

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0009/18-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0097-02/20-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0013-12/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos pelas partes acima descritas, em razão do acórdão proferido pela 2ª JJF **0097-02/20-VD**, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29 de junho de 2018, para exigir a 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”.

A 2ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente em Parte o presente Auto de Infração.

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 Nelson 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, manjerição, manjerona, maxixe, moranga, macaxeira;*
- h) nabo e nabiça;*
- 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 rodelas);
- 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-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

A 2ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando o que segue.

Aduz que em razão do reconhecimento da falha da autuação pelo acórdão e pelo próprio Preposto Fiscal o auto de infração deve ser anulado. Invoca o artigo 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/1999.

Diante do vício material presente na autuação, requer a nulidade conforme entendimento do art. 142 do CTN e o disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF.

Traz decisão do E. STJ, que preleciona que o vício material é aquele que diz respeito a natureza jurídica do lançamento tributário, e que não se aplica, neste tipo de vício, o disposto no artigo 173, II do Código Tributário Nacional.

Afirma que no mesmo sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, anulou auto de infração que incorreu em vício material, determinando a realização de novo lançamento (CARF, *Recurso de Ofício/Recurso Voluntário, Processo nº 10860.720711/2014-31, Acórdão nº 2401-004.643, Relator(a) RAYD SANTANA FERREIRA, 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Data da Sessão: 14/03/2017, Publicação: 24/04/2017*).

Sinaliza que uma vez provado a ocorrência do vício material, não é possível a mudança do lançamento fiscal, sendo nulo o auto de infração.

No mérito, aponta para controvérsia quanto a isenção dos produtos vegetais mantidos congelados, alegando que o congelamento conserva índole in natura, a justificar a manutenção da isenção do ICMS, conforme prevê o artigo 265, I, “a” do RICMS/2012 c/c Cláusula Primeira, inciso I do Convênio ICM 44/75.

Diz que o Laudo Pericial analisou todos os mesmos itens elencados na exação e teve como escopo a legislação do Estado do Estado de São Paulo, contudo, verifica que a norma analisada, mesmo sendo de outro ente da Federação possui o mesmo texto e estrutura normativa.

Traz entendimento E. STJ determinando o afastamento da exação, uma vez que considerou que o congelamento não altera a característica do produto (STJ, *AREsp 851.817/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 20/10/2016*).

Traz decisão do CONSEF-BA, 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. (CONSEF-BA, *A.I. nº 276473.0903/15-1, Acórdão JJF nº 0110-04/18, Relator(a) CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA, 4ª Junta de Julgamento Fiscal, julgado em 04/07/2017, publicação em 20/07/2018*).

Menciona que a decisão recorrida, com a devida vênia, não interpretou corretamente a norma de regência, bem como não houve a devida observação do conjunto probatório carreadas aos autos, onde fica claro a natureza do produto.

Contesta que a regra de isenção deve ser interpretada literalmente, conforme determina o artigo 111 do Código Tributário Nacional, isso implica inclusive na impossibilidade de tomar como base a legislação estranha ao tema (legislação do IPI) para fundamentar o afastamento da isenção concedida pelo artigo 265, I, “a” do RICMS/2012 c/c do Decreto ICM 44/75.

Conclui afirmando que o fato de os vegetais serem congelados e acondicionados em embalagens para consumo não implica dizer que tenham sido submetidos a processo de industrialização, pois conforme o laudo técnico acostado e jurisprudência nacional, o congelamento não interfere nas características dos vegetais, mas apenas favorecem a logística e o aumento do período de consumo, sem que isso caracterize aperfeiçoamento e em relação a está questão não há nenhuma violação ao artigo 111 do CTN.

Ressalta que os elementos apresentados nos autos, comprovou-se que os produtos hortifrutícolas foram comercializados em seu estado natural, ou seja, não sofreram beneficiamento ou alteração de forma a alterar seu estado de frescor. Apenas foram congelados e acondicionados para posterior consumo humano.

Requer que o Acórdão proferido pela 2ª JJF seja reformado para o afastamento de todos os itens

elencados pela Autoridade Fiscal e mantidos no v. Acórdão.

No tocante aos produtos sujeitos a substituição tributária, pontua o que segue:

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. A norma prevê retenção ou antecipação, contudo a antecipação é com substituição tributária;

AMENDOIM GRELHADITOS SALG S PELE 1.05KG (Venda Interestadual) → Mesma situação do item anterior, 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 norma prevê retenção ou antecipação, contudo, a antecipação é com substituição tributária, devendo, portanto, ser afastados da exação;

BUCHO → Com a devida vênia, conforme faz prova as Notas Fiscais de nºs 153083/164447/169157, a classificação fiscal foi determinada pelo fabricante e fornecedor - NCM 0206.29.90. O referido NCM diz: Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas. Logo, Produto sujeito ao regime de Substituição Tributária nos termos do item 34, do Anexo 1 do RICMS, devendo, portanto, ser respeitada a classificação atribuída pelo fornecedor e afastados da exação;

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

CAFÉ TORRADO OU MOÍDO (Substituição Tributária até 2014, de 2015 em diante havia tributação normal) → Os valores até 2014 devem ser excluídos, uma vez que havia previsão de Substituição Tributária para os referidos itens ainda na época;

COBERTURA DE SORVETE (NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90 não estão na substituição) → Mercadoria sujeito ao regime de Substituição Tributária, conforme item 39, do Anexo 1 do RICMS, pois o correto NCM da mercadoria NCM correto 2106.90.90 conforme nota fiscal do fornecedor Duas Rodas de nº 8257/9268;

LICOR STOCK CREME CASSIS 720 ML (Saída interestadual para São Paulo sujeita ao Prot. ICMS 107/09. Imposto normal e ST devem ser destacados) → Produto sujeito ao regime de ST conforme item 5.2, do Anexo 1 do RICMS, Apesar de não haver destaque de ICMS na NF, na operação com código 6403, não houve prejuízo para a SEFAZ, uma vez que seria o imposto normal excluído com base no Artigo 302, inciso I do RICMS 2012.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE 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 e apesar de não haver destaque de ICMS nas NFS, na operação com código 6403, não houve prejuízo para a SEFAZ, uma vez que seria o imposto normal excluído com base no Artigo 302, inciso I do RICMS 2012.

PÃO DE QUEIJO → Não cabe a fundamentação utilizada no v. Acórdão, uma vez que no período da realização da fiscalização o NCM 1905.20.90 do produto atribuído pelo fabricante do produto estava sujeito a substituição tributária, conforme se verifica na Nota Fiscal nº 40362 - empresa Tecnofood. Logo inserido no item 33.1, do Anexo 1 do RICMS 2012, redação vigente anos 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 cabe a fundamentação utilizada no v. Acórdão, 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. Da leitura da descrição dos produtos sujeitos à substituição tributária, tem-se a seguinte redação: “enchidos

(embutidos), tipo chouriço, salame, salsicha, mortadela, presunto, tender, linguiça e produtos semelhantes, de carne, miudezas ou sangue”. Com a devida vênia, e “produtos semelhantes” enquadra os itens equivocadamente mantidos na exação. Pois são “embutidos tais como todos os itens elencados no referido Anexo I.

Requer que os itens acima descritos sejam afastados da exação, visto estarem sujeitos a Substituição Tributária.

Pede que o feito seja convertido em diligência para sanar as incorreções, nos termos do disposto no artigo 123, § 3º do Decreto nº 7.629/1999.

O conselheiro José Adelson Mattos Ramos declarou impedimento no julgamento devido ter composto o colegiado de piso.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do recorrente, a advogada, Dra. Carolina Pereira Resende - OAB/SP Nº 349.844, o contador da empresa, Sr. Anderson Ramos e a auditora fiscal, autuante, Sra. Crystiane Menezes Bezerra.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso de Ofício foi interposto em face de ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido em infração única do presente lançamento de ofício, em mais de R\$ 200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Constatada, pois, a sua admissibilidade, de logo, esclareço que o autuado é uma empresa dedicada ao comércio varejista de produtos alimentícios diversos.

A decisão recorrida excluiu do presente lançamento fiscal os seguintes produtos considerados sujeitos ao regime da 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.

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.”

Corroboro, pois, da decisão recorrida, considerando assertivo o enquadramento realizado pela Junta de Julgamento dos itens acima listados na modalidade da ST, para os fatos geradores objeto do presente lançamento de ofício.

A autuante, em sua Informação Fiscal à pg. 286, excluiu do lançamento de ofício o item Válvula gás 13kg NCM 8481.80.39, não tendo sido, todavia, mencionado pela decisão de piso. Não obstante

a referida omissão, saliento que se trata de um item expresso no Anexo único do nosso Regulamento do ICMS, classificado, portanto, na substituição tributária.

Pelo exposto, voto pelo Não Provimento do presente Recurso de Ofício.

Da análise do Recurso Voluntário, enfrento inicialmente as questões preliminares de nulidade suscitadas pela recorrente.

A recorrente, em razão do reconhecimento parcial das razões de defesa pelo acórdão recorrido, afirma que o Auto de Infração deve ser anulado, invocando o artigo 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/1999.

Neste ponto, não vejo nos argumentos suscitados pela recorrente, em sua peça recursal, elementos que possam conduzir à nulidade do lançamento. Isto porque, analisando todas as questões preliminares apresentadas, inclusive aquela que diz respeito a eventual descumprimento do artigo 142 do CTN, entendo que não posso acolhê-las, diante do fato de que a simples correção pelo autuante no curso do processo administrativo, não traz a nulidade pretendida. A autuação atende a todos os requisitos legais, quais sejam, a indicação de ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e a proposição da aplicação da penalidade cabível, estando, consequentemente, também em consonância com o regramento contido no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA.

Afasto, portanto, as nulidades arguidas.

Antes do exame do mérito, afasto a solicitação de diligência efetuada no bojo do Recurso, com base no artigo 147, I do RPAF, por considerar “suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos”.

No que tange aos produtos isentos, afirma a recorrente que os produtos naturais, objeto do referido lançamento encontram-se abarcados pela isenção, conforme Convênio ICM 44/75 e o art. 265 do RICMS/12, e 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.

O Convênio ICM 44/75, em seu inciso I, dispõe sobre a isenção de hortifrutícolas em estado natural. O art. 265, I, “a” do RICMS/12 é claro ao determinar que: “*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)*”, serão isentos de ICMS os itens constantes no referido Convênio ICM 44/75.

As saídas internas ou interestaduais de produtos hortifrutigranjeiros estão isentas do ICMS, desde que não sejam destinadas à industrialização. Assim, entendeu o legislador ser cabível a isenção para os produtos hortifrutigranjeiros em estado natural, ou seja, sem que sofra qualquer processo de industrialização.

Entendo que o simples congelamento não modifique a natureza do produto, contudo, a embalagem dos produtos, objeto do presente Recurso, de fato, caracteriza um processo de industrialização, não fazendo jus à isenção estabelecida no art. 265, I do RICMS/12, os produtos mencionados pela ora recorrente.

O Decreto nº 7.212/2010 (RIPI), dispõe em seu art. 4º:

“Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoar 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);” (grifo não original)

Pelo exposto, resta concluir tratar-se de produtos hortifrúti que foram submetidos à processo de industrialização, até atingir, de fato, o seu mercado consumidor. Ou seja, os itens lavrados no presente Auto de Infração não foram expostos pela recorrente em seu estado natural, como exige o referido dispositivo legal.

Quanto aos produtos sujeitos à substituição tributária, requer o enquadramento na modalidade de Substituição, portanto, a exclusão do lançamento dos seguintes itens: AÇÚCAR REFINADO, AMENDOIM GRELHADITOS SALG S PELE 1.05KG, BUCHO, CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG, CAFÉ TORRADO OU MOÍDO, COBERTURA DE SORVETE (NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90, LICOR STOCK CREME CASSIS 720 ML, MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE LONGO 24X500G, PÃO DE QUEIJO, PEITO DE FRANGO CERATTI, PICANHA SUINA SAUDALI KG e PIG BEEF CERATTI.

Analiso, pois, individualmente os itens acima elencados.

Em relação ao AÇÚCAR REFINADO, conforme bem mencionou o fiscal autuante, o referido item não está submetido a convênio ou protocolo, razão pela qual, as saídas interestaduais devem ser realizadas com destaque do ICMS, sendo permitido o estorno em sua escrita fiscal, portanto, inaplicável o procedimento descrito no art. 302 do RICMS/BA, visto tratar de restituição do ICMS ST.

O amendoim, se observado o item 11.10.1, do Anexo I do RICMS, é claro ao incluir amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg na substituição tributária. A referida embalagem, todavia, ultrapassa o peso mencionado no dispositivo, não sendo admissível a sua inclusão na ST. Ademais, conforme acima mencionado, não se aplica o disposto no art. 302 do RICMS/BA.

Bucho é o estômago do boi, e seu enquadramento junto a NCM é sob o código 0504.00, item, portanto, fora da ST.

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG é uma preparação para mousse em sabor chocolate e está classificado na NCM sob o código 1704.9010. O item 11 do anexo I trata de Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1. Todavia, considerando que a preponderância do seu conteúdo abarca demais produtos que não chocolate, entendo improcedente a alegação da recorrente

O café lançado é o café em grãos e não o CAFÉ TORRADO OU MOÍDO como quis fazer crer a recorrente. O café inserido na modalidade da ST é o item 8.0, café torrado ou moído, e não o café em grãos.

COBERTURA DE SORVETE (NCM 1704.90.90, 1806.20.00 e 1901.90.90). Os itens inseridos na ST são os preparados para fabricação de sorvetes em máquinas, não sendo os itens aqui lançados.

LICOR STOCK CREME CASSIS 720 ML, item lançado, cuja operação revela circulação interestadual do referido produto. Não procede a alegação de que não houve prejuízo aos cofres públicos. O ICMS, apesar de ser passível de estorno na escrita fiscal, garante ao destinatário o crédito.

MASSA BARILLA PENNE RIGATE 24X400G e MASSA PAGANINI FETTUCCINE LONGO 24X500G são itens lançados relativos à operação interestadual. Não procede a alegação da recorrente de que não houve prejuízo aos cofres públicos em não ter realizado o destaque do ICMS nas saídas realizadas. Ocorre que diferente do que argumenta a recorrente, o ICMS destacado é passível de estorno na escrita fiscal, todavia, garante ao destinatário o crédito.

PÃO DE QUEIJO - O item 33.1 inseridos na ST são produtos com base em farinha de trigo, sendo os itens reclamados compostos de polvilho.

PEITO DE FRANGO CERATTI, PICANHA SUINA SAUDALI KG e PIG BEEF CERATTI - Apesar de tratar-se de produtos resultantes do abate, foram submetidos a processo de industrialização (embalagem).

Assim, voto pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 137.071,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS