

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0047/15-9
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0119-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/10/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0221-11/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE PASTEURIZADO. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida, art. 267, XXIX, RICMS-BA/12 ou leite em pó, art. 265, XXV, RICMS-BA/12 é restrita ao produto industrializado neste Estado, não alcançando também, no período de apuração e constante do levantamento fiscal, os compostos lácteos. Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, não pode ser ampliada para alcançar produtos distintos. Comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo de equívocos no levantamento fiscal acatadas pelo autuante em sede de informação fiscal reduziram o débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade, nem o pedido para cancelamento ou diminuição das multas. Não apreciado pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação baiana. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Auto de Infração lavrado em 12/11/2015, o qual exige ICMS no valor de R\$406.565,57, acrescido da multa de 60%, por ter o Recorrente:

Infração 03.02.02 - Recolhido a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014.

A 3ª JJF apreciou a lide em 14 de Junho de 2016, decidindo pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 166 a 178), nos termos a seguir expostos:

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, sob o fundamento da ausência dos elementos essenciais e necessários à validade jurídica da autuação, uma vez que não houve ciência da presente fiscalização, que ensejou a lavratura do Auto de Infração ora impugnado, resultando em incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, omissões que traduzem afronta a legislação vigente.

Constato que não deve prosperar a pretensão do autuado, haja vista que aderiu ao Domicílio Tributário Eletrônico desde 16/09/2015 para todos seus estabelecimentos, conforme se verifica na fl. 126, e sobre a presente ordem de Serviço tomou ciência em 06/11/2015, conforme pode se verificar da fl. 09, estando devidamente cientificado o sujeito passivo do início do procedimento de auditoria, não há mácula na formalização da ação fiscal.

Ademais, analisando os elementos que compõem os autos, observo que o presente lançamento está fundamentado em expressa disposição legal, sendo que a infração está estritamente baseada na Lei 7.014/96,

não se vislumbrando a ocorrência de qualquer dos motivos de nulidade elencados no art.18 do RPAF-BA/99. Logo, considero ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada.

Tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de diligência e perícia solicitado pelo impugnante.

No mérito, o presente lançamento fiscal imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativos acostados às fls. 13 a 55.

Em suas razões de defensas, o impugnante se insurgiu parcialmente da autuação em relação a diversas mercadorias arroladas no levantamento fiscal, alegando se tratar de operações: i) sujeitas ao regime de substituição tributária; ii) isentas, ou iii) com redução de base de cálculo.

O autuante, ao prestar informação fiscal, acolheu parte das alegações da defesa e manteve o lançamento em relação aos produtos: Leite Longa Vida, Leite em Pó, Composto Lácteo e Bacalhau dessalgado, refez o demonstrativo de débito, fls. 122 a 124, reduzindo o valor do débito para R\$403.950,45.

O defendente ao tomar ciência da informação fiscal se manifestou reiterando seus argumentos defensivos e mantendo seu entendimento de que deve ser considerada a redução da base cálculo dos produtos “Leite Longa Vida”, “Composto Lácteo” e “Leite em Pó”, de acordo com a previsão contida nos artigos 267 e 268 do RICMS-BA/12. Do mesmo modo, sustentou seu entendimento de que são isentas as operações de saídas internas com o produto Bacalhau Dessalgado, com suporte na alínea “a” do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório que emerge dos autos, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que manteve na autuação as operações de saídas internas em que o impugnante adotou tratamento tributário sem amparo da legislação de regência. Por se tratar de um benefício fiscal, redução da base de cálculo, impõe-se interpretação restritiva, não podendo ser ampliada para alcançar outros produtos.

Em relação ao Leite Longa Vida resta comprovado nos autos que o sujeito passivo utilizou indevidamente o benefício, destinado exclusivamente ao leite fabricado neste Estado, expressamente previsto no inciso XXIX, do art. 267, do RICMS-BA/12, vigente à época, nas vendas de leite longa vida produzido fora do Estado da Bahia. Assim, afigura-se correto o procedimento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia nas operações de saídas do leite longa vida, originado de outro Estado. Nesse sentido, inclusive, tem sido o entendimento reiterado nas decisões de Segunda Instância deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0222-12/15, CJF Nº 0230-11/15 e CJF Nº 0245-11/15.

No que concerne ao argumento da defesa de que improcede a limitação do benefício ao leite produzido internamente imposta pelo Estado por violar a vedação constitucional disposta no inciso V, do art. 150 e no art. 152 da CF/88, fica consignado que este órgão- não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributaria Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF-BA/99.

Quanto ao produto Composto Lácteo, verifico que também não se aplica a redução de base de cálculo pretendida pelo defendente, haja vista que, como se depreende da IN 28/07 do MA, Composto Lácteo não é Leite em Pó, uma vez que o produto pode ter apenas 51% de composição láctea, portanto, não pode ser considerado como leite.

Ademais, somente a partir de 01/08/13 os Compostos Lácteos foram incluído no benefício da redução de base de cálculo, desde que fabricado no Estado, consoante previsão no inciso XXV, art. 268, do RICMS-BA/12, o que corrobora com o entendimento de que se tratam de produtos diferentes, onde antes de sua inclusão, apenas o Leite em Pó possuía o direito à redução de base de cálculo. Assim, com alteração regulamentar resta patente que, antes deste período não poderia ser efetivada tal redução de carga tributária pretendida pela empresa, corroborando que Composto Lácteo não é leite em pó, e sim um novo e diferente produto. Aliás, este tem sido o entendimento assente neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos de nºs CJF 0289-13/13, CJF 0349-11/15 e CJF 0289-11/15.

Em relação ao Leite em Pó, o citado art. 268, inciso XXV, teve sua redação alterada a partir de 01/01/2014, onde este produto passou a ter a mencionada redução de base de cálculo condicionada apenas para os produtos fabricados no estado. Portanto, o que ora está sendo exigido no presente auto de infração são os produtos fabricados fora do Estado e a partir de 01/01/2014, que tiveram suas saídas realizadas indevidamente a 7%.

No que diz respeito ao Bacalhau Dessalgado verifico que, além de já ser matéria pacificada em diversas decisões neste CONSEF, o teor elucidativo do Parecer da DITRI nº 0199/2013, fl. 119, sobre a matéria não deixa dúvidas de que o imposto incide sobre esse produto.

O bacalhau, originariamente, é um pescado salgado. Essa característica intrínseca de natureza de sua produção não se desnatura ao ser posteriormente dessalgado e congelado.

É fato indubitável que a alínea “e”, do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12, contempla indistinta e

expressamente pescado salgado, por não se tratar de peixe in natura, como fora da isenção, in verbis:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

[...]

II - as saídas internas de:

[...]

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;”

Nestes termos, não deve prosperar a tese defensiva, devendo ser mantida a exigência desse produto na autuação

Assim, acolho demonstrativo elaborado pelo autuante, por ocasião da informação fiscal, fls. 122 a 124, remanescendo parcialmente subsistente a autuação no valor de R\$404. 101,95.

Ante a inexistência de qualquer dúvida na aplicação da legislação aplicável às irregularidades cometidas e objeto da autuação, observo que é inaplicável o art. 112 do CTN, nesse sentido, descabe o pleito do impugnante.

No que concerne à multa aplicada, o defendente alegou que a multa aplicada é confiscatória e inconstitucional. Ressalto que a penalidade aplicada é legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução de multa, ressalto que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, o atendimento de tal pleito ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal, e consequentemente, não pode ser acatado, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal,

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Em acordo com o art. 169, I, “b” do RPAF/99, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 187 a 207, insurgindo-se contra a Decisão de primeira instância que manteve inalterada a infração em relação aos produtos LEITE TIPO LONGA VIDA, LEITE EM PÓ E COMPOSTOS LÁCTEOS, bem como BACALHAU, por entender não serem compreendidos pela isenção fiscal dos arts. 87, XXXV (sic) e 265, II “e” do RICMS/BA, respectivamente.

Primeiramente, o Recorrente discorre sobre a Tempestividade do presente Recurso, tendo tomado ciência do lançamento em 15/07/2016 e interposto o Recurso Voluntário em 01/08/2016 (fl. 209), respeitando o prazo de 20 (vinte) dias estipulado pelo art. 171 do RPAF.

Informa a apresentação do Recurso em meio eletrônico, em cumprimento ao art. 8º, §3º do RPAF no endereço eletrônico consefprocessos@sefaz.ba.gov.br e esclarece serem legítimas as cópias reprográficas anexadas ao referido processo.

Adentrando ao mérito, sustenta que a redução da base de cálculo disposta no art. 87, XXXV do RICMS/BA (sic) está em desacordo com a norma constitucional, por violar o disposto no art. 150, V e art. 152, ambos da CRFB, além de ferir o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da mesma Carta Magna.

Discorre defendendo ser ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia não poderia impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito. Acrescenta à peça recursal decisões do TJBA e TJSP, as quais reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 7.826/00, bem como do inciso XXXV, art. 87 do RICMS/BA.

Em seguida, contesta a Decisão de piso - em relação ao produto Bacalhau, que manteve a infração por entender que Bacalhau é *originalmente um pescado salgado*, logo não abarcado pelo benefício fiscal do art. 265, II “e” do RICMS/BA.

Prossegue sua argumentação defensiva alegando que o pescado adquirido pela Recorrente (dessalgado em postas, desfiados e lombos) não se enquadram à exceção dos pescados salgados do art. 265, II “e” do RICMS/BA, devendo ser contemplado pela isenção do ICMS. Nesta senda, cita alguns acórdãos deste CONSEF que coadunam com seu entendimento, quais sejam: Acórdão JJF

Nº 0107-05/14 (confirmado pelo CJF Nº 0347-12/14) e Acórdão JJF Nº 0038-06/14.

Ademais, questiona a exorbitância da multa aplicada de 60% e clama, em caso de dúvida, pela aplicação do art. 112 do CTN, para que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, bem como a produção de todos os meios de provas permitidos em direito, bem como a juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado pela Autoridade Fiscal em 12/11/2015, por entender ser devido ICMS no valor de R\$406.565,57, acrescido de multa de 60%, decorrente da infração acima descrita, a qual são objetos do presente Recurso os produtos: LEITE LONGA VIDA, LEITE EM PÓ E COMPOSTOS LÁCTEOS, bem como BACALHAU.

A priori, não merece prosperar a alegação de conflito entre a legislação estadual, a qual confere o benefício fiscal da redução de base de cálculo ao leite produzido dentro do Estado, e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, já que tal norma, em nenhum momento, ofende qualquer princípio constitucional. Trata-se, em verdade, de um benefício fiscal conferido pelo Estado da Bahia, devendo ser analisado de forma restritiva.

Ademais, a regra disposta no art. 167, inciso I do RPAF/BA, veda expressamente este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade. Vejamos:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”.

Compulsando os autos, verifica-se que nos demonstrativos acostados às fls. 12 a 54, todas as operações envolvendo leite, leite em pó e compostos lácteos foram tributados indevidamente em 7%, como se fizessem jus ao benefício fiscal disposto no art. e 268, XXV do RICMS/BA.

No que concerne aos compostos lácteos, estes foram recentemente incluídos no benefício da redução da base de cálculo, conforme art. 267, XXIX do RICMS/BA, tendo como pré-requisito para a referida isenção serem fabricados no Estado da Bahia. Assim o é também com o Leite em Pó, que teve sua redação alterada em 01/01/2014, passando a ser contemplado com a mesma redução da base de cálculo.

Deste modo, em conformidade com a normal legal estadual, procedeu de forma correta o Auditor ao exigir a aplicação da alíquota cheia nas operações de saídas do leite longa vida, Leite em pó e Compostos lácteos originários de outro Estado.

Em relação ao produto BACALHAU dessalgado, verificou-se em Parecer da DITRI que, não há que se falar em isenção do art. 265, II, “e” em relação aos “pescados salgados” que tenham passado por processo de dessalga e congelamento, já que estes não afastam as características intrínsecas do pescado salgado.

Assim sendo, deve ser mantida a exigência de ICMS desse produto, não fazendo jus à isenção em comento por ter sofrido o processo de dessalga, já que sua natureza permanece como sendo a de pescado salgado.

A salvo de dúvidas quanto à aplicação da norma legal e aos objetos autuados e questionados, inexistente motivo para aplicação do art. 112 do CTN, sendo descabido o pleito do Recorrente.

No que pertine à multa aplicada, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, este órgão julgador administrativo não tem competência para adentrar no pedido de redução ou cancelamento da mesma.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão

Recorrida, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0047/15-9**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$404.101,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS