

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0004/20-1
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0345-11/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/08/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0191-11/22-VD

EMENTA: ICMS. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA. É inegável que constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou o mérito a da Primeira Instância, em Recurso de Ofício, e que assim, evidencie matéria de fato ou fundamento de direito não apreciado na ocasião do Julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que por unanimidade deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário oriundo de decisão de Primeira Instância na 4ª JJF, Acórdão nº 0075-04/21, e julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/03/2020, lançando crédito tributário no valor de R\$227.749,46, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Deixou recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo de débito SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO – 2017 e 2018”*.

Após a impugnação, fls. 15/30 e informação fiscal, fls. 69/71, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, reduzindo o lançamento para R\$132.548,19

Em Recurso Voluntário, a 1ª CJF, deu Provimento Parcial, reduzindo mais uma vez o lançamento para R\$120.709,25, conforme voto abaixo:

VOTO

Por não haver questões preliminares e/ou prejudiciais arguidas em recurso e não considerar que devam ser suscitadas de ofício, na forma do inciso XIII, do art. 30 do RICONSEF/BA, passo a apreciar diretamente o mérito. A irrisignação da recorrente se limita a dois pontos da Decisão recorrida: o que se refere aos produtos que seriam abarcados pela isenção aos hortifrutigranjeiros e à substituição tributária dos iogurtes. Quanto aos produtos supostamente isentos, não lhe assiste razão. Ao analisar a planilha elaborada pelo autuante ao prestar informação fiscal, é possível identificar que os referidos produtos são assim descritos: “ALECRIM KITANO 28G”, “ALECRIM TROP 20G” e “MANJERICA TROP 10G”.

Pelo seu nome e referência de peso, não restam dúvidas de que se trata da versão comercializada como tempero em sachês, que não se confunde com aqueles vendidos em maços. Consequentemente, não podem ser confundidos com os produtos a que se refere o Convênio ICM 44/75, que se refere expressamente ao estado das mercadorias às quais se refere, conforme transcrevemos abaixo: 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: (grifamos) Logo, a autuação deve ser mantida neste ponto. Por outro lado, em relação ao iogurte, entendo que assiste razão à recorrente. Inicialmente, destaco que, embora a recorrente não tenha indicado, sequer por amostragem, os produtos aos quais se referia entender como “iogurte”, analisando a planilha elaborada pelo autuante é possível identificar as seguintes mercadorias consideradas como bebidas lácteas com a informação de que “não é iogurte”, apesar do nome:

IOG BATAVO; IOG CORPUS GREGO; IOG DANIO; IOG DANONE GREGO; IOG DANONINHO; IOG

GREGO; IOG GREGO NATURAL; IOG GREGO NESTLE; IOG GREVO VIGOR; IOG LACTOFREE; IOG LIQ DANONE; IOG LIQ NINHO; IOG LIQ VIGOR; IOG NAT VIGOR; IOG NATURAL GURT; IOG NESTLE; IOG NINHO; IOG PAULISTA; IOG ROLF; IOG VIGOR; IOG ACTIVIA E IOGURTE ROLF, variando apenas quanto aos seus elementos descritivos de sabor, quantidade, etc. As NCMs indicadas para os referidos produtos são: 0403.10.00; 0403.90.00 e 0402.21.10, estando, portanto, no mesmo item, capítulo e seção de códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH), da qual se destaca a descrição abaixo (<https://portalunico.siscomex.gov.br/classif/#/nomenclatura/0403>): 04.03 - Leiteiro, leite e creme de leite (nata*) coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite (natas*) fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de fruta ou de cacau.

NOTA EXPLICATIVA A presente posição abrange o leiteiro, o leite e o creme de leite (nata*), fermentados ou acidificados, de todos os tipos, incluindo o leite e o creme de leite (nata*) coalhados, o iogurte e o quefir. Os produtos da presente posição podem apresentar-se na forma líquida, pastosa ou sólida (incluindo a congelada) e serem concentrados (por exemplo, evaporados, em blocos, em pó ou em grânulos) ou conservados.

O leite fermentado da presente posição pode consistir em leite em pó da posição 04.02, adicionado de pequenas quantidades de fermentos lácticos para ser utilizado em produtos de charcutaria ou como aditivos para alimentação de animais. O leite acidificado da presente posição pode consistir em leite em pó da posição 04.02 adicionado de pequenas quantidades de ácido (incluindo o suco (sumo) de limão) em forma cristalizada, de modo a obter leite coalhado quando, para o reconstituir, ele é misturado com água. Independentemente dos aditivos mencionados nas Considerações Gerais do presente Capítulo, os produtos da presente posição podem ser adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, de aromatizantes, de fruta (incluindo as polpas e as geleias) ou de cacau.

Assim, embora a JJF tenha acertado ao diferenciar o iogurte das bebidas lácteas, equivocou-se em afirmar que o NCM destas últimas corresponderia ao 0403.10.00 que, nitidamente, compreende os iogurtes, como defende a recorrente. Com efeito, de acordo com o Convênio ICMS 142/18, que contém os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária (cláusula sétima), as bebidas lácteas são classificadas no NCM 2202.99.00, constante do seu Anexo XVII. A Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive, tem se manifestado reiteradas vezes neste mesmo sentido, conforme Solução de Consulta DIANA/SRRF01 nº 6, de 28 de fevereiro de 2013; Solução de Consulta COSIT nº 98318, de 31 de outubro de 2018 e as Soluções de Consulta COSIT nº 98051, 98052, 98053 e 98054, todas de 18 de fevereiro de 2020, conforme ementa desta última transcrita abaixo:

Assunto: Classificação de Mercadorias Código NCM: 2202.99.00 sem enquadramento em Ex da Tipi
Mercadoria: Bebida láctea pronta para o consumo, não alcoólica, fermentada, constituída da mistura de leite pasteurizado integral, soro de leite reconstituído, água, açúcar, polpas de mamão, maçã e banana, fermento láctico, acidulante ácido cítrico, aroma idêntico ao natural de mamão, maçã e banana, amido modificado, acidulante, conservante, corantes e estabilizantes, denominada “bebida láctea fermentada com preparado de vitamina”, comercializada em sacos de plástico de 200 g. Dispositivos Legais: RGI 1 (Nota 3 do Capítulo 22) e RGI 6 da NCM constante da TEC, aprovada pela Res. Camex nº 125, de 2016, e da Tipi, aprovada pelo Dec. nº 8.950, de 2016, e alterações posteriores. Subsídios extraídos das Nesh, aprovadas pelo Decreto nº 435, de 1992, e consolidadas pela IN RFB nº 1.788, de 2018. Logo, a decisão de primeiro grau deve ser reformada para excluir do lançamento os iogurtes sujeitos à substituição tributária, do que resulta o seguinte demonstrativo.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para excluir da autuação os iogurtes, considerando que se encontram sujeitos à substituição tributária e não se confundem com as bebidas lácteas.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente Pedido de Reconsideração, abaixo transcrito, em resumo:

Pede nulidade do lançamento alegando que a autoridade administrativa deve buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento promovendo diligências averiguatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Que ao exigir ICM indevidamente, mancha-se com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo medida que se impõe a anulação do Auto de Infração.

Diante do exposto, requer seja dado provimento integral ao presente Pedido de Reconsideração para anular integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Recorrente ingressou com Pedido de Reconsideração, previsto art. 169 do RPAF, que diz em seu *caput*, que “*caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal*”:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

Assim, conforme decisão em segunda instância deste Conselho, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, e dado que sequer houve Recurso de Ofício, fica evidenciado que o Pedido de Reconsideração não está de acordo com a previsão normativa, que se restringe aos casos em que o Recurso de Ofício tenha reformado no mérito, decisão de Primeira Instância.

Isto ocorre porque em Recurso de Ofício, o contribuinte em regra, deixa de se manifestar, e tendo havido uma reforma em seu desfavor, faz-se prudente, em obediência ao princípio da ampla defesa, que este seja ouvido no que diz respeito à reforma.

No caso em apreço, repito, sequer houve Recurso de Ofício, mas Recurso Voluntário, onde o Recorrente teve todas as suas alegações apreciadas e foi dado Provimento Parcial ao Recurso.

É inegável que constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou o mérito a da Primeira Instância, em Recurso de Ofício, e que assim, evidencie matéria de fato ou fundamento de direito não apreciado na ocasião do Julgamento.

Tais condições não ocorreram no caso concreto. O recorrente apenas pede por nova apreciação da decisão de segunda instância, sem qualquer previsão do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Assim posto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado, e, portanto, fica prejudicada a apreciação de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** do Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** no Auto de Infração nº 298958.0004/20-1, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.799,25** acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS