

A. I. Nº - 232845.2256/15-1
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO e LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27.10.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-01/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Os itens MANGERICÃO KITANO PET, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO e ALECRIM KITANO PET não são hortifrutícolas em estado natural, como determina a cláusula primeira, inciso I do Convênio ICMS 44/1975. Infração 01 parcialmente elidida após revisão fiscal. **2. USO DA ALÍQUOTA DE 7%, AO INVÉS DE 17%.** Remanesceram após as correções, por exemplo, LEITE MOLICO ACTICOL, LEITE SUPRASOY e LEITE MOLICO ACTIFIB, enriquecidos com proteínas, fibras, cálcio, ácido fólico e diversas vitaminas. Apesar da denominação “*LEITE*”, são na verdade compostos lácteos (tal informação consta dos rótulos), tendo em vista as suas composições. Por isso, não se encartam no art. 268, XXV do RICMS-BA/2012. Infração 02 parcialmente elidida após revisão fiscal. **3. USO DA ALÍQUOTA DE 17%, AO INVÉS DE 27%.** Imputação não impugnada. Infração 03 mantida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 30/03/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$ 98.797,46, sob a acusação do cometimento das três irregularidades a seguir indicadas.

Infração 01 – Recolhimento a menor, devido à aplicação nas operações de saída regularmente escrituradas de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação (demonstrativo “*LEVANTAMENTO DE PRODUTOS TRIBUTADOS COMERCIALIZADOS COMO NÃO TRIBUTADOS – 2013*”, de fls. 11 a 32). R\$ 55.481,40 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Recolhimento a menor, decorrente da aplicação nas operações de saída regularmente escrituradas de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação (demonstrativo “*LEVANTAMENTO DE PRODUTOS TRIBUTADOS COMERCIALIZADOS COM DIVERGÊNCIA NA ALÍQUOTA – 2013*”, de fls. 33 a 39). R\$ 42.145,95 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Recolhimento a menor, em função da aplicação nas operações de saída regularmente escrituradas de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação (demonstrativo “*LEVANTAMENTO DE PRODUTOS TRIBUTADOS COMERCIALIZADOS COM DIVERGÊNCIA NA ALÍQUOTA – 2013*”, de fls. 40 a 44). R\$ 1.170,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

No campo destinado à descrição dos fatos está dito que, além das questões referentes às alíquotas, foi constatada a realização de operações tributáveis como não tributáveis.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 51 a 63, na qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando as acusações e admitindo que a autuação procede em parte, motivo pelo qual efetuou o pagamento do valor que entende devido.

Em seguida, no mérito da primeira imputação (demonstrativo “*LEVANTAMENTO DE PRODUTOS TRIBUTADOS COMERCIALIZADOS COMO NÃO TRIBUTADOS – 2013*”, de fls. 11 a 32), sustenta que os autuantes não observaram que algumas das operações constantes do levantamento ocorreram ao abrigo da isenção ou já se encontravam com a tributação encerrada, tendo em vista a substituição a que estavam sujeitas (“*imposto que já foi pago no início da cadeia*”): iogurte betânia (item 21 do Anexo 01 do RICMS-BA/2012); espetinho de frango, espetinho suíno, coxa com sobrecoxa, chester assado, chester assa fácil desossado e peru assado (itens 34/35); alcachofra em comprimidos e alcachofra composta (item 32); escada de alumínio (item 24.75); pano de prato (item 25.37); luvas e outros (item 32.4); aipim e tomates “*sweep grape*” (pequenos), os quais, segundo alega, enquadram-se no art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012, que recepciona o Convênio ICMS 44/1975, autorizativo.

Em referência à infração 02 (suposto erro na adoção da alíquota de 7%, ao invés de 17%), alega que o Fisco “*não observou a tributação reduzida do leite, bem como a mudança da legislação tributária no tocante ao composto lácteo, equiparado a leite com a publicação do Decreto 14.681/13*”, com vigência a partir de 01/08/2013. No que concerne ao leite em pó, a redução da base de cálculo consta da redação originária do art. 268, XXV do RICMS-BA/2012, transcrito à fl. 55.

Ao todo, segundo alega, foram desconsiderados os seguintes produtos: Leites NAN1 e NAN2, Leite NAN1 Fórmula Infantil, Leite NAN2 Fórmula Infantil, Leite NAN Há Gold, Leite NAN Comfort, Leite NAN Comfort 1, Nestrogeno Fórmulas 1, 2 e Plus e Leite em pó Molico. Quanto ao milho, a utilização da alíquota de 7% se deu com base no art. 16, I, “a” da Lei 7.014/1996 (transcrição à fl. 56).

Prossegue argumentando que a multa é exorbitante, requerendo redução ou cancelamento e afirmando que deve ser levado em conta o “*benefício*” da dúvida previsto no art. 112 do CTN.

Por fim, protesta pela produção de provas como perícia, diligência, vistoria e inspeção e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na primeira informação fiscal, de fls. 98/99, um dos auditores, tendo anexado o levantamento sintético de fl. 101, assim como os analíticos de fls. 102 a 128, assevera ter efetuado a devida correção, após o que os valores das infrações 01 e 02 foram alterados, respectivamente, de R\$ 55.481,40 para R\$ 47.889,05 e de R\$ 42.145,95 para R\$ 35.298,03.

Às fls. 134 a 136, manifestando-se, o sujeito passivo alega que o conteúdo da defesa é de caráter eminentemente exemplificativo, tendo em vista o extenso rol de produtos. A seu ver, nas planilhas da revisão efetuada pela Fiscalização ainda restam itens a serem excluídos, como pernil assado, galeto assado, frango cozido e almôndegas – incluídos nos itens 34/35 do Anexo 01 do RICMS-BA/2012 (fl. 135).

O mesmo ocorreu com alho, manjerição e alecrim, hortifrutícolas previstos no art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012 e no Convênio ICMS 44/1975.

No que diz respeito à infração 02, repete as argumentações atinentes aos produtos referidos na defesa e não se conforma com o suposto fato de o auditor não ter retirado o leite em pó do levantamento, item cuja redução de base de cálculo existe desde a vigência do RICMS-BA/2012.

Assim, reitera as argumentações e os pedidos da impugnação.

Na segunda informação fiscal, de fls. 140 a 142, um dos autuantes assegura que pernil assado, galeto assado, frango cozido e almôndegas não se enquadram nos referidos itens (34/35) do Anexo 01 do RICMS-BA/2012, por não estarem em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados e por não resultarem do abate de aves (códigos NCM/SH 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0207, 0209 e 0210).

A alínea “a” do inciso I do art. 265 do mencionado Regulamento, que recepciona na legislação interna da Bahia o Convênio ICMS 44/1975, de natureza autorizativa, retira o alho da isenção, a qual apenas abriga as operações com produtos não industrializados, o que não ocorre no caso em análise.

Afirma que não autuou os fatos ocorridos após a vigência do Decreto 14.681/2013 e que os itens remanescentes não são leite em pó.

Às fls. 146 a 151 foram juntados comprovantes de pagamento parcial, após a lavratura do Auto de Infração.

VOTO

A infração 03 não foi impugnada. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF-BA/1999, não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

As outras duas acusações decorrem da realização de operações internas sem a devida tributação (infração 01) e com a equivocada aplicação da alíquota de 7%, ao invés de 17% (infração 02).

Ao prestar a informação fiscal, o auditor – de forma acertada, efetuou todas as correções relativas aos produtos acima especificados (no Relatório), objeto das razões de defesa, as quais não repetirei por objetividade. Por exemplo, o item POP CORN MIC NATURAL, constante da planilha de fl. 105, não é o milho de que trata o art. 16, I, “a” da Lei 7.014/1996, cujo texto refere-se aos componentes necessários à alimentação básica do ser humano.

Apesar disso, ao se manifestar, o impugnante demonstrou inconformismo com a suposta cobrança concernente ao leite e compostos lácteos, assim como à autuação das operações com alho, manjerição, alecrim, pernil assado, galetão assado, frango cozido e almôndegas.

Referentemente ao leite em pó e produtos semelhantes, a exemplo dos Leites NAN1 e NAN2, Leite NAN1 Fórmula Infantil, Leite NAN2 Fórmula Infantil, Leite NAN Há Gold, Leite NAN Comfort, Leite NAN Comfort 1, Nestrogeno Fórmulas 1, 2 e Plus e Leite em pó Molico, observo primeiramente, às fls. 106/107, que não remaneceram exigências concernentes aos fatos ocorridos após a vigência do Decreto 14.681, de 30 de julho de 2013.

Assinale-se que a Portaria do Ministério da Agricultura nº 146, de 07 de março de 1996, estatui que leite em pó é apenas aquele de proveniência exclusiva do leite da vaca. A regra de redução de base de cálculo em vigor até 30 de julho de 2013 – como norma de exceção que é, reclama interpretação literal, podendo-se com reservas tomar como fundamento o art. 111 do CTN (devido à distinção que a doutrina e a jurisprudência atuais fazem entre isenção, ainda que parcial, e redução de base de cálculo).

Remaneceram na revisão de fls. 102 a 107, por exemplo, itens como LEITE MOLICO ACTICOL, LEITE SUPRASOY e LEITE MOLICO ACTIFIB, enriquecidos com proteínas, fibras, cálcio, ácido fólico e diversas vitaminas. Apesar da denominação “LEITE”, são na verdade compostos lácteos (tal informação consta dos rótulos), tendo em vista as suas composições. Por isso, não se encartam no art. 268, XXV do RICMS-BA/2012.

A título meramente ilustrativo, veja-se o que a professora Lavínia Cavalcanti Lima Cunha, mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa e professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e de Mediação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), denunciou em <http://laviniacavalcanti.blogspot.com.br/2010/05/denuncia-leite-molico-actifibras-nao-e.html> (acesso no dia 29/12/2015, às 14:00h).

“Tive o maior choque na semana passada quando, lendo despreziosamente o rótulo do “leite” Molico Actifibras, descobri que ele não é leite! Trata-se de composto lácteo. O problema é que vem foto de um copo de leite, igual à foto do leite Molico real; ele é vendido na seção de leite, com preço de leite, anunciado pelos supermercados como leite, mas NÃO É LEITE! Nesse caso, a Nestlé induz as pessoas a acreditarem que o produto é leite em pó e deveria ser proibida sua propaganda, assim como aconteceu ontem, também com a Nestlé, quanto à bebida Alpino Fast, que não contém chocolate Alpino, apesar de ter o mesmo nome e a mesma cor do chocolate e ainda trazer um bombom na embalagem. Essa atitude da Nestlé pode se caracterizar como propaganda enganosa ou prática abusiva. No primeiro caso, por se enquadrar a situação no §1º do art. 37 do CDC, haja vista a informação contida no rótulo induzir em erro o consumidor a respeito da natureza e características do produto. Também se enquadra como prática abusiva pois, pelo art. 39, IV

do CDC, a Nestlé se prevalece da ignorância do consumidor para impingir-lhe um produto (composto lácteo)”.

Uma vez que o Convênio ICMS 44/1975 é meramente autorizativo, o Estado da Bahia, no art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012 retirou o alho da norma de isenção. Relativamente aos itens MANGERICÃO KITANO PET, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO e ALECRIM KITANO PET, não são hortifrutícolas em estado natural, como determina a cláusula primeira, inciso I do precitado Convênio.

Quanto a pernil assado, galeto assado, frango cozido e almôndegas, não estão contidos nos códigos NCM/SH 0201 (carne de animais da espécie bovina, frescas ou refrigeradas), 0202 (carne de animais da espécie bovina, congeladas), 0203 (carne de animais da espécie suína, frescas, refrigeradas ou congeladas), 0204 (carne de animais das espécies ovina ou caprina, frescas, refrigeradas ou congeladas), 0206 (miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas), 0207 (carne e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 0105), 0209 (toucinho sem partes magras, gorduras de porco e de aves, não fundidas nem de outro modo extraídas, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados) e 0210 (carne e miudezas, comestíveis, salgadas ou em salmoura, secas ou defumadas; farinhas e pós, comestíveis, de carne ou de miudezas), previstos itens 34/35 do Anexo 01 do RICMS-BA/2012.

Em relação à multa, não há previsão legal para que este órgão delibere sobre constitucionalidade, redução ou cancelamento (artigos 158, 159 (revogado) e 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Com fundamento no art. 147, I, “a” do citado Regulamento processual, indefiro o pleito de diligência, pois todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos.

Não existem dúvidas na lide em enfoque, de modo que não há que se cogitar o “*benefício*” previsto no art. 112 do CTN.

Acolho a revisão de fl. 101, de modo que os valores das infrações 01 e 02 sejam alterados, respectivamente, de R\$ 55.481,40 para R\$ 47.889,05 e de R\$ 42.145,95 para R\$ 35.298,03.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 84.357,19, com a homologação dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232845.2256/15-1**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.357,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR