

PROCESSO	- A. I. N° 232845.2257/15-8
RECORRENTE	- BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0127-01/16
ORIGEM	- IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/01/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0309-11/16

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada, além de operações isentas de ICMS, além de não ter sido observada a existência de mercadorias cujas operações gozam do benefício da isenção. Refeito o lançamento. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade, e indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2015 para exigir ICMS no valor histórico de R\$91.357,63, acrescido de multa, em decorrência do cometimento de cinco infrações, sendo somente objeto de Recurso a infração 1, a seguir transcrita:

Infração 01. – 02.01.03 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referentes aos meses de janeiro a junho de 2014 e agosto a dezembro de 2014 sendo lançado imposto no valor de R\$ 78.998,23, com multa de 60%;

Após houve a apresentação da Defesa administrativa (fls. 67 a 78) e da correspondente Informação Fiscal (fl. 106 a 111).

Em termos, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que dirimiu a lide sob os seguintes argumentos, *verbo ad verbum*:

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de cinco infrações. O autuado em suas razões defensivas reconheceu as infrações 02, 03, 04 e 05, inclusive recolhendo o imposto com o Benefício concedido através da Lei 13.449/2015, que instituiu o Programa Concilia Bahia. Por esta razão julgo procedentes as referidas infrações, permanecendo em discussão apenas a infração primeira.

A infração 01 acusa o contribuinte de não ter efetuado o recolhimento o ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis e aplicação de alíquota equivocada.

Inicialmente observo que a acusação em discussão está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, forma rejeito a nulidade arguida.

Em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, a infração em discussão acusa o contribuinte de não ter efetuado o recolhimento o ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis e aplicação de alíquota equivocada.

O contribuinte apresentou defesa reclamando que foram incluídos produtos sujeitos à substituição tributária

como se possuísse tributação normal. Indicou as mercadorias e afirma que por esta razão não as tributou. Além disso, foram incluídas no levantamento mercadorias, que indicou, cujas operações são isentas de ICMS.

O fiscal autuante, na informação, após afirmar que o contribuinte contestou 08 produtos, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens: JG BAN CARICIA LISTR, JG BAN MF TAUPE 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G e PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G e BACALHAU DESSAL CONGEL 1.3KG. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, de acordo com os documentos de fls. 112 a 123.

Acato a revisão efetuada pelo autuante pois à época dos fatos geradores o produto, BACALHAU DESSAL CONGEL 1.3KG gozava do benefício da isenção, por se tratar de pescado, conforme disposto no art. 265, alínea “e” do inciso II do RICMS/2012.

No que diz respeito às demais mercadorias, JG BAN CARICIA LISTR, JG BAN MF TAUPE 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, JG BAN MF MARFIM 2PC, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G e PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, efetivamente estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes à Ervilha Seara 300g, por não gozar do benefício da isenção prevista no art. 265, alínea “a”, do inciso I do RICMS/2012, como pretendido pelo sujeito passivo, tendo em vista que os mesmos passaram por um processo de industrialização, através de limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo, e consequentemente as saídas devem sofrer a incidência do imposto.

No que diz respeito ao Acórdão citado pelo sujeito passivo de nº 0275-01/13 emitido por este Conselho em que externou o entendimento de que os produtos hortícolas congelados equivalem ao estado natural observo que se trata de Decisão exarada pela primeira Instância de Julgamento, porém, a jurisprudência em segunda Instância de Julgamento aponta em sentido contrário, a exemplo do Acórdão nº 0213-12/15.

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a Decisão mais favorável ao contribuinte entendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação a matéria apreciada.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela Procedência Parcial da infração 01 no valor de R\$ 74.966,26.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida, com o benefício concedido através da Lei 13.449/2015, que instituiu o Programa Concilia Bahia.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 190 a 201), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua Defesa e refazendo os pedidos já postulados.

Após um breve histórico dos fatos e da Decisão vergastada, passa a propalar seus argumentos recursais.

No que tange a infração 1, diz que o primeiro equívoco da Decisão é a tributação com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção. Com essa tese, diz que os produtos extrativos de origem vegetal (BP ERVILHA SEARA 300G) são isentos por força do artigo 265, I, “a” do RICMS/BA-12, ao qual reproduz.

Em seguida, alega que o Convênio ICM 44/75, em sua Cláusula primeira também isentaria a mercadoria em comento, sendo improcedente o argumento da fiscalização de que “trata-se em verdade de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados, não sendo isentos”, o que descharacterizaria o estado natural.

Contudo, propala que “*o congelamento do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura qualquer tipo de transformação ou processamento, permanecendo o produto tal qual fora retirado da natureza, tendo sua temperatura diminuída apenas para fins de conservação do mesmo*”.

Em seu socorro, colaciona o Acórdão JJF nº 0275-01/13 no qual se admite que o produto hortifrutigranjeiro congelado é alcançado pelas normas isentivas, bem como o Parecer GECOT 543/99, no mesmo sentido.

Diz comprovar o alegado juntando nota fiscal do referido item, na qual é possível perceber a falta de destaque do ICMS para os produtos autuados, bem como a indicação, no campo das informações complementares, a indicação da isenção prevista no RICMS/BA, ora abordada.

Adiante, passa a discorrer sobre a exorbitância da multa aplicada. Diz não haver justificativa para aplicação da multa no percentual de 60% e que a mesma é confiscatória.

Seguidamente, alega que deve ser levado em consideração o princípio do benefício da dúvida, insculpido no artigo 112 do CTN.

Ao final de seu arrazoado, pede pela decretação de improcedência do crédito tributário da infração 1 e, sucessivamente, seja reduzida ou afastada a multa aplicada, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, além da aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte.

VOTO

Da análise dos fólios processuais, entendo que reparo algum merece a Decisão de Piso.

Da leitura do art. 265, I, ‘a’ do RICMS/BA-12, entendo que a tese recursal de que a mercadoria Ervilha Seara 300g é isenta, não se sustenta, uma vez que passa por processo de industrialização e, assim, não é alcançada pela norma excludente da incidência do imposto.

Para uma melhor compreensão da questão, faz-se necessário reproduzir a norma susomencionada, *in litteris*:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80); (grifos nossos)

Como se lê, as saídas das mercadorias de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75 são isentas, desde que não destinadas à industrialização,

Cabe também reproduzir a norma estabelecida no Convênio ICMS 44/75:

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

(...)

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo; (grifos nossos)

A lei é clara em estabelecer que a mercadoria esteja em estado natural para que seja passível de isenção, ou seja, não há isenção quando a mercadoria passa por qualquer processo de industrialização, como é o caso da mercadoria ora impugnada.

Quanto à alegação do recorrente de que a multa aplicada na autuação é exorbitante e de caráter confiscatório, ferindo o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal e, portanto, ilegal, pleiteando assim o seu afastamento de forma integral, ou que se reduza a mesma, sob pena de violação ao

princípio da isonomia tributária.

Neste particular, infelizmente a aludida multa encontra amparo legal, e, não é facultado o acatamento de constitucionalidade no processo administrativo, consoante o art. 167, I do RPAF/BA, reconhecendo assim que a legislação expressamente estatui a multa.

Sendo assim, não se pode discutir nesta 1^a CJF no que concerne ao valor e/ou percentual da multa aplicada.

Por fim, quanto ao pedido de redução da multa por descumprimento de uma obrigação principal, é imperioso apontar que falece competência a essa 1^a CJF para tal fim, consoante a dicção do art. 158 do RPAF/BA, que só prevê a possibilidade de redução pelas Câmaras para aplicação de multas sobre obrigações acessórias.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recuso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de Primeira Instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 232845.2257/15-8, lavrado contra BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$87.325,66, 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 já pagos, com o benefício concedido através da Lei 13.449/2015, que instituiu o Programa Concilia Bahia.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS