

A. I. Nº - 274068.0004/22-4
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.08.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0143-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Excluídas as operações não tributadas e as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Mantidas as operações com hortifrutícolas congelados industrializados. Infração parcialmente caracterizada. **2. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Excluídas as operações não tributadas e as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Mantidas as operações com hortifrutícolas congelados industrializados. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido o pleito de diligência. Afastadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 121.485,94, em razão das seguintes imputações:

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 a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 121.261,30, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no Anexo 1, e que tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00, mediante decisão judicial, Processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001.

Infração 02 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, março, junho, julho e dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 224,64, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado lançou nos registros fiscais as notas fiscais do Anexo 2, com CFOP 5.910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), mercadorias tributadas como não tributadas, e que tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00, mediante decisão judicial, Processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001.

Foram anexados: Demonstrativos, mídia e Termos de Início de Fiscalização e de Comunicação da Lavratura do Auto de Infração, ambos enviados via DT-e, com ciência em 10/01/2022 e 06/04/2022, respectivamente (fls. 06 a 16).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 20 a 45), tempestivamente, na qual suscitou a nulidade da autuação pela falta de documentação comprobatória elementar à pretensão fiscal de cobrança administrativa do imposto, notadamente a escrituração fiscal digital, pelo menos em seus extratos de apuração do imposto, bem como memória de cálculo relatada na peça acusatória, com evidente violação ao Art. 18, II e III do RPAF/99.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração pela inexistência de motivação, sem que tenha sido buscada a verdade material, e pela infração ter sido fundamentada em dispositivos genéricos, agindo em desacordo com os Arts. 3º e 142 do CTN.

Disse que, no tocante à Infração 01, a autuação não merece prosperar, em razão de que:

- a) os itens congelados (hortifrutícolas) serem isentos, de acordo com o Art. 265, § 5º, I e II do RICMS/12 c/c o § 4º da Cláusula primeira do Convênio ICM nº 44/75;

- b) a NCM correta do produto BOMBOM BEL é 1806.90.00, conforme nota fiscal emitida pelo fornecedor, pertencendo, portanto, ao regime de substituição tributária do ICMS, conforme o item 11.6 do Anexo 1 do RICMS/12;
- c) foi cobrado indevidamente o ICMS no procedimento de confecção de kit de cestas, de modo que o ICMS é quitado através da emissão da nota fiscal com o CFOP 5.926, com a baixa dos itens do estoque.
- d) foi cobrado indevidamente o ICMS no procedimento de desfazimento de kit de cestas, de modo que o procedimento adotado é o inverso do item acima, com a devida emissão de Notas Fiscais nº 675.880, 676.685, 760.106, 763.050, 763.051, 759.145 e 759.152, emitidas para o processo de desfazimento dos respectivos kits nº 672.128, 672.677, 759.450, 757.130, 759.168, 750.167 e 750.173;
- e) foi cobrado indevidamente o ICMS da Nota Fiscal nº 741.820, cujo produto “embreagem” foi adquirido como uso e consumo para ser utilizado em seu veículo, o qual, posteriormente, foi remetido para troca, sendo a operação realizada conforme as Notas Fiscais nº 1.792 (aquisição fornecedor), 741.819 (entrada no estoque) e 1.800 (retorno do item enviado para troca);
- f) foi cobrado indevidamente o ICMS de diversas mercadorias que se encontram no regime de substituição tributária do ICMS: BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG (NCM 0206.29.90, item 11.35.1 do Anexo 1 do RICMS/12), CARTE DOR MOUSSE CHOC (NCM 1806.90.00, item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12), CHOC GRANUL DORI (NCM 1806.90.00, item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12) e FAR ROSCA PINK (NCM 1905.90.90, item 11.28 do Anexo 1 do RICMS/12); e,
- g) foi cobrado indevidamente o ICMS da Nota Fiscal nº 756.269, que, por falha, não foi emitida com o destaque do ICMS normal na operação interestadual, sem considerar o estorno sobre a última nota fiscal de aquisição do produto, a que possui direito com base no Art. 301, § 1º, I, e §§ 2º a 4º do RICMS/12.

Explicou que as notas fiscais de aquisição foram emitidas sem tributação do ICMS, pois o congelamento não é um processo de industrialização, conforme REsp nº 1.117.139/RJ, Decisão da Justiça do Estado de São Paulo e laudo do IPT.

Afirmou que os argumentos para invalidar a Infração 02 são os mesmos utilizados para a Infração 01, destacando as seguintes situações e mercadorias, todas referentes ao CFOP 5.910 (remessa em bonificação, doação ou brinde):

“- *BROCOLIS CONG ATI GEL* - A mercadoria é isenta conforme Artigo 265, inciso I, letra “a” do RICMS c/c Convênio ICM 44/75, § 4º.

- *CARTE DOR MOUSSE CHOC* - NCM 1806.90.00 - Produto sujeito ao regime de ST, conforme item 11.7 do Anexo 1 RICMS. O NCM diz: Chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau.

- *CARTE DOR MOUSSE CHOC BRANCO* - NCM 1704.90.10 - Produto sujeito ao regime de ST, conforme item 11.1 do Anexo 1 RICMS. O NCM diz: Produtos de confeitaria sem cacau (incluindo o chocolate branco).

- *COUVE-FLOR CONG ATE GEL* - A mercadoria é isenta conforme Artigo 265, inciso I, letra “a” do RICMS c/c Convênio ICM 44/75, § 4º.

- *ERVILHA CONG ATI GEL* - A mercadoria é isenta conforme Artigo 265, inciso I, letra “a” do RICMS c/c Convênio ICM 44/75, § 4º.

- *BOMBOM BEL* - A classificação de NCM do item está errada em nosso sistema. O NCM correto do produto é 1806.90.00 conforme nota fiscal do fornecedor, pertencendo ao regime de ST, conforme item 11.6 do ANEXO 1 RICMS.

- *CESTA BASICA* - É um procedimento de Formação de Kit. O imposto é pago na saída dos produtos, conforme nota fiscal com CFOP 5926.

- *BUCHO BOV MAFRIPAR* - NCM 0206.29.90 - Produto sujeito ao regime de ST, conforme item 11.35.1 do Anexo 1 RICMS. O NCM diz: Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas.

- *CESTA MUNIQUE* - É um procedimento de Formação de Kit. O imposto é pago na saída dos produtos, conforme nota fiscal com CFOP 5926.

- CESTA NATALINA ESPECIAL 1 - É um procedimento de Formação de Kit. O imposto é pago na saída dos produtos, conforme nota fiscal com CFOP 5926.

- CESTA NATALINA ESPECIAL 3 - É um procedimento de Formação de Kit. O imposto é pago na saída dos produtos, conforme nota fiscal com CFOP 5926.

- CESTA NATALINA ESPECIAL 4 - É um procedimento de Formação de Kit. O imposto é pago na saída dos produtos, conforme nota fiscal com CFOP 5926.”

Pleiteou:

- a) a total anulação do Auto de Infração, tendo em vista a preliminar de nulidade apontada, em razão da ausência de elementos probantes;
- b) subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, seja acolhida a prejudicial de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas;
- c) na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e a prejudicial de mérito, a improcedência do Auto de Infração, em razão de erros na apuração do ICMS, na qual foi utilizada referência incorreta, fato este que gerou o suposto montante de ICMS a recolher; e
- d) caso entenda que os elementos comprobatórios 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.

Foram anexadas mídia e as seguintes cópias: procuração, CNH, consulta básica ao cadastro do INSS na Bahia, Auto de Infração, Parecer DITRI/GECOT nº 6.116/2020, parecer técnico do IPT, DANF-es e descrição da composição do produto Caixa de Bombom Bel Sortidos de 20 Unidades (fls. 46 a 112).

A Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 115 a 147), na qual relatou que as infrações foram baseadas nas NF-e e na EFD, documentos emitidos pelo próprio Autuado e que estão em sua posse, fazendo parte das mídias anexadas ao Auto de Infração a Escrituração Fiscal Digital – EFD, escrituração da apuração, entradas e saídas geradas pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED - Versão 2.7.1 do Visualizador e notas fiscais de entrada e saída em XML, bem como todos os anexos mencionados no respectivo Auto de Infração, cientificados ao Autuado mediante o DT-e, os quais contém todas as informações necessárias para demonstrar o imposto reclamado como data, número e chave do documento fiscal, código da mercadoria, descrição da mercadoria, NCM, valor da mercadoria, redução da base de cálculo, alíquota e imposto por item, sendo que a impugnação efetuada de forma minuciosa ao adentrar ao mérito das infrações prova que não houve cerceamento de defesa do Autuado.

Explicou que a exigência relativa aos produtos hortifrutícolas congelados decorre dos produtos objeto da autuação terem sido industrializados, conforme imagens dos sítios na Internet das empresas D’aucy e De Marchi e de embalagem do produto BRÓCOLIS CONGELADO da D’Alcy, sendo que o referido REsp nº 1.117.139/RJ trata de crédito de ICMS sobre energia elétrica na atividade de panificação em supermercados, indicando que as normas previstas no RIPI/10 é que definem o que é processo de industrialização, e que o seu 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.

Acrescentou que os hortifrutícolas ao serem lavados, inclusive com instalação de tratamento de água, descascados, cortados, passados pelo processo de branqueamento, que é diferente de congelamento, congelados e embalados, bastando tirar do congelador e levá-los à panela, foram aperfeiçoados para consumo, sendo um processo industrial que tem a isenção vedada tanto pelo § 1º da Cláusula primeira do Convênio ICM nº 44/75 quanto pelo Art. 265, I, “a” do RICMS/12.

Asseverou que o Autuado foi omissivo ao não informar que a consulta indicada foi realizada em 2020, após alteração do RICMS/12 ocorrida em 2019, que incluiu o § 5º ao Art. 265 do RICMS/12, em que se baseou o parecer, enquanto os fatos geradores exigidos se referem ao exercício de 2018,

sendo a mesma ineficaz quando formulada por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato ou ato objeto da consulta.

Lecionou que o § 4º da Cláusula primeira do Convênio ICM nº 44/75 foi acrescentado pelo Convênio ICMS nº 21/15, sendo o mesmo autorizativo, só sendo recepcionado pelo Estado da Bahia a partir de 01/09/2019, com a citada inclusão do § 5º ao Art. 265 do RICMS/12.

Citou o Art. 111 do CTN, que trata da interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, e a existência de decisões reiteradas quanto à tributação dos produtos hortifrutícolas congelados, a exemplo do Acórdão JJF nº 0097-02/20-VD, referente ao Autuado, e os Acórdãos JJF nº 0178-05/18 e 0020-04/22-VD e CJF nº 0213-12/15 e 0013-12/22-VD, sendo que a legislação do Estado de São Paulo não pode servir de paradigma para o Estado da Bahia.

Alegou que elaborou novo demonstrativo (fls. 148 e 149 e mídia à fl. 151), tendo em vista que:

- a) no que se refere às operações com o produto BOMBOM BEL, foi induzida a erro pelo Autuado ter lançado na EFD a NCM 1704.90.20, mas excluiu tais operações da autuação;
- b) no tocante às operações de confecção e desfazimento de cestas, também excluiu tais documentos fiscais da autuação, inclusive as Notas Fiscais nº 675.880, 676.685, 760.106, 763.050, 763.051, 759.145 e 759.152; e
- c) que também excluiu a Nota Fiscal nº 741.820, por se tratar de saída de material de uso e consumo para troca, e as saídas do produto CHOC GRANUL DORI, NCM 1806.90.00, enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12.

Destacou que não acatou os argumentos em relação aos seguintes produtos e operações:

- BUCHO BOVINO: é o estômago dos animais, cujo NCM correto é 0504.00, que não se encontra listado no Anexo 1 do RICMS/12, que relaciona os produtos sujeitos à substituição tributária, e, consequentemente, se submete à tributação normal, devendo ser mantido no lançamento, inclusive com precedente no Acórdão JJF nº 0097-02/20-VD.

- CARTE DOR MOUSSE CHOC: apesar de possuir o NCM 1806.90.00, este produto não está enquadrado no regime de substituição tributária, por não ser chocolate, conforme a descrição no Anexo 1 do RICMS/12, efetivamente se trata de mistura para sobremesa.

- MOUSSE DE CHOCOLATE 1KG: este produto possui o NCM 2007.99.90, não enquadrado no regime de substituição tributária, e que se refere a outras preparações de produtos hortícolas, de frutas ou de outras partes de plantas - doces, geleias, “marmelades”, purês e pastas de frutas, obtidos por cozimento, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes.

- FAR ROSCA PINK: os produtos de panificação enquadrados no regime de substituição tributária possuem o CEST 17.062.01, enquanto as notas fiscais de entrada deste produto possuem a CEST 17.062.00, conforme exemplo apresentado do XML da Nota Fiscal nº 591.213.

- NF 756.269: o próprio Autuado admitiu que o destaque do imposto é devido e que, por uma falha não foi efetuado, mas se equivocou a alegar ter direito ao estorno previsto no Art. 301, § 1º, I, e §§ 2º a 4º, já que se trata de saída de panetone para o Estado do Paraná, que não possui convênio ou protocolo prevendo a substituição tributária para este produto, não se aplicando os citados dispositivos.

No tocante à Infração 02, ratificou a tributação sobre os produtos hortifrutícolas congelados, BUCHO BOVINO e CARTE DOR MOUSSE CHOC, acatando e excluindo as operações com cestas básicas e com o produto BOMBOM BEL, tendo elaborado novo demonstrativo (fl. 150 e mídia à fl. 151).

Entendeu não ser necessária a realização de diligência, por constar todos os elementos suficientes para conclusão pela procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado via DT-e, com ciência tácita em 05/10/2022, o Autuado apresentou manifestação (fls. 156 a 180), na qual sustentou a nulidade do Auto de Infração, ante erro de direito, tendo em vista o

reconhecimento das falhas na autuação pela própria Autuante, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pelo lançamento não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Reiterou os seguintes argumentos em relação à Infração 01:

- a) os produtos hortifrutícolas congelados são isentos, por não serem industrializados, já que o congelamento não implica em industrialização, conforme REsp nº 1.117.139/RJ, Parecer da DITRI e laudo pericial do IPT;
- b) estão enquadrados no regime de substituição tributária os produtos BUCHO BOVINO, CARTE DOR MOUSSE CHOC e FAR ROSCA PINK;
- c) foi cobrado indevidamente o ICMS referente à Nota Fiscal nº 756.269, que, por falha, não foi emitida com o destaque do ICMS normal, já que possui direito ao estorno nas saídas para Estados não signatários de acordos interestaduais, conforme o Art. 302, II do RICMS/12;

No tocante à Infração 02, também reiterou os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, destacando os produtos hortifrutícolas congelados e os que entende que são sujeitos ao regime de substituição tributária, bem como os procedimentos de formação de kits.

Requeru a nulidade do Auto de Infração ou, caso não seja esse o melhor entendimento, a sua improcedência, ou ainda, caso entenda que os elementos comprobatórios anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja convertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

Foram anexados: mídia, cópia da CNH e da procuração (fls. 181 a 187).

A Autuante apresentou nova Informação Fiscal (fls. 189 a 194), onde afirmou que não se aplica a Decisão do STJ, pois não há erro de fato nem de direito na autuação, nem há impossibilidade de retificação ou limitação da quantidade de infrações do Auto de Infração.

Aduziu, no tocante à Infração 01, que se há direito ao estorno, conforme o Art. 302, II do RICMS/12, o Autuado deve assim proceder após o pagamento do imposto devido, e que não há fato novo em relação aos demais argumentos, bem como em relação à Infração 02.

Entendeu não ser necessária a realização de diligência, por constar todos os elementos suficientes para conclusão pela procedência parcial do Auto de Infração.

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

Registro a presença da Autuante, a Auditora Fiscal Crystiane Menezes Bezerra, e do advogado do Autuado, Sr. Alex Panchaud, OAB/SP nº 341.166, os quais efetuaram sustentação oral, bem como de outra advogada do Autuado, Sra. Andressa Gomes, OAB/SP nº 369.358, e de representante do Autuado, Sr. Anderson Ramos, os quais apenas acompanharam o julgamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra as acusações de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, todas as infrações ocorridas no exercício de 2018.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ressalto que, ao contrário do alegado, foi anexada mídia ao Auto de Infração contendo toda a escrituração fiscal do Autuado e as suas notas fiscais recebidas e emitidas, além dos demonstrativos das infrações, cuja quantidade não encontra limitação na legislação tributária.

Os demonstrativos apresentam de forma cristalina as infrações, indicando o número, chave do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, item da nota fiscal, código, NCM, descrição, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.

A Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

O Autuado suscitou também a nulidade sob o argumento de que foram incluídas equivocadamente no levantamento mercadorias não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária, confirmado pelas exclusões reconhecidas pela Autuante, ofendendo a motivação dos atos administrativos e gerando incerteza na determinação da infração.

Tais alegações não implicam a nulidade da autuação, tendo em vista que o processo administrativo fiscal existe exatamente para aperfeiçoar o lançamento de ofício, realizando os ajustes necessários para que o processo fique saneado para as etapas posteriores, sendo que tal procedimento não gera nenhum prejuízo à defesa do Autuado.

Inclusive, o Autuado efetuou sua Defesa de forma minuciosa e detalhada, demonstrando ter pleno conhecimento da matéria em lide, conforme as descrições das infrações e o seu enquadramento legal, não havendo por que declarar a nulidade, consoante o disposto no § 2º do Art. 18 e no Art. 19 do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 18.

...

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

...

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Portanto, afasto as nulidades suscitadas.

De acordo com os termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação, não necessitando de verificação adicional, e indefiro o pedido de diligência.

No mérito, em relação às Infrações 01 e 02, o Autuado afirmou que foram indevidamente incluídas no demonstrativo:

- a) hortifrutícolas congelados, por serem isentos, de acordo com o Art. 265, § 5º, I e II, do RICMS/12 c/c o § 4º da Cláusula primeira do Convênio ICM nº 44/75;
- b) BOMBOM BEL, pois a NCM correta do produto é 1806.90.00, conforme nota fiscal emitida pelo fornecedor, pertencendo, portanto, ao regime de substituição tributária do ICMS, conforme o item 11.6 do Anexo 1 do RICMS/12;
- c) operações de montagem e desfazimento de kit de cestas;
- d) Nota Fiscal nº 741.820, cujo produto “embreagem” foi adquirido como uso e consumo para ser utilizado em seu veículo, o qual, posteriormente, foi remetido para troca;
- e) diversas mercadorias que se encontram no regime de substituição tributária do ICMS: BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG (NCM 0206.29.90, item 11.35.1 do Anexo 1 do RICMS/12), CARTE DOR MOUSSE CHOC (NCM 1806.90.00, item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12), CHOC GRANUL

DORI (NCM 1806.90.00, item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12) e FAR ROSCA PINK (NCM 1905.90.90, item 11.28 do Anexo 1 do RICMS/12); e,

- f) Nota Fiscal nº 756.269, que, por falha, não foi emitida com o destaque do ICMS normal na operação interestadual, sem considerar o estorno sobre a última nota fiscal de aquisição do produto.

A Autuante, em sua Informação Fiscal, reconheceu alguns equívocos na autuação e elaborou novos demonstrativos excluindo as operações com os produtos BOMBOM BEL e CHOC GRANUL DORI, NCM 1806.90.00, enquadrados no regime de substituição tributária, bem como as operações de confecção e desfazimento de kits de cestas e a Nota Fiscal nº 741.820, por se tratar de saída de material de uso e consumo para troca.

Concordo com todas as exclusões efetuadas, tendo a lide se mantido apenas em relação à Nota Fiscal nº 756.269, em razão da previsão de estorno do débito do Art. 302, II do RICMS/12, e aos produtos hortifrutícolas congelados, sob a alegação de serem isentos, e BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG, CARTE DOR MOUSSE CHOC e FAR ROSCA PINK, sob o argumento de que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

Assiste razão ao Autuado no tocante à operação com a Nota Fiscal nº 756.269, emitida para acobertar a saída interestadual do produto PANETONE, enquadrado no regime de substituição tributária neste Estado da Bahia, já que há previsão de anulação do débito do imposto, mediante estorno do débito, contida no Art. 302, II do RICMS/12, abaixo transcrito:

“Art. 302. Na saída interestadual de mercadoria que já tiver sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de destino dispondo sobre a substituição tributária para a mesma espécie de mercadoria, o contribuinte poderá:

I - utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso, desde que comprove que a mercadoria foi entregue ao destinatário; ou;

II - estornar o débito fiscal correspondente, relativo à saída, destacado no documento fiscal, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos do Registro de Apuração do ICMS”.”

Logo, esta operação não é tributada, sendo que o erro pela falta de destaque do imposto na nota fiscal não trouxe nenhum prejuízo à arrecadação do Estado da Bahia.

Entretanto, não assiste razão ao Autuado quanto aos produtos hortifrutícolas congelados, pois a autuação, conforme reiteradamente afirmado pela Autuante, não foi porque os produtos seriam resfriados ou congelados, mas porque são produtos industrializados.

Estes produtos não foram simplesmente congelados e acondicionados para transporte, mas sofreram um processo de industrialização, já que foram lavados, inclusive com instalação de tratamento de água, descascados, cortados, passados pelo processo de branqueamento, congelados e embalados de forma industrial, contendo todas as informações de suporte ao consumo, conforme fotos abaixo:



Logo, não se adequam ao disposto no Parecer DITRI/GECOT nº 6.116/2020, sendo que tais produtos são industrializados à luz do Art. 4º, II e IV, do RIPI/2010, transcrito a seguir:

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

...

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

...

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

...” (grifo nosso)

Temos como paradigmas os Acórdãos JJF nº 0127-01/16, 0168-01/16, 0009-03/17 e 0167-05/17 e CJF nº 0213-12/15, 0309-11/16, 0291-12/17 e 0013-12/22.

Quanto ao produto BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG, também não assiste razão ao Autuado, pois não está enquadrado no regime de substituição tributária, posto que não possui a NCM 0206.29.90, mas a NCM 0504.00.90, já que o bucho é o estômago do animal, conforme descrição na NCM abaixo:

“NCM	DESCRIÇÃO
0504.00	Tripas, bexigas e estômagos, de animais, inteiros ou em pedaços, exceto de peixes, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados.
0504.00.1	Tripas
0504.00.11	De bovinos
0504.00.12	De ovinos
0504.00.13	De suínos
0504.00.19	Outras
0504.00.90	Outros”

No tocante ao produto CARTE DOR MOUSSE CHOC, entretanto, assiste razão ao Autuado, pois está enquadrado no regime de substituição tributária, no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12, posto que não possui a NCM 2007.99.90, mas a NCM 1806.90.00, visto que a Nota 2 do Capítulo 20 da NCM, *in verbis*, exclui os produtos de chocolate:

“2 - **Não se incluem nas posições 20.07 e 20.08 as geleias e pastas de frutas**, as amêndoas de confeitaria e produtos semelhantes, apresentados sob a forma de produtos de confeitaria (posição 17.04), **nem os produtos de chocolate (posição 18.06)**.” (grifo nosso)

Também assiste razão ao Autuado em relação ao produto FAR ROSCA PINK, pois está enquadrado no regime de substituição tributária, com a NCM 1905.90.90, item 11.28 do Anexo 1 do RICMS/12, por se tratar de farinha de rosca, descrito como outros produtos de panificação.

Portanto, reputo parcialmente subsistentes as Infrações 01 e 02, nos respectivos valores de R\$ 38.388,21 e R\$ 79,97, após a exclusão dos produtos e operações retro indicadas, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 5ª JJF
31/01/2018	4.600,79	3.483,29
28/02/2018	4.218,38	2.508,15
31/03/2018	3.125,99	2.403,55
30/04/2018	5.484,91	3.920,26
31/05/2018	4.016,96	2.374,53
30/06/2018	4.108,44	2.081,36
31/07/2018	3.302,56	2.085,39
31/08/2018	4.166,83	2.609,53
30/09/2018	6.253,68	4.193,07
31/10/2018	5.814,85	4.320,97
30/11/2018	9.982,72	3.550,94
31/12/2018	66.185,19	4.857,15
Infração 01	121.261,30	38.388,19
28/02/2018	110,52	74,11

31/03/2018	24,20	0,00
30/06/2018	8,03	0,00
31/07/2018	5,86	5,86
31/12/2018	76,03	0,00
Infração 02	224,64	79,97
Valor Total	121.485,94	38.468,16

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 38.468,18, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Multa	Resultado
Infração 01	121.261,30	38.388,19	60%	Procedente em Parte
Infração 02	224,64	79,97	60%	Procedente em Parte
Valor Total	121.485,94	38.468,16		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0004/22-4**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.468,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR