

A. I. N° - 274068.0006/22-7
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.08.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0146-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DO IMPOSTO RECOLHIDOS E ESCRITURADOS. Restou demonstrado o equívoco na apropriação dos recolhimentos relativos à antecipação tributária parcial. Infração insubstancial. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou demonstrado que as mercadorias não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Infração não caracterizada. 3. MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS. As operações com bebidas, relacionadas com o item 6-A - CNAE 4635-4/99, do Anexo único do Decreto nº 7.799/00, foram excluídas pelo Decreto nº 11.481/09. Mantidas as operações com hortifrutícolas congelados industrializados. Excluídas as operações em que houve comprovação do recolhimento do imposto e com as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Pleito de diligência indeferido. 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\$ 156.944,03, em razão das seguintes imputações:

Infração 01 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, junho e setembro a novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 77.985,66, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado lançou valor superior ao recolhido nos registros fiscais do ICMS das operações próprias, no campo OUTROS CRÉDITOS, com a descrição ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Infração 02 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de março, junho e julho de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 33.603,22, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que a base de cálculo das mercadorias está de acordo com a cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05 e a cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 53/17.

Infração 03 – 07.15.05: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março e agosto a dezembro de 2018, sendo aplicada multa no valor de R\$ 45.355,15, correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Foram anexados: Demonstrativos, cópias de mensagens de e-mail, 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 35).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 38 a 65), 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, equivocadamente, foram utilizados os créditos apenas no mês subsequente ao da competência, quando o Art. 309, II do RICMS/12, autoriza a sua compensação no mês em que tenha ocorrido o pagamento, tendo anexado o levantamento correto, inclusive com a exclusão dos valores referentes a juros e multas de mora.

Aduziu que a Infração 02 não merece prosperar em razão de ter sido levado em consideração somente o recolhimento efetuado com o código de receita 1145, sem computar os valores quitados via GNRE, com os códigos de receita 10009-9 e 10004-8, relativos às aquisições interestaduais de mercadorias, nem valores pagos na competência anterior, trazendo como exemplos as Notas Fiscais nº 43.552 e 417.086.

Acrescentou que foi estornado, indevidamente, o valor de R\$ 29.600,13 da arrecadação da substituição tributária, correspondente à Nota Fiscal nº 191.518, e não foi considerado o pagamento da Nota Fiscal nº 101.493, tendo anexado as justificativas para a improcedência da Infração 02.

Afirmou que a Infração 03 não merece prosperar em razão de:

- a) parte das mercadorias hortifrutícolas congeladas serem isentas, de acordo com o Art. 265, I, “a” do RICMS/12, c/c o Convênio ICM nº 44/75;
- b) parte das mercadorias suco, chá e xarope possuírem os benefícios do Decreto nº 7.799/00;
- c) estão sendo cobrados valores a título de ICMS antecipação que foram quitados na competência anterior; e
- d) estão sendo cobrados valores de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Explicou que as notas fiscais de aquisição foram emitidas sem tributação do ICMS, pois o congelamento e acondicionamento 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.

Pontuou que foi proferido o Parecer DITRI/GECOT nº 6.116/2020, no Processo nº 057040/2020-1, em resposta à consulta que formulou, concluindo que o benefício da isenção, na forma prevista no Art. 265, § 5º, I e II do RICMS/12, se aplica às operações praticadas relacionadas neste Auto de Infração.

Afirmou que foi considerada indevida a redução da base de cálculo de 41,176%, prevista no Art. 2º do Decreto nº 7.799/00, em relação a bebidas, tais como sucos, chás e xaropes, sob o argumento de que, por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481/09, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não gozam do referido benefício.

Informou que sua principal atividade econômica está relacionada ao CNAE 4639-7/01 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral), constante no item 8 do Anexo único do Decreto nº 7.799/00, que não exclui bebidas, apenas o comércio atacadista de ração e outros produtos alimentícios para animais, não havendo como afastar a sua possibilidade de usufruir do benefício, uma vez que seu CNAE principal já abarcaria tais produtos, além de que o incentivo fiscal está vinculado à atividade da empresa e não ao produto específico.

Relatou que também foram exigidos valores de ICMS de antecipação parcial pagos na competência anterior e sobre o produto GRANULADO CHOCOLATE DORI, enquadrado no regime de substituição tributária, conforme item 11.4 do Anexo 1 do RICMS/12, tendo anexado planilha com a memória de cálculo e DAEs pagos.

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, ou seja determinado o retorno dos autos à Autuante para que proceda a re-ratificação do Auto de Infração, afastando as operações regulares justificadas e comprovadas, em observância ao princípio da busca pela verdade material.

Foram anexadas mídia e as seguintes cópias: procuraçao, CNH, consulta básica ao cadastro do ICMS na Bahia, Auto de Infração, Parecer DITRI/GECOT nº 6.116/2020, parecer técnico do IPT, DANF-es e Documentos de Arrecadação Estadual (fls. 66 a 126).

A Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 129 a 164), 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 gerada 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 contêm 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, não tendo havido cerceamento de defesa do Autuado.

Esclareceu, no tocante à Infração 01, que o Autuado interpretou equivocadamente o disposto no Art. 309, II do RICMS/12, o qual não autoriza a sua compensação no mês anterior ao que tenha ocorrido o recolhimento, mas refez o demonstrativo, incluindo o DAE nº 1800147009, no valor de R\$ 2.583,00, código de receita 1755, em razão da infração de código 54.05.08 - por contribuinte que não atenda aos requisitos da legislação Antecipação Parcial, tendo a Infração 01 restado zerada.

No que se refere à Infração 02, em relação à não consideração das GNREs, alegou que o Autuado está equivocado, pois os valores destacados nas GNREs relativas às Notas Fiscais 43.552 e 1.824, constantes no arquivo DEFESA SOST – INFRAÇÃO 02, são os valores destacados nas respectivas notas fiscais, no campo VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO, que foi lançado como abatimento no demonstrativo.

Excluiu as Notas Fiscais nº 417.086 e 101.493 do levantamento, por terem sido comprovados os respectivos recolhimentos, mas verificou que não estão relacionadas no demonstrativo as demais Notas Fiscais nº 426.808, 426.810, 428.056, 428.057, 429.138, 583.723, 100.337 e 586.092, e que o DAE nº 1803992946, de valor de R\$ 29.600,13, tem outro código de receita, não havendo correção a ser efetuada.

Apresentou novo demonstrativo da Infração 02, reduzindo o seu valor para R\$ 27.418,79, mantida somente em relação ao mês de junho de 2018, restando zerados os demais meses.

Em relação à Infração 03, 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 empresa D'aucy, onde consta a expressão INDÚSTRIA BRASILEIRA, 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 aperfeiçoamento 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 omisso 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 dispõe 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.

Sustentou que as bebidas estão inclusas no CNAE 4635 e alimentos no CNAE 4639, ou seja, se existe um grupo específico para bebida, este item não pode estar no item de alimentos, e, portanto, bebidas não têm o benefício do Decreto nº 7.799/00, sendo que a interpretação do Autuado é falha, já que o Art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu Anexo único poderá ser reduzida em 41,176%, e as bebidas foram excluídas do referido Anexo único.

Acrescentou que o Decreto nº 7.799/00 determina várias condições para ter o benefício da redução da base de cálculo, uma que se aplica às mercadorias dos itens 1 a 16 do Anexo único, outra condição cumulativa é quando as operações forem internas e com alíquota de 18% a 20%, tendo que atender a estas condições simultaneamente e não individualmente, e que já existem decisões sobre este mérito em relação ao mesmo autuado: Acórdão JJF nº 0206-03/21NF-VD e Acórdão CJF nº 0239-12/21-VD.

Asseverou que excluiu as operações com o produto GRANULADO CHOCOLATE DORI 8X1,010KG, NCM 1806.90.00, enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12, bem como 21 notas fiscais com competência em um mês e pago no mês anterior, conforme novo demonstrativo da Infração 03 que elaborou, reduzindo o valor da multa para R\$ 28.508,01.

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

Foram anexados: mídia e novos demonstrativos das Infrações 01, 02 e 03 (fls. 165 a 175).

Intimado via DT-e, com ciência tácita em 03/10/2022, o Autuado apresentou manifestação (fls. 180 a 211), 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 o argumento, em relação à Infração 02, de que foi estornado, indevidamente, o valor de R\$ 29.600,13 da arrecadação da substituição tributária, correspondente à Nota Fiscal nº 191.518, recolhido com o código de receita 1145, mas, independentemente do código de receita, o imposto referente à substituição tributária foi pago.

No tocante à Infração 03, também reiterou os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, destacando os produtos hortifrutícolas congelados e os que entendem que possuem os benefícios da redução de base de cálculo previstos no Decreto nº 7.799/00, bem como reclamou que, apesar de terem sido corrigidos os valores quitados em competência anterior, não foram retificados em relação às Notas Fiscais nº 417.085 e 417.086.

Alegou que as mercadorias XAROPE MONIN e CHÁS SACHÊS, códigos 11.714, 11.715, 11.716, 11.717, 11.718, 11.719, 11.720, 13.100, 16.061, 16.209, 16.210, 16.267, 16.268, 16.269, 16.270, 16.271, 16.272, 16.273, 16.274 e 16.275, foram indevidamente classificadas como bebidas, mas se tratam de produtos alimentícios, fazendo jus aos benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00, sendo que a mercadoria XAROPE MONIN possui o NCM 2106.90.10, referente a “preparação para elaboração de bebida”, conforme extrato da Declaração de Importação e anúncio vinculado ao referido produto.

Discorreu sobre a NCM, utilizada para classificação de mercadorias, e o CNAE, para diferenciação das atividades econômicas, e defendeu que a Autuante realizou uma interpretação ilegal da lei, pois o incentivo fiscal está claramente vinculado à sua atividade econômica preponderante, e usurpou a responsabilidade do legislativo, violando o princípio da separação dos poderes, optando por, deliberadamente, dar tratamento totalmente equivocado ao Decreto nº 7.799/00.

Relatou que seus concorrentes diretos utilizam o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00 para bebidas, conforme notas fiscais que acostou, tendo clara desvantagem em relação aos mesmos, os quais podem vender bebidas com preço reduzido ao consumidor, sendo injusto tanto em relação a si quanto com a ordem econômica, que autoriza que todos os contribuintes estejam em pé de igualdade na consecução de suas atividades econômicas.

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: cópia de notas fiscais, documentos de arrecadação estadual, comprovantes de inscrição e de situação cadastral na Receita Federal do Brasil, consultas básicas ao cadastro do ICMS da Bahia, da CNH e da procuraçāo (fls. 212 a 240).

A Autuante apresentou nova Informação Fiscal (fls. 244 a 251), onde afirmou que não se aplica a Decisão do STJ, pois não houve erro de fato nem de direito na autuação, nem há impossibilidade de retificação ou limitação da quantidade de infrações do Auto de Infração.

Reiterou não haver correção de mérito em relação à Infração 02, quanto à alegação de estorno indevido, pois se baseou no relatório do Sistema de Informação do Contribuinte – INC, no qual consta 3 (três) lançamentos no valor de R\$ 29.600,13, sendo 2 (dois) com o código de receita 1145, um anulando o outro, e o terceiro com o código 1755 – ICMS AUTO INFRAÇÃO/DE.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC.

Destacou que não estão relacionadas na Infração 03 as mercadorias XAROPE MONIN e CHÁS SACHÊS, códigos 11.714, 11.715, 11.716, 11.717, 11.718, 11.719, 11.720, 13.100, 16.061, 16.209, 16.210, 16.267, 16.268, 16.269, 16.270, 16.271, 16.272, 16.273, 16.274 e 16.275, bem como que a ANVISA não tem competência para legislar sobre matéria de tributação e que o legislador, ao revogar o CNAE específico para a atividade que comercializa bebidas, excluiu as bebidas do benefício previsto no

Decreto nº 7.799/00, sendo que a lei é isonômica e todos os concorrentes do Autuado estão sujeitos à mesma interpretação.

Informou que as Notas Fiscais nº 417.085 e 410.786 [417.086] são relativas ao mês de março de 2018, o qual foi excluído da autuação.

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 redistribuição efetuada em razão da disponibilidade sindical do então Relator, tendo 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, Dra. 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 recolhimento a menor do imposto em razão de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado e por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, bem como aplica multa sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, com saída posterior tributada, 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 comprehensível, 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 operações 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 porque 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.

Após a Informação Fiscal, não restou imposto a exigir na Infração 01, com a Autuante tendo refeito os demonstrativos com a inclusão de recolhimento relativo a uma Notificação Fiscal e a alocação dos recolhimentos por operação nos meses em que efetivamente ocorreram.

Reputo insubstancial a Infração 01, considerando estar correto o novo procedimento adotado pela Autuante, albergado pelo disposto no Art. 309, II do RICMS/12, *in verbis*:

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

...

II - o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento;

...” (grifos nossos)

Também foram excluídas quase todas as exigências relativas à Infração 02, com as quais concordo, sendo mantida a lide apenas em relação à Nota Fiscal nº 191.518, cujo imposto foi recolhido com o código de receita 1145, posteriormente alterado para 1755, tendo em vista a lavratura da Notificação Fiscal nº 210765.0419/18-3, sendo certo que já foi recolhido o imposto relativo à referida Nota Fiscal.

Com a exclusão da referida Nota Fiscal, também não restou imposto devido em relação à Infração 02.

No tocante à Infração 03, a Autuante excluiu as operações com o produto GRANULADO CHOCOLATE DORI 8X1,010KG, NCM 1806.90.00, enquadrado no regime de substituição tributária, elencado no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12, bem como 21 notas fiscais com competência em um mês e pago no mês anterior, reduzindo o valor da multa para R\$ 28.508,01, conforme novo demonstrativo da Infração 03 que elaborou, copiado abaixo:

ANO	MES	ANTECIPACAO PARCIAL	PAGO	DIF	MULTA	
					%	R\$
		A	B	C=A-B	D	E=C*D%
2019	08	190.062,51	160.895,22	29.167,29	60	17.500,37
2019	09	264.908,72	262.449,19	2.459,53	60	1.475,72
2019	10	337.794,20	332.338,86	5.455,34	60	3.273,21
2019	11	485.058,13	476.366,55	8.691,58	60	5.214,95
2019	12	352.775,85	351.036,26	1.739,59	60	1.043,76
		T O T A L	1.583.086,08	47.513,35		28.508,01

Restaram em lide apenas as operações com produtos hortifrutícolas congelados, pelo Autuado entender 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, e com bebidas, sustentando possuírem os benefícios do Decreto nº 7.799/00, já que não constam do levantamento as Notas Fiscais nº 417.085 e 417.086, nem as mercadorias XAROPE MONIN e CHÁS SACHÊS, códigos 11.714, 11.715, 11.716, 11.717, 11.718, 11.719, 11.720, 13.100, 16.061, 16.209, 16.210, 16.267, 16.268, 16.269, 16.270, 16.271, 16.272, 16.273, 16.274 e 16.275.

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, **além da expressão INDÚSTRIA BRASILEIRA**, 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, transcreto 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 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):

...

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.

A atividade de venda de bebidas está inclusa no CNAE 4635 e de alimentos no CNAE 4639, ou seja, se existe um grupo específico para bebida, este item não pode estar no item de alimentos, tendo sido revogado o item 6-A do Anexo único do Decreto nº 7.799/00, mediante o Decreto nº 11.481/09, o que excluiu a comercialização de bebidas do benefício do Decreto nº 7.799/00.

Esta é a regra para interpretação do benefício, já que o Art. 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu Anexo único poderá ser reduzida em 41,176%.

O Decreto nº 7.799/00 determina várias condições para ter o benefício da redução da base de cálculo, uma que se aplica às mercadorias relacionadas às atividades econômicas dos itens 1 a 16 do Anexo único, outra condição é que as operações têm que ser internas e com alíquota de 18% a

20%, tendo que atender a estas condições simultaneamente e não alternativamente, já existindo decisões neste sentido em relação ao mesmo Autuado, conforme Acórdão JJF nº 0206-03/21NF-VD e Acórdãos CJF nº 0239-12/21-VD e 0153-12/23-VD.

Na sustentação oral, o Autuado citou o Acórdão CJF nº 0350-11/22-VD, que excluiu os sucos da autuação por entender que os sucos naturais poderiam se enquadrar como alimentos. Analisando o demonstrativo da Infração 03, e sem entrar no mérito quanto a suco ser bebida ou alimento, verifico que não há nenhuma nota fiscal contendo sucos naturais, apenas sucos concentrados e néctar, não se adequando àquela Decisão.

Portanto, repto parcialmente subsistente a Infração 03, no valor de R\$ 28.508,01, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 5ª JJF
31/03/2018	14.152,95	0,00
31/08/2018	17.535,89	17.500,37
30/09/2018	1.617,79	1.475,72
31/10/2018	3.308,72	3.273,21
30/11/2018	6.962,27	5.214,95
31/12/2018	1.777,51	1.043,76
Infração 03	45.355,15	28.508,01

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 28.508,01, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Multa	Resultado
Infração 01	77.985,66	0,00	60%	Improcedente
Infração 02	33.603,22	0,00	60%	Improcedente
Infração 03	45.355,15	28.508,01	-	Procedente em Parte
Valor Total	156.944,03	28.508,01		

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 274068.0006/22-7, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 28.508,01**, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDEI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR