

A. I. Nº - 269352.0051/15-6
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.10.2016

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-06/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO NA APURAÇÃO. Em apertada síntese, o impugnante logrou comprovar diversos equívocos do autuante em sua defesa inicial, e que foram reconhecidas na informação fiscal. No entanto, quanto aos os demais itens em que insiste em defender, não logrou êxito em sua pretensão, visto as disposições legais vigentes que sustentam a legalidade parcial do lançamento, reduzindo-se o crédito fiscal aos valores do novo demonstrativo apresentado na informação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração, lavrado em 09/12/2015, foi lançado ICMS no valor total de R\$269.228,31, decorrente do recolhimento a menos em razão de aplicação de alíquota diversa na prevista na legislação na saída de mercadorias regularmente escrituradas, acrescida da multa de 60%.

A empresa, inconformada com o procedimento fiscal, apresenta impugnação ao presente Auto de Infração, constante das fls. 63 a 123. Aduz que improcede a exigência fiscal porque o Autuante acabou por incluir mercadorias cuja tributação foi feita corretamente, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados, por exemplo, estarem sujeitos à substituição tributária ou serem beneficiadas pelo benefício da isenção ou redução da base de cálculo. Entretanto, a Impugnante alega que tributou corretamente as mercadorias conforme relata adiante:

1. Produtos sujeitos à substituição tributária:

- CHOCOLATE: a acusação não procede porque o levantamento fiscal indicou produto sujeito à substituição tributária como se possuísse tributação normal. Segundo o RICMS-BA., o item acima indicado está sujeito ao referido regime especial de tributação, disposta no item 7 do Anexo Único do Regulamento. Que não há dúvidas de que o produto em questão se amolda perfeitamente à legislação, o que se conclui até de maneira intuitiva, posto que se trata, especificamente, de barra de chocolate que pode ser consumida de imediato pelo consumidor. Nesse sentido, não é difícil notar que o produto incluído no levantamento realizado pela fiscalização está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos fornecedores, pelo que não procede a exigência fiscal.
- CARNES SUINAS SECAS: da mesma forma, o Decreto nº 6.284/97, em seu art. 353, item 9 (para o exercício de 2011) e o Decreto nº 13.780/12, Anexo I, item 34 (para o exercício de 2012), que dispõem sobre o regime de substituição tributária nas operações com produtos resultantes do abate de animais. Nesse sentido, no presente caso, tem-se a perfeita subsunção do fato à norma, já que, até de forma intuitiva, percebe-se que os produtos autuados (PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e PRESUNTO PARMA S/OSS PERDIG PRM) são carnes suínas secas. Assim, como o legislador, neste item, também quis submeter ao regime especial de tributação esses itens, decerto que aquelas acima descritas se enquadram nessa classificação.
- PRODUTOS DERIVADOS DO TRIGO: O item 33.1 do Anexo Único do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com produtos derivados da farinha de trigo. E esse é exatamente o caso dos autos, já que parte dos produtos

autuados (LASANHA MISTA TRI e SOJA 500G) são massas alimentícias para lasanha, não cozidas e nem recheadas. Tais produtos não são lasanhas prontas ou pré-assadas, que já possuem o recheio específico, bastando que o consumidor leve ao forno para aquecimento. Os itens em questão são apenas massas frescas de trigo que precisam ser incrementadas e, posteriormente, cozinhadas para o consumo.

Nesse sentido, não é difícil notar que o produto incluído no levantamento realizado pela fiscalização está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos fornecedores. Por essa razão é que não procede a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS por ausência de tributação nas notas fiscais de saídas de tais mercadorias.

- IOGURTE: o Autuante tributa normalmente (17%) o produto NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G, sem observar que o mesmo corresponde a iogurte, sujeito a substituição tributária, nos termos do Dec. nº 13.780/12, Anexo I, item 21. Portanto, não há imposto a ser recolhido, sendo imposto foi retido pelo fornecedor, pelo que se observa a improcedência da exigência fiscal.

2. Produtos isentos:

- PRODUTOS HORTIFRUTÍCOLAS: outro equívoco a ser apontado é a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem ônus tributário por estarem acobertados pelo benefício da isenção. E esse é exatamente o caso dos autos, pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, PAPRICA PICANTE KIVI 45g, PIMENTA MALAGUETA, FOLHA DE LOURO MC, ERVA DOCE KITANO 40g, OREGANO KITANO 3g, TRIO HIDROPONICO, etc.) senão vejamos o que determina o RICMS/BA:

Dec. 13780/12

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);

Acrescenta que o Convênio 44/75, mencionado pelo dispositivo acima transcrito, traz expressamente a previsão para a isenção dos produtos em questão (alecrim, erva-doce, pálpica - pimentão, pimenta). Que não procede o argumento de que, por se tratar de produto desidratado, restaria descaracterizado o seu estado natural, na medida em que a desidratação 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. Em outras palavras, o produto em estado natural é aquele que mantém suas características originais, não sendo assim considerado quando submetido a processo de industrialização (o que não é o caso em questão), não considerando, para tanto, sua temperatura ou nível de água (frescos, resfriados, congelados ou desidratados).

Ressalta ainda, que o mero acondicionamento para transporte, regra geral, não descaracteriza o estado natural da mercadoria, posto que, assim como o congelamento, apenas contribui para higienização e segurança no consumo de tais produtos. Ora, é razoável que se defina o produto in natura como todo alimento de origem vegetal ou animal, para cujo consumo imediato se exija, apenas, a remoção da parte não comestível e os tratamentos indicados para sua perfeita higienização e conservação. Tanto é assim que, em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural, de acordo com trecho do parecer GECOT nº 543/99 (doc. 03).

- PESCADOS: da mesma forma, o Autuante pretende, ainda, cobrar ICMS em relação às operações com FILE BACALHAU CONG Kg, FILE BACALHAU SAITHE CONG, POSTA BAC SAIT DES RIBERALVES 800G e BP BACALHAU DESF DES CONGEL 500G, aplicando a alíquota de 17%. Entretanto, esquece a fiscalização que tais produtos também são beneficiados pela isenção disposta no RICMS/BA, tanto em sua redação do Decreto nº 6.284/97 quanto no Decreto nº 13.780/12:

Decreto 6.284/97

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXVI

Decreto 13.780/12

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

E que não se queira alegar que os produtos ora mencionados estariam dentre as exceções listadas na alínea acima transcrita, posto que estamos diante de pescados dessalgados e congelados, sendo, portanto, diametralmente apostos à previsão que exclui o pescado seco ou salgado, conforme se conclui da própria descrição do item, das informações passadas pelos fornecedores na respectiva embalagem. Dessa forma, enquanto perdurar o benefício previsto nos dispositivos acima transcritos, do mesmo diploma legal, as operações internas e interestaduais com os referidos produtos não sofrerão tributação, face a isenção que acoberta tais saídas.

- ARROZ: a legislação estadual prevê expressamente a anulação da carga tributária para o arroz, conforme se depreende da redação dos artigos abaixo colacionados:

Decreto 6.284/97

Art. 78-A. É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão.

Decreto 13.780/12

Art. 265. São isentas do ICMS:

II - as saídas internas de:

c) arroz e feijão;

E que esse é exatamente o caso dos autos, pois boa parte da presente autuação se refere a produto ARROZ COZ ITALIANA TIO JOÃO 1Kg, ARROZ COZ JAPONESA TIO JOÃO 1Kg, ARROZ VITAMIN TIO JOÃO 1Kg;

Que os produtos ora mencionados estariam fora da previsão listada acima por serem melhor aproveitados de uma forma específica de preparo; que tais mercadorias são arroz comuns, não adicionados de qualquer outro item, tanto que possuem a mesma NCM que os demais, conforme se verifica pelas notas fiscais em anexo (doc. 04) e também pela descrição do próprio fabricante. Ora, da mesma forma que se veda a possibilidade de concessão dessa causa de exclusão do crédito tributário por analogia, não se pode utilizar de interpretação extensiva para retirar o benefício concedido.

Que são isentas as saídas do produto arroz, independente da sua destinação ou consumo específico sugerido (cozinha oriental, italiana etc.), não podendo o Autuante criar distinção que o legislador não fez. Assim, mais essas mercadorias devem ser retiradas do levantamento do Fiscal Autuante, já que não há que se falar em aplicação equivocada da alíquota de ICMS nas suas respectivas saídas, posto estarem desoneradas do imposto, estando o Fiscal Autuante a exigir imposto sem base legal para tanto.

3. Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%. Redução da base de calculo.

- PRODUTOS LEITE LONGA VIDA E LEITE EM PÓ/COMPOSTO LÁCTEO: segundo a acusação fiscal, a Impugnante teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo em pó, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%. Esse é o caso dos produtos COMPOSTO LACTEO ELEGE 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHE 1L, LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENISSIMA 300G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, etc. A justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado e para o leite em pó/composto lácteo industrializado neste Estado:

Decreto 6.284/97

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);”

Decreto 13.780/12

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)

(...)

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Todavia, não procede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna. De fato, ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Em outras palavras, a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%. Considerando que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe-se a desconstituição da infração.

A situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente. O MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Soma-se, ainda, que a questão também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

Portanto, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Diante do exposto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Assim, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente. Mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco. Consequentemente, requer-se, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Há de ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Ora, o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capituloção legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Assim, o direito está prenhe de certeza. Mas se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando improcedente o Auto de Infração em combate. Ante o exposto, requer a Impugnante o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Impugnante pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta a Impugnante pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

A Informação fiscal foi prestada às fls.142/148, quando o Autuante admite que o impugnante tem razão quanto à improcedência de alguns produtos lançados no demonstrativo original e separa entre os que concorda e não concorda, elaborando novos demonstrativos para a referida infração.

1. Produtos em concordância com a defesa: COBERT CHOC BRANCO GAROTO 1KG. Produto da Substituição Tributária (outras preparações de confeitaria NCM 1704.9) - Item 11 do Anexo I do RICMS/12. ARROZ COZINHA ITALIANA TIO JOAO ARROZ COZINHA JAPONESA TIO JOAO ARROZ VITAMIN TIO JOAO 1KG. Não se trata de arroz recheado, portanto possuem redução de base de cálculo de 100%. DANFE do fornecedor à fl. 126.
- PIMENTA MALAGUETA: Esta pimenta, em específico, fornecida pelo remetente de CNPJ 33.937.756/0001-10, não é industrializada, sendo isenta. DANFE do fornecedor à fl. 127. LASANHA MISTA TRI E SOJA 500G Produto da Substituição Tributária - item 33.1 do Anexo I do RICMS/12. PRESUNTO CRU. PRESUNTO PARMA. Produto da Substituição Tributária - item 34 do Anexo I do RICMS/12. (DANFE do fornecedor às fls. 128 e 129).

Concorda com os argumentos trazidos pela defendant, referente aos produtos acima, e apresenta novos demonstrativos foram elaborados e anexados às fls. 130 a 132, reduzindo a Infração 1. Os demonstrativos com discriminação por produto, detalhados por data, estão contidos em novo CD-R que anexa à fl. 133.

2. A seguir, justifica a discordância com relação aos itens da defesa: TRIO HIDROPONICO - Produto não encontrado em nenhum relatório do presente auto de infração. NINHO SOLEIL - Aduz que não se trata de produto da Substituição Tributária, sendo devido o imposto em suas saídas pelo ECF. DANFE do fornecedor à fl. 135, comprovando tal situação.
- ALECRIM KIVITA 15G FRASCO. PAPRICA PICANTE KIVI 45g. FOLHA DE LOURO MC. ERVA DOCE KITANO 40g. OREGANO KITANO 3g. Trata-se em verdade de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados, não sendo isentos. Pode-se verificar do DANFE do fornecedor às fls. 136 e 137, em que estes produtos são tributados normalmente.
- LEITE LONGA VIDA. A empresa questiona a cobrança sobre o produto “Leite Tipo Longa Vida” que teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, bem como o Art. 268, XXIX, do

RICMS/2012/BA, que concedem redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO.

O Art. 87, XXXV, do RICMS/1997/BA, dispõe:

"Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);" (grifos acrescidos).

Assim também disciplina o Art. 268, XXIX, do RICMS/2012/BA:

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);" (grifos acrescidos).

Fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Alega a empresa que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado. Afirma que a Constituição não permite tal distinção, sendo assim inconstitucional tal diferenciação. Ocorre que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição, como descrito abaixo:

"RPAF:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;"

Noutro giro, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF N° 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.

Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação do tráfego de bens, não tem aparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal têm claramente o objetivo de estimular a produção e circulação interna desse tipo de Leite. Não há limitação ou impedimento ao transito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, sem a qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação interna de determinada mercadoria.

A afirmação da Autuada de que o Estado da Bahia, assim procedendo, majora a carga tributária do leite oriundo de outros Estados não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

- COMPOSTO LÁCTEO: quanto ao COMPOSTO LÁCTEO, também listado pela empresa, a redução ora em comento não se aplica, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, em anexo às fls. 139 a 141, Instrução esta específica para o produto em questão e que tem por objetivo estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deve atender o produto Composto Lácteo destinado ao consumo humano, determina que tem o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ".

Portanto, se não se deve confundir com leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, Órgão responsável por classificar e conceituar as composições de produtos para consumo humano, não deve prosperar o argumento da empresa, pelo que não faz jus à redução da base de cálculo o produto COMPOSTO LÁCTEO, se a redução prevista é específica para leite em pó.

Julgamento neste sentido já foi realizado pela 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0196-02/13, no Auto de Infração nº 206830.0008/12-0.

Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado. Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento).

2.1.1.1 Composto Lácteo ou Composto Lácteo sem Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) exclusivamente produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2). O produto final deve apresentar 100% (cem por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos.

2.1.1.2 Composto Lácteo com Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não lácteas (3). O produto final deve apresentar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos."

Percebe-se acima que o produto que pode ter apenas 51% de composição láctea e não pode ser considerado como leite em sua essência. Ademais, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 2012, em seu Art. 268, inciso XXV, incluiu a partir de 01/08/13 o COMPOSTO LACTEO na redução de base de cálculo ora em comento, o que corrobora com o entendimento de que se trata de produto diferente do Leite em Pó, onde antes de sua inclusão, apenas o Leite em Pó possuía o direito à redução de base de cálculo. Abaixo a redação anterior e a atual, com a inclusão do COMPOSTO LÁCTEO.

Redação Originária (efeitos até 31/07/13):

"XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);".

Redação Posterior (efeitos a partir de 01/08/13):

"XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);"

Portanto, somente a partir de 01/08/2013 é que foi incluído o COMPOSTO LÁCTEO na legislação tributária do Estado da Bahia permitindo que este produto fosse passível de redução de base de cálculo, e desde que fabricado no Estado. Se assim o fez é porque 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.

- LEITE EM PÓ (fl. 84): Por fim, 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, em relação a LEITE EM PÓ, são aqueles fabricados fora do Estado e a partir de 01/01/2014, que tiveram suas saídas realizadas indevidamente a 7%.
- BACALHAU (fl. 80): Outro produto questionado pela empresa é o BACALHAU DESSALGADO, que também não há razão de não ser tributado. Como sabemos o BACALHAU é um PROCESSO, não um peixe. É um processo que o transforma em um peixe salgado, o que o retira da redução de base de cálculo prevista no Art. 265, II, 'e' do RICMS/12, transscrito abaixo:

"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;"

O primeiro processo na elaboração do BACALHAU é a salga. Após, em outra etapa, quando se quer dessalgá-lo, a título de facilitação ao consumidor, é feita a dessalga, que já é um posterior processo industrial, e mais complexo, diga-se de passagem. Quando é feita a dessalga,

obviamente o produto te que ser congelado, por conta da perda do poder conservante do sal, mas não por isso se trata de um produto fresco, em estado natural.

Não caberia, portanto, Senhores Julgadores, que em um certo momento, anterior, o produto fosse tributado (salgado), e depois se tornasse sem tributação (dessalgado), o que seria uma aberração tributária. Numa etapa inicial tributada, e depois de sofrer outro processo industrial, passasse a ter 100% de redução de base de cálculo. É uma inversão da lógica de políticas de incentivo fiscal. Quanto mais avançado em termos de etapas de industrialização, menos favorecido é aquele produto, pela lógica fiscal. Tanto que o instituto do DIFERIMENTO existe antes de o produto chegar na cadeia industrial, que é quando o Produtor Rural remete-os em estado natural para se iniciar os processos de industrialização.

Parecer da DITRI já foi exarado em relação a esta questão, de nº 0199/2013, que ora anexamos às fls. 138, confirmando a incidência do ICMS sobre o bacalhau dessalgado. Parecer este que esclarece que o simples fato de um peixe salgado ser posteriormente dessalgado não afasta as características intrínsecas do pescado salgado. Neste sentido, não devem prosperar os argumentos defensivos em relação ao BACALHAU DESSALGADO.

O autuado solicita, por fim, que sejam reduzidas ou mesmo afastadas as multas aplicadas em virtude de achá-las abusivas, com nítido caráter confiscatório. O presente PAF possui uma infração com multa de 60%. Inicialmente salienta-se que a referida multa está amparada pelo artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Não há previsão legal que autorize a redução ou afastamento pleiteado e falece competência ao autuante para se pronunciarem a respeito da ilegalidade ou constitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do autuado.

Ante o exposto, solicita-se que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE, com exceção dos valores já admitidos por esta Fiscalização como indevidos nesta Informação Fiscal. Retorne-se à SAT/DAT METRO/CPAF para preparação e encaminhamento ao CONSEF para julgamento, haja vista que embora tenha havido refazimento de demonstrativo da Infração 01, não há necessidade de ciência do sujeito passivo, nem reabertura de prazo, em função de que se trata de redução da infração por conta dos argumentos e provas apresentados pela autuada, em consonância com o que estabelece o § 8º do Art. 127 do RPAF.

O impugnante apresentou manifestação fiscal às fls.153/167 quando frisa em primeiro lugar, que a Recorrente procedera ao pagamento parcial da autuação, cujos comprovantes seguem em anexo (doc. 02). Nesse sentido, a Autuada apresentou Impugnação, requerendo a improcedência da acusação, em síntese porque o Autuante acabou por incluir mercadorias cuja tributação foi feita corretamente, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados, por exemplo, estarem sujeitos à substituição tributária ou serem beneficiadas pelo benefício da isenção ou redução da base de cálculo, razão pela qual exige uma diferença indevida de ICMS.

Ocorre que, ao prestar a devida informação fiscal, o ilustre Auditor Fiscal excluiu apenas algumas mercadorias da exigência fiscal (COBERT CHOC BCO GAROTO 1K, PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e PRESUNTO PARMA S/OSS PERDIG PRM, LASANHA MISTA TRI e SOJA 500G, PIMENTA MALAGUETA, ARROZ COZ ITALIANA TIO JOAO 1Kg, ARROZ COZ JAPONESA TIO JOAO 1Kg, ARROZ VITAMIN TIO JOAO 1K), pugnando pela manutenção da Autuação para os demais itens, sob argumentos que, como será melhor explicado adiante, não merecem prosperar, pelos fundamentos que passa a expor.

A autuação versa sobre suposto recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota equivocada. Entretanto, como será demonstrado a seguir, a Impugnante tributou corretamente as mercadorias. Quanto aos produtos sujeitos à substituição tributária ao citar iogurte, repete os mesmos argumentos da defesa.

Que o Autuante mantém a autuação e tributa normalmente (17%) o produto NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G, sem observar que o mesmo corresponde a iogurte, sujeito a substituição tributária, nos termos do Dec. nº 13.780/12, Anexo I, item 21, e cujo imposto foi destacado quando de sua aquisição. Para que se comprove a veracidade das alegações, a Impugnante junta Nota Fiscal do

referido produto, através da qual é possível ver a perfeita adequação do item autuado na NCM indicada pela norma acima transcrita, bem como o destaque do ICMS-ST pelo seu fornecedor (doc. 03). Portanto, não há imposto a ser recolhido, sendo imposto foi retido pelo fornecedor, pelo que se observa a improcedência da exigência fiscal.

Quanto aos produtos isentos, repete em geral, os mesmos argumentos da defesa. Produtos hortifrutícolas: os itens em questão, da forma em que são comercializados, trazem maior praticidade no preparo dos alimentos e maior garantia quanto à qualidade sanitária do produto, mantendo as características sensoriais e nutricionais do vegetal fresco, razão pela qual não há dúvidas que estão abrangidos pelo benefício da isenção ora abordado.

Para fins de comprovação do alegado, a Impugnante junta notas fiscais dos referidos itens, nas quais 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 art. 14 do RICMS/BA., ora abordada (doc. 04).

Quanto aos pescados também repete os mesmos argumentos. Que o norteador da improcedência do lançamento fiscal, consistente no fato de que os pescados no Estado da Bahia são isentos do ICMS e de que o pescado (dessalgado em postas, desfiados e lombos) comercializado pela Impugnante não se enquadra dentro da exceção a regra de isenção (salgado), conforme ventilado no art. 265, II, “e” do RICMS/2012.

E quem comprova que o produto foge à regra da tributação é o próprio Autuante, quando descreve que a aquisição é de Bacalhau Dessalgado. Ou seja, a mercadoria enquadra-se perfeitamente na regra estabelecida pelo RICMS, já que se trata de pescado, e este NÃO é enlatado, cozido, seco ou salgado.

Note-se, doutos julgadores, que a norma beneficia os pescados, exceto os secos e salgados. Ou seja, se o produto em questão é congelado e dessalgado, está fora do campo das exceções, sendo, portanto, beneficiado pela redução de base de cálculo. Utilizando o mesmo raciocínio, o CONSEF, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS.

“A. I. Nº - 129711.0005/12-1

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/14

VOTO

Assiste razão ao autuado quanto aos produtos isentos. Dessa forma, devem ser excluídos do levantamento quantitativo os seguintes débitos: a) (...); b) (...); c) exercício de 2009: produto código nº 19231 (BACALHAU DIAS CONG DESA), valor ICMS a ser excluído R\$929,18.

Em sua defesa, o autuado afirmou que o produto bacalhau lombo e beneficiado com redução de base de cálculo em 100%, nos termos do art. 87, XXXVI, do RICMS-BA/97. Na informação fiscal, a autuante acolheu o argumento defensivo e excluiu os débitos correspondentes a esse produto. Foi acertado o procedimento da autuante na informação fiscal, uma vez que o produto citado na defesa goza da redução de base e cálculo prevista no art. 87, inc. XXXVI, do RICMS-BA/97.”

Informa ainda a Impugnante que o Acórdão JJF nº 0107-05/14, acima transscrito, proferido pela 5^a Junta de Julgamento Fiscal, foi confirmado pela 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0347-12/14.

Percebe-se, portanto, que os casos citados (redução de base de cálculo de 100% - espécie de isenção total) é semelhante ao do presente Auto de Infração (isenção), já que ambos desoneram a operação do ICMS e possuem as mesmas regras de exceção que se aplicada apenas ao pescado salgado e não ao dessalgado, conforme atestado pelo CONSEF.

Assim, ao tributar o bacalhau dessalgado o Fisco está dando uma interpretação além da prevista na legislação, violando, por sua vez, o art. 110 do CTN.

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Alega que ao incluir o produto dessalgado no rol de produtos tributados, quando a norma assim não prevê, está o Autuante dando nova interpretação ao RICMS, sob o simples argumento de que “não cabe tal isenção por se tratar de bacalhau salgado e posteriormente dessalgado, ou seja industrializado, isto não o isenta do ICMS. Argumento que não procede, em respeito à literalidade da norma (art. 111, II do CTN), cuja regra prevê que “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...) outorga de isenção.”

Que a fiscalização não pode ir além do que fora dito na norma estadual, posto que em matéria tributária a interpretação é obrigatoriamente restritiva, de sobremaneira que, em não havendo hipótese expressa na legislação de que o bacalhau dessalgado não está contemplado com a isenção, não poderá o Fisco criar nova hipótese de tributação. Deve-se, portanto, aplicar/interpretar a norma estadual conforme ela éposta. E, nessa interpretação, o bacalhau dessalgado está isento do ICMS, já que, quando da sua comercialização (fato gerador do imposto), ele não era salgado, como quer fazer entender o Autuante.

Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%. Redução da base de cálculo: segundo a acusação fiscal, a Manifestante teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%. A infração, portanto, impõe uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, violando a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna. Em sua Manifestação Fiscal, o Autuante discorre que “*o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de forma do Estado.*”

Contudo, engana-se o Fiscal, posto que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%. Ou seja, majora-se a carga tributária do produto que vem de fora do Estado.

E a confirmação de que majora a carga tributária está nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário da Bahia no sentido de que improcede a exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Portanto, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Ante o exposto, a Impugnante reitera todos os pedidos formulados na Impugnação, em especial seja julgado improcedente o Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que a Impugnante encontra-se em perfeita harmonia com a legislação vigente, bem como por todas as demais razões trazidas à colação.

Uma segunda informação fiscal foi prestada às fls. 183/88 quando aduz que em relação à manifestação da empresa constante das fls. 152 a 178, tem ainda informar:

- NINHO SOLEIL: Não se trata de produto da Substituição Tributária, sendo devido o imposto em suas saídas pelo ECF. DANFE do fornecedor à fl. 135, comprovando tal situação.

PRUDOTOS HORTÍCOLAS: ALECRIM KIVITA 15G FRASCO; PAPRICA PICANTE KIVI 45g; FOLHA DE LOURO MC; ERVA DOCE KITANO 40g; OREGANO KITANO 3g. Pode-se verificar do DANFE do fornecedor às fls. 136 e 137, em que estes produtos são tributados normalmente. Ademais, anexamos parecer da DITRI de nº 13.670/2009 às fls. 180 a 182 que confirmam a tributação dos itens.

LEITE LONGA VIDA - COMPOSTO LÁCTEO. Quanto ao COMPOSTO LÁCTEO, também listado pela empresa, a redução ora em comento não se aplica, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, em anexo às fls. 139 a 141, Instrução esta específica para o produto em questão e que tem por objetivo estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deve atender o produto Composto Lácteo destinado ao consumo humano, determina que tem o

fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”.

Portanto, se não se deve confundir com leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, Órgão responsável por classificar e conceituar as composições de produtos para consumo humano, não deve prosperar o argumento da empresa, pelo que não faz jus à redução da base de cálculo o produto COMPOSTO LÁCTEO, se a redução prevista é específica para leite em pó.

Quanto ao leite em pó e bacalhau, não trouxe quaisquer novidades, repetindo os argumentos anteriores. Ante o exposto, solicita-se que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE, com exceção dos valores já admitidos por esta Fiscalização como indevidos nesta Informação Fiscal.

VOTO

Inicialmente constato que o impugnante reconheceu expressamente parte do lançamento, e o autuante reconheceu também que alguns produtos, de fato, correspondiam aos argumentos defensivos do autuante, excluindo diversos produtos, entre os quais - COBERT CHOC BRANCO GAROTO 1KG Produto da Substituição Tributária (outras preparações de confeitoraria NCM 1704.9) - Item 11 do Anexo 1 do RICMS/12. ARROZ COZINHA ITALIANA TIO JOAO ARROZ COZINHA JAPONESA TIO JOAO ARROZ VITAMIN TIO JOAO 1K. PIMENTA MALAGUETA LASANHA MISTA TRI e SOJA 500G; PRESUNTO CRU. PRESUNTO PARMA, no que concorda este julgador.

Assim, posto, a lide fica restrita aos produtos mantidos pelo autuante na informação fiscal, e após a manifestação do impugnante, por duas vezes reafirmou o mesmo entendimento da procedência parcial quanto ao reconhecimento dos itens acima citados e a manutenção dos demais. Elaborou novos demonstrativos, reduzindo a Infração para R\$267.244,47, conforme diz na informação fiscal à fl. 143 e que os cálculos estão contidos em novo CD-R que anexa à fl. 133; entretanto, o autuante ao transcrever o valor remanescente cometeu um erro, pois o total mantido de acordo com o demonstrativo é de R\$210.084,30 e não R\$267.244,47.

Assim, resta a este julgador apreciar os demais produtos postos em discussão, salientando que quanto ao TRIO HIDROPONICO o autuante diz que o produto não foi encontrado em nenhum relatório do presente auto de infração, e o impugnante não se manifestou acerca desse item na sua manifestação.

O autuante insiste que o NINHO SOLEIL não está produto da Substituição Tributária, sendo devido o imposto em suas saídas pelo ECF, e que há um DANFE do fornecedor à fl. 135, comprovando tal situação. Já o impugnante afirma que o mesmo corresponde a iogurte, sujeito a substituição tributária, nos termos do Dec. nº 13.780/12, Anexo I, item 21. De fato, consultando o DANFE nº 41.351 emitido pelo fornecedor DAIRY PARTNERS, verifica-se o tratamento tributário normal da mercadoria NINHO SOLEIL.

O fornecedor desta mercadoria já foi autuado conforme ementa abaixo, onde o Conselho de Fazenda, em segunda instância, reconheceu definitivamente e proveu Recurso de Ofício, por motivo do autuante lançar o imposto devido por substituição tributária do NINHO SOLEIL, quando a empresa logrou provar que se tratava de mercadoria sob tributação normal.

PROCESSO - A. I. Nº 207101.0001/10-7

RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECORRIDO - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA. (DPA BRASIL)

RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0081-03/11

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/14

Vejamos parte do voto:

“A lide reside no questionamento quanto à natureza, e consequente classificação correta, das mercadorias identificadas como “Ninho Soleil”, “Molico líquido”, “Chamy”, e “Frutess”. O Fisco sustenta tratar-se de iogurtes, pelo que seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e o contribuinte aduz tratar-se, no caso das três primeiras, de bebidas lácteas com adição de iogurte e, no caso de “Frutess”, tratar-se de suco de frutas também adicionado de iogurte.”

Descreve a composição de cada uma das bebidas, citando que as está descrevendo tal como consta do Registro de Memórias Descritivas de Processo de Fabricação, de Composição e de Rotulagem de Leite e Produtos Lácteos, apresentados por ele, impugnante, ao Ministério da Agricultura – MAPA, e deferido por aquele órgão em 15/06/2007. Descreve o produto Ninho Soleil como tendo 51,215000% de leite reconstituído integral; 21,60000% de iogurte integral; 27,18500% de outros produtos.

Que, assim, conforme esta composição, aprovada pelo Ministério da Agricultura, a quem tal atribuição compete, não resta dúvida quanto a tratar-se de bebida láctea, pois contém mais de 51% de leite misturado e uma percentagem de apenas 21% de iogurte. Que, ademais, na descrição do produto, também aprovada por aquele Ministério, consta a informação de tratar-se de bebida láctea com iogurte integral, polpas e sucos de frutas e cereais. Que, assim, uma vez considerado como bebida láctea pelo órgão competente, deve ser cancelada a exigência fiscal quanto a este produto, nas duas imputações em lide.

... que ficou comprovado que naquele Ministério, a quem cabe o registro e fiscalização dos requisitos dos mencionados produtos, os mesmos não estão registrados como iogurte. Não se tratando, assim, na situação em lide, de operações comerciais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as Infrações 03 e 07 são improcedentes. Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$484.298,53.”

Evidente que o produto em questão já passou por profundas investigações no âmbito deste Conselho, que concluiu conforme relatórios técnicos, que tais produtos não se constituem em iogurtes e, portanto não estão na substituição tributária, razão porque o fornecedor logrou êxito na defesa do lançamento acima, onde equivocadamente o autuante entendeu haver substituição tributária. Logo não cabe razão ao impugnante deste processo, pois o produto em questão possui tributação normal. Item mantido.

Quanto ao bacalhau, o pescado dessalgado, segundo o autuante, não se enquadra dentro da exceção a regra de isenção (salgado), conforme ventilado no art. 265, II, “e” do RICMS/2012. Que se trata de pescado, e este NÃO é enlatado, cozido, seco ou salgado.

Já o impugnante defende que a norma beneficia os pescados, exceto os secos e salgados. Ou seja, se o produto em questão é congelado e dessalgado, está fora do campo das exceções, sendo, portanto, beneficiado pela redução de base de cálculo. Alega ainda a interpretação de forma literal, do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

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;”

No caso, é fato que o pescado que inicialmente foi comercializado salgado e sofreu um processo para retirada sal, para vender o produto já pronto para o consumo do cliente. O impugnante argui a interpretação literal conforme dita o CTN do art. 265 que cita apenas o pescado salgado como exceção à isenção e por contraposição o dessalgado estaria isento, já que teria perdido a condição de “salgado”.

Ora, não se trata de interpretação literal, mas antes de tudo, da verdade material, que deve prevalecer no lançamento tributário. Embora o produto seja nomeado como “*dessalgado*” tal denominação traduz-se como figura de linguagem, pois há um processo de salgamento onde se utiliza extraordinária quantidade de sal com vistas à perfeita conservação de um peixe pescado em águas frias do atlântico norte, e que é levado para regiões distantes do local de pesca, e que assim, deve durar anos em conservação; já o processo de “*dessalgamento*” não implica retorno à condição de peixe fresco, sem o sal, pois em verdade o peixe continua salgado, apenas com a quantidade adequada ao consumo humano, o que não tira a sua condição de “*salgado*”. Assim, não podemos nos utilizar de uma linguagem de puro meramente comercial, com o intuito de descharacterizar o peixe como salgado e reduzir a base de cálculo. Assim, não acato o argumento do impugnante. Item mantido.

ALECRIM KIVITA 15G FRASCO. PAPRICA PICANTE KIVI 45g. FOLHA DE LOURO MC. ERVA DOCE KITANO 40g. OREGANO KITANO 3g. O autuante entendeu produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados, e que por isto não são isentos e pede verificar DANFE do fornecedor às fls. 136 e 137, em que estes produtos são tributados normalmente, o que de fato confere com o

alegado pelo autuante conforme simples consulta, embora a tributação ou não tributação no fornecedor de outro estado não seja prova inequívoca nem a favor do contribuinte nem a favor do estado, pois o ICMS comporta legislações diferentes quanto a benefícios fiscais. Já o impugnante se apegava à interpretação do seguinte dispositivo legal.

Dec. 13780/12

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)

Assim, o legislador concedeu isenção para os produtos hortifrutigranjeiros em estado natural, sem qualquer processo de industrialização. Produtos industrializados aqueles relacionados na tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, (TIPI), Decreto nº 4.542 de 26/12/2002.

A tabela do IPI estabelece que esses produtos são considerados industrializados nas seguintes condições:

IPI 07.12 - Produtos hortícolas secos, mesmo cortados em pedaços ou fatias, ou ainda triturados ou em pó, mas sem qualquer outro preparo.

07.12 - Produtos hortícolas secos, mesmo cortados em pedaços ou fatias, ou ainda triturados ou em pó, mas sem qualquer outro.

Assim, o texto legal é claro quanto a incidência tendo em vista a classificação dos produtos como industrializados e não acolho a pretensão do contribuinte. O parecer DITRI, fls. 180/82 também produz suficiente esclarecimento quanto à tributação de produtos que sofrem processos de desidratação. Assim exposto, não acolho a pretensão do impugnante. Itens mantidos.

LEITE LONGA VIDA. A empresa questiona a cobrança sobre o produto “Leite Tipo Longa Vida” que teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, fabricados fora do Estado da Bahia, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, bem como o Art. 268, XXIX, do RICMS/2012/BA, que concedem redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO.

O impugnante diz não proceder a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna. De fato, ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna. O impugnante não contesta o dispositivo legal aplicado pelo autuante, mas tão somente alega uma questão constitucional. Em tese arguiu a inconstitucionalidade da lei baiana. Item mantido.

Quanto ao COMPOSTO LÁCTEO, a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, em anexo às fls. 139 a 141, determina que tem o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ” (item 9.3 fl. 141 grifado pelo autuante) e que segundo o autor do lançamento, não se deve confundir com leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura. Vejamos o que diz a legislação:

Decreto 6.284/97

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);”

Decreto 13.780/12

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)

(...)

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Esta mercadoria só veio entrar na substituição tributária a partir de 01.08.2013, quando houve a alteração do art. 268, XXV do RICMS/2012. Assim, mantenho a procedência do lançamento deste item que não atinge o período da substituição tributária. Item mantido.

O impugnante traz julgamentos judiciais de casos similares aos expostos em sua defesa. No entanto devo considerar mais uma vez a ausência de competência deste órgão para apreciar inconstitucionalidades e que as decisões judiciais não vinculam as decisões administrativa deste Conselho. Quanto à alegação de multa excessiva e inconstitucional, tal penalidade está prevista em lei estadual e assim como anteriormente citado quanto às outras questões constitucionais suscitadas, este Conselho não pode apreciar este questionamento nos termos do art. 167, I do RPAF, podendo no entanto ser pleiteada a redução da multa por descumprimento de obrigação principal à segunda instância deste órgão.

Em apertada síntese, o impugnante logrou comprovar diversos equívocos do autuante em sua defesa inicial, e que foram reconhecidas na informação fiscal. No entanto, quanto aos os demais itens em que insiste em defender, não logrou êxito em sua pretensão, visto as disposições legais vigentes que sustentam a legalidade parcial do lançamento, reduzindo-se o crédito fiscal aos valores do novo demonstrativo apresentado na informação fiscal.

Face ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, reduzindo-se a infração conforme demonstrativo às fls. 130 a 132, feitas pelo autuante na informação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269352.0051/15-6, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267.244,47**, acrescido de 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 recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSE LANDIN - RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA