

A. I. N° - 298958.0006/13-1
AUTUADO - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 10.02.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0011-04/14

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 2. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida com exclusão de margarina indevidamente autuada como “creme vegetal”. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE NF's NO LRE. Infração reconhecida. Indeferido pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$15.146,26, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$7188,54. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%;

Infração 02 - Recolheu a menos ICMS de R\$6.989,75 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%;

Infração 03 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias(sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa: R\$967,97.

O autuado apresentou a defesa de fls. 52 a 56. Reconhece devido o valor exigido pelas infrações 01 e 03 e quanto à infração 02, dos itens autuados protesta apenas quanto ao: Leite em pó e Margarina.

Aportando notas fiscais e transcrevendo o art. 87, XXI do RICMS/BA, alega que a legislação ao reduzir a base de cálculo para as operações internas não fez qualquer ressalva, logo, não haveria balizamento legal para exclusão de leite em pó “A” ou “B”.

Alega que o mesmo ocorreu para este item, pois o autuante excluiu alguns tipos de margarina e a legislação não impõe esta exclusão, logo, os itens são beneficiados com alíquota de 7%.

Também diz que foram excluídos itens erroneamente denominados de “creme vegetal”, quando são margarinas. Aduz que tal situação foi provocada por erro no cadastro da empresa, pois verificou as notas de aquisição e constatou que a tanto a denominação como o enquadramento NCM se refere a margarinas. Portanto, diz não haver o que discutir, pois o erro no cadastro não pode caracterizar a modificação na tributação da mercadoria.

Em face disso, diz que excluindo R\$2.296,84 do Leite em Pó e R\$4.536,28 de Margarina na infração 02 chegou ao valor devido de R\$156,63.

Requerendo o direito de provar o que alega, inclusive por perícia e revisão fiscal, conclui admitindo a procedência da infração 01 e improcedência parcial da infração 02.

O autuante presta informação fiscal às fls. 78 a 84. Resume a defesa e informa:

Leite em pó

Ressalta que essa mercadoria não é objeto da autuação, pois a autuação aponta o equívoco do autuado em considerar como sendo leite em pó o que é “composto lácteo”, mercadoria que não tem direito à redução da base de cálculo.

Informa que o autuado estendeu indevidamente o benefício fiscal às saídas de LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO, + 1, LEITE EM PÓ NINHO + 3, LEITE EM PÓ NINHO + 6, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO que são “Compostos Lácteos” e não leite em pó, como denominados pelo contribuinte. Fala que isto se prova com a leitura dos rótulos dos produtos e o previsto na IN 28/07 do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento que no item 9.3 obriga os fabricantes a grafarem na embalagem a seguinte indicação “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”.

Informa que a Bahia concedeu tratamento diferenciado que especificamente desonera o LEITE EM PÓ. Transcreve ementas do Acórdão JJF Nº 0268-02/12 e de julgado da 3ª CJF que dão procedência a auto de infração sobre essa matéria.

Quanto ao CREME VEGETAL (MARGARINA) atesta razão ao argumento defensivo, pois, “in loco”, comprovou que os produtos autuados não são creme vegetal, mas margarina, o que confirma o erro da empresa ao nomear essa mercadoria.

Refazendo o demonstrativo da infração 02, pede a manutenção parcial do imposto devido, de forma que:

- a) “Leite em pó”: por ser “composto lácteo”, a alegação defensiva não merece guarida, devendo ser mantida a autuação;
- b) “Creme vegetal”: acolhe o argumento defensivo e exclui este item do lançamento tributário de ofício.

Em nova manifestação defensiva às fls. 127 a 130, o autuado rebate a informação fiscal quanto ao “Leite em Pó”, expondo:

- a) Conforme NFs que acostou aos autos, adquiriu Leite em Pó, com NCM's 19011010 e 04022120 e se assim o seu fornecedor classifica o produto, parece-lhe não haver dúvida de ele ser LEITE e não composto lácteo;
- b) Diz que o autuante ao se expressar à fl. 77 que a intenção do legislador era contemplar somente “Leite em Pó” extrapola de suas funções, pois estaria se passando por legislador, imputando nova responsabilidade que não está abarcada na legislação, fruto, portanto, da sua vontade e não do legislador. Aduz que caso o legislador quisesse excluir algum tipo de leite em pó, usaria excludente redação dizendo que a redução da base de cálculo seria para “LEITE EM PÓ, EXCETO...”.

Novamente transcreve o art. 87, XXI do RICMS e diz que as notas fiscais descrevem aquisição de LEITE EM PÓ.

Fala que o silêncio do autuante sobre isso implica na aceitação do argumento defensivo e que, ainda que não bastasse tal fato, entende que o argumento da pressuposta intenção do legislador está provada ao contrário já que a alteração 15 do RICMS-BA através do Decreto 14.681 de 30/07/2013 contempla com redução de base de cálculo as operações internas com “leite em pó” e “composto lácteo”.

Quanto aos rótulos acostados como prova às fls. 93 a 95 diz não merecer apreciação, pois os itens autuados são de 2013 e não os que vendeu em 2008 e 2009.

Em nova informação fiscal, fls. 134 e 135, dizendo que a nova manifestação defensiva não inova a defesa anterior, reafirma a manutenção do crédito, conforme planilhas de fls. 85 a 92.

VOTO

Em face da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas, com fundamento no art. 147, II, “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, indefiro o pedido de perícia formulado pela defesa.

Das três infrações que contém este auto, o valor relativo às infrações 01 e 03 foi expressamente reconhecido devido e, por não haver lide, não terá o mérito apreciado.

Infrações procedentes.

A infração 02 se refere a exigência fiscal por recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Das mercadorias constantes no demonstrativo que suporta a infração (fls. 29-40) há protesto apenas quanto ao “creme vegetal” que o autuado diz ser margarina indevidamente cadastrada como “creme vegetal” e “Leite em Pó” que o autuante diz ser “composto lácteo” não alcançado pela normativa que concede o benefício fiscal de redução de base de cálculo nas operações internas com leite em pó.

Por verificar “in loco” que, de fato, o primeiro item contestado é margarina (mercadoria com carga tributária reduzida pelo Dec. 7.284/97), corretamente o autuante acolheu o argumento defensivo e o retirou da autuação, conforme demonstrativo refeito de fls. 85-92, não mais havendo questão para este item.

Quanto ao leite em pó autuado (LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO,+ 1, LEITE EM PÓ NINHO + 3, LEITE EM PÓ NINHO + 6, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO), por identifica-lo como “composto lácteo”, o fisco entende que o autuado teria aplicado indevidamente a redução de base de cálculo de ICMS prevista na legislação do Estado da Bahia para leite em pó.

Por essa razão, a fiscalização afirma que o autuado teria deixado de recolher integralmente o ICMS devido nessas operações, haja vista que as teria tributado mediante a utilização de alíquota de 7% – em decorrência da aplicação da redução de base de cálculo de 58,825%, quando deveria ter utilizado a alíquota regular de 17%.

Por sua vez, o sujeito passivo defende o direito à redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXI do RICMS-BA, pois, conforme descrito nas notas fiscais de aquisição que acosta às fls. 68-73, trazendo as NCM’s 19011010 e 040222120, sustenta que o produto em questão é LEITE EM PÓ.

Portanto, superada as demais questões, a discussão processual se atém ao fato de os itens citados serem ou não leite em pó e, conseqüentemente, estarem ou não aptos ao gozo do benefício fiscal da redução de base de cálculo prevista na legislação baiana.

Com relação ao argumento defensivo de que não há balizamento legal quanto à exclusão de qualquer leite em pó do benefício fiscal previsto no art. 87, XXI, do RICMS-BA, repito, a celeuma se dá quanto às mercadorias autuadas serem ou não leite em pó.

É verdade que o artigo 87, inciso XXI, do RICMS/97, em vigor nas datas de ocorrência dos fatos geradores, estabelecia uma redução de base de cálculo nas operações internas de leite em pó de forma que a carga tributária incidente fosse de 7%, *in verbis*:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Entretanto, para superar a questão, resta saber se as mercadorias objeto da autuação são ou não as definidas na legislação para gozo do benefício fiscal.

Sobre este aspecto (atendendo a prescrição normativa contida na Instrução Normativa 28/07 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) assume especial relevância a indicação nos rótulos (fls. 93-95) de que os produtos objeto da autuação não são LEITE EM PÓ, mas “composto lácteo”.

Pois bem, no direito existem diversas formas de interpretações do conteúdo da lei. Diversas são as classificações apresentados pelos doutrinadores, não cabendo, no presente voto, maiores ilações sobre o tema. Entretanto, por se tratar de benefício fiscal na forma de isenção parcial, tenho que a interpretação da citada norma deve se dar de modo restritivo, conforme prevê o artigo 111 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

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.

Assim, a redução da base de cálculo somente pode ser aplicada para o produto: LEITE EM PÓ.

Não se pode, neste caso, dar interpretação extensiva a produto diferente do previsto no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97.

Vale destacar que o citado dispositivo não faz referência ao produto COMPOSTO LÁCTEO. Ele é taxativo, trata, única e exclusivamente, de LEITE EM PÓ.

A propósito, mesmo que equivocadamente classificado com NCM de leite em pó (1901.10.10) a NF de fl. 72 trazida aos autos pelo Impugnante indica os produtos NESTOGENO PLUS Fórmula Infantil, NESTOGENO 1 Fórmula Infantil, NESTOGENO 2 Fórmula Infantil e MUCILON que, definitivamente, não são leite em pó.

Ora, se o próprio fabricante dos produtos, declara que os mesmos não são leite em pó, razão não há na alegação defensiva, mesmo que, equivocadamente, em alguns casos, o fabricante fornecedor tenha apostado NCM de leite em pó para “composto lácteo”.

O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) é responsável pela gestão das políticas públicas de estímulo à agropecuária, pelo fomento do agronegócio e pela regulação e normatização de serviços vinculados ao setor. Busca integrar sob sua gestão os aspectos mercadológico, tecnológico, científico, ambiental e organizacional do setor produtivo e também dos setores de abastecimento, armazenagem e transporte de safras, além da gestão da política econômica e financeira para o agronegócio. O Mapa tem como uma de suas funções, garantir a segurança alimentar da população brasileira, logo, na qualidade de órgão oficial do governo brasileiro, devo aceitar seu posicionamento sobre o produto em questão, ou seja, é **COMPOSTO LÁCTEO E NÃO É LEITE EM PÓ**.

Quanto ao fato de que através do Decreto 14.681 de 30/07/2013 o “composto lácteo” passou também a gozar do benefício fiscal de redução de base de cálculo do ICMS previsto para o leite em pó nas operações internas, friso que não alcança os fatos geradores deste AI que se reportam ao período janeiro 2008 a dezembro 2009.

Pelo acima exposto, acolhendo o demonstrativo refeito às fls. 85-93 para a infração 02, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos cujo demonstrativo de débito da infração 02, é o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 02					
31/01/2008	09/02/2008	563,76	17	60	95,84
28/02/2008	09/03/2008	393,18	17	60	66,84
31/03/2008	09/04/2008	544,53	17	60	92,57
30/04/2008	09/05/2008	413,06	17	60	70,22
31/05/2008	09/06/2008	462,47	17	60	78,62
30/06/2008	09/07/2008	623,88	17	60	106,06
31/07/2008	09/08/2008	772,18	17	60	131,27

31/08/2008	09/09/2008	1.014,24	17	60	172,42
30/09/2008	09/10/2008	625,18	17	60	106,28
31/10/2008	09/11/2008	655,53	17	60	111,44
30/11/2008	09/12/2008	423,76	17	60	72,04
31/12/2008	09/01/2009	448,71	17	60	76,28
31/01/2009	09/02/2009	571,18	17	60	97,10
28/02/2009	09/03/2009	436,24	17	60	74,16
31/03/2009	09/04/2009	348,06	17	60	59,17
30/04/2009	09/05/2009	480,12	17	60	81,62
31/05/2009	09/06/2009	570,82	17	60	97,04
30/06/2009	09/07/2009	637,00	17	60	108,29
31/07/2009	09/08/2009	805,35	17	60	136,91
31/08/2009	09/09/2009	738,12	17	60	125,48
30/09/2009	09/10/2009	568,00	17	60	96,56
31/10/2009	09/11/2009	990,53	17	60	168,39
30/11/2009	09/12/2009	601,76	17	60	102,30
31/12/2009	09/01/2010	744,71	17	60	126,60
Total da infração					2.453,50

Consta às fls 137 a 140, que houve pagamento do débito, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0006/13-1**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.642,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$967,97**, prevista no inciso IX do dispositivo e lei citados, devendo ser homologado os valores já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2014.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR