO – De NCM 0504, não se encontra listado entre os produtos sujeitos à substituição tributária, no Anexo 1 ao RICMS/12, e conseqüentemente, se submete à tributação normal, devendo ser mantido no lançamento.

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG – NCM 1704.9010, encontrada no item 11 do Anexo 1, para os seguintes produtos: chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não. De acordo com informação do

fabricante, disponível em <https://www.unileverfoodsolutions.com.br/produto/mousse-de-chocolate-carte-d-or-400g-52-PT-80893.html#product-info>, a sua composição é “açúcar, cacau em pó, maltodextrina, amido modificado, gordura vegetal, gelatina, proteína de leite, óleo vegetal, sal, emulsificantes ésteres de ácidos graxos com propileno glicol, ésteres de mono e diglicerídeos de ácidos graxos com ácido acético, mono e diglicerídeos de ácidos graxos, aromatizantes, corante caramelo IV, espessante carragena e estabilizante difosfato tetrassódico”, ou seja, a descrição do produto não se coaduna com a do item mencionado (11), o que justifica a sua tributação.

CAFÉ TORRADO OU MOÍDO esteve incluído na substituição tributária, no item 8 do Anexo 1 ao RICMS/12, até 31/12/2014, passando a ter tributação normal, por força do Decreto 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/01/15. De mais, observo ser o café encontrado em 2014, de acordo com a planilha elaborada pela autuante “café grãos” e “café solúvel”, diverso, pois, do café torrado ou moído.

COBERTURA DE SORVETE – Este item de NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90, sendo que nenhuma delas se encontra elencada no rol daquelas submetidas à substituição tributária.

FRI ESP PRESUNTO CRU – NCM 0210 devidamente listada no item 34 do Anexo 1 ao RICMS/12, referente aos “produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef”, razão pela qual, acertadamente foi retirado do levantamento.

PRESUNTO CRU E PRESUNTO PARMA – NCM 0210.19.00. Também presente no mesmo item 34 do Anexo 1 ao RICMS/12, acima descrito, ou seja, efetivamente não são tributados, vez que submetidos à Substituição Tributária, tendo a autuante agido corretamente ao excluí-lo.

KIT – Para a formação de KIT CHESTER PERDIGAO, KIT MONTREAL E KIT PERU, a recorrente adota o procedimento de dar saída aos produtos que formam o kit com tributação pelo CFOP 5.926 e dar entrada do kit sem crédito pelo CFOP 1.926. No momento da saída, como o produto já sofreu tributação a saída do kit foi sem tributação. Estes itens foram excluídos, informa a autuante, com o que concordo, pois não há mais imposto a ser cobrado.

LICOR STOCK CREME CASSIS 720ML - Observada a saída interestadual para São Paulo sujeita ao Protocolo ICMS 107/09, celebrado entre os Estados da Bahia e São Paulo, relativo à substituição tributária nas operações com bebidas quentes, em seu Anexo Único, item 10.50, cabendo o destaque tanto o imposto normal, quanto ao relativo à substituição tributária serem destacados no documento fiscal.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE LONGO 24X500G – operação interestadual, sujeito ao destaque do imposto normal. Cobrança mantida.

NUTELLA 12X350G – Apesar de ter a NCM 1806.90.00 constar no item 11 do Anexo 1 ao RICMS/12, que abrange “chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não”, e em sua composição constarem “Açúcar, óleo vegetal (palma), avelãs (13%), cacau em pó parcialmente desengordurado (7,4%), leite desnatado em pó (6,6%), soro de leite em pó, emulsificante lecitinas, aromatizante e constituintes do leite: 8,8%”, de acordo com o site do importador (<https://www.ferrero.com.br/nutella#:~:text=Ingredientes,E%20DERIVADOS%2C%20DERIVADOS%20DE%20SOJA>), e não amendoim, como sustenta a autuante, há de se considerar tanto o posicionamento da SEFAZ Bahia exarado em Parecer, quanto da Receita Federal, trazidos pelo contribuinte, o que implica na retirada do lançamento, diante do entendimento de estar incluído na substituição tributária.

PÃO DE QUEIJO – Segundo a autuante, não é derivado de farinha de trigo e sim de polvilho, portanto é tributado, no que se encontra correta. A sua composição é de “polvilho, requeijão cremoso (creme de leite, massa coalhada, cloreto de sódio, estabilizante: pirofosfato tetrassódico e regulador de acidez: bicarbonato de sódio, água, ovo líquido integral, queijo

parmesão, gordura vegetal, leite integral em pó, fécula de mandioca, queijo minas padrão, queijo provolone, amido modificado e sal”, conforme pode ser observado em site do fabricante, encontrado em <https://www.catupiry.com.br/produtos/pao-de-queijo/>.

Já o PÃO DE QUEIJO RECHEADO, tem por ingredientes “polvilho azedo, água, ovo integral pasteurizado, fécula de mandioca, amido de mandioca modificado, requeijão cremoso, linguiça calabresa, óleo de soja, queijo, gordura vegetal hidrogenada, leite e sal”, de acordo com seu fabricante (<https://www.catupiry.com.br/produtos/pao-de-queijo-recheado-com-calabresa-e-catupiry/>), não podendo, pelos seus ingredientes, efetivamente, ser considerado derivado de farinha de trigo, pois a mesma não participa de sua formulação, devendo ser mantido na autuação.

PEITO DE FRANGO CERATTI, PICANHA SUINA SAUDALI KG e PIG BEEF CERATTI - NCM 1602, encontrada apenas no Anexo 1 ao RICMS/12 no item 35-A, no período de 01/01/2015 a 03/02/2015, sendo revogada a sua inclusão pelo Decreto 15.921/2015. Como a descrição dos produtos sujeitos à substituição tributária era “*enchidos (embutidos), tipo chouriço, salame, salsicha, mortadela, presunto, tender, linguiça e produtos semelhantes, de carne, miudezas ou sangue*”, que não coincide com as daqueles arrolados na autuação, inexistente a previsão de substituição tributária para os mesmos.

Frente a tais argumentos, tenho o lançamento como procedente em parte, no total de R\$137.071,44, na forma do seguinte demonstrativo:

2014 VALOR DEVIDO

JANEIRO	R\$ 10.546,92
FEVEREIRO	R\$ 8.940,45
MARÇO	R\$ 4.535,75
ABRIL	R\$ 4.102,76
MAIO	R\$ 4.887,30
JUNHO	R\$ 4.608,76
JULHO	R\$ 5.577,45
AGOSTO	R\$ 5.459,96
SETEMBRO	R\$ 4.749,60
OUTUBRO	R\$ 5.420,56
NOVEMBRO	R\$ 5.003,54
DEZEMBRO	R\$ 7.668,97

2015

JANEIRO	R\$ 18.320,02
FEVEREIRO	R\$ 11.005,17
MARÇO	R\$ 4.533,25
ABRIL	R\$ 3.630,82
MAIO	R\$ 3.548,78
JUNHO	R\$ 3.071,04
JULHO	R\$ 3.153,08
AGOSTO	R\$ 2.826,97
SETEMBRO	R\$ 3.404,94
OUTUBRO	R\$ 3.696,89
NOVEMBRO	R\$ 3.628,31
DEZEMBRO	R\$ 4.750,15
TOTAL	R\$ 137.071,44

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 **274068.0009/18-8**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$137.071,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR