

A.I. N° - 232845.2258/15-4
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-01/16

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS 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. Refeitos os lançamentos. Infrações parcialmente subsistentes. Infrações 03, 04 e 05 não foram impugnadas. Itens mantidos. Não acolhida a arguição de nulidade, e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 28/09/2015, para exigir ICMS no valor total de R\$39.588,28, tendo em vista a apuração das seguintes infrações:

- 1 – 02.01.03 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 24.643,94, com multa de 60%;
- 2- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.948,05, com multa de 60%;
- 3- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 959,78, com multa de 60%.
- 4- 02.01.03 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.836,23, com multa de 60%;
- 5- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 9.200,25, com multa de 60%.

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 64/81) dizendo reconhecer a procedência parcial das infrações 01 e 02 e a procedência total das infrações 03, 04, e 05.

Quanto a parte impugnada da infração 01 alega que o fiscal autuante indicou produto sujeito à substituição tributária como se possuísse tributação normal, como é o caso das seguintes mercadorias:

- a) “Bola H Wheels 349 que segundo o RICMS-BA, está sujeito ao regime de substituição, por se tratar de brinquedos, conforme disposto no item 7 do Anexo Único, que transcreveu;
- b) **materiais de construção**, no caso em questão (**ESCADA 5D ALUMINIO ALUM**) , inserido no item 24.75 do Anexo Único do RICMS/BA (Decreto Estadual 13.780/2012);
- c) produtos derivados da farinha de trigo, inserido no item 33.1 do Anexo Único do RICMS/BA (Decreto Estadual 13.780/2012), no presente caso (PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G) que são massas alimentícias para pizza, não cozidas e nem recheadas.

Por essa razão entende ser improcedente a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS por ausência de tributação nas notas fiscais de saídas de tais mercadorias, devendo ser julgado totalmente improcedente a infração impugnada.

Quanto a parte impugnada da infração 02 argumenta que o mesmo aconteceu com o item “medicamento”, denominados PEN VE ORAL COM 12COM e PEN VE ORAL SUS60ML, pois estão sujeitos ao regime de substituição, disposta no item 32 do Anexo Único, e subitens, que transcreveu. Acrescenta que se trata de medicamento destinado ao uso humano, especificamente no tratamento de infecções leves a moderadas causadas por microrganismos sensíveis.

Aduz que o mesmo ocorreu com os “produtos hortifrúctícolas”, pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (BP ERVILHA 300G, BP JARDINEIRA LEGUMES 300G, BP MIX LEGUMES 300G, BROCOLIS SEARA 300G, ERVILHA SEARA 300G, ERVILHAS FINAS DAUCY e SALADA VERA0 DAUCY) que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção, conforme determinado no art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12).

Acrescenta que improcede o argumento de que, por se tratar de produto congelado, restaria descaracterizado o seu estado natural, na medida em 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.

Ressalta 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.

Diz que em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas congelados equivalem ao estado natural, conforme Acórdão 0275-01/13.

Também é objeto de exigência indevida as operações com POSTA BAC SAIT DES RIBER 800G, aplicando a alíquota de 17% pois tais produtos também são beneficiados pela isenção conforme disposta no art. 265, II, “e”, do RICMS/BA.

Entende que os produtos ora mencionados estariam dentre as exceções listadas na alínea acima transcrita, posto que se trata de pescados dessalgados e congelados, sendo, portanto, diametralmente apostos à previsão que exclui o pescado seco ou salgado (alínea “e”), conforme se conclui da própria descrição do item, das informações passadas pelos fornecedores na respectiva embalagem.

Entende que enquanto perdurar o benefício previsto no art. 265, I, “a” e II, “e”, do mesmo diploma legal, as operações internas e interestaduais com os referidos produtos não sofrerão tributação, face a isenção que acoberta tais saídas.

Conclui que essas mercadorias devem ser retiradas do levantamento inicial, já que não há que se falar em aplicação equivocada da alíquota de ICMS nas suas respectivas saídas, pois estão desoneradas do imposto, e a fiscalização está exigindo imposto sem base legal para tanto.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, que considera abusiva, por duas razões: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que se refere ao primeiro item entende que tal penalidade depende de demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.^b

Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Cita entendimentos sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais externados por Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, Reporta-se a uma decisão do STF dos anos de 1980. Transcreve ementa de decisão na ADI 1075 e de outros acórdãos mais recentes. Aduz que o STF reiterou o entendimento confirmando entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco. Invocando o art. 112, do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração.

Finaliza solicitando o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Não sendo este o entendimento requer a redução ou o afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O fiscal designado para prestar a Informação Fiscal, fls. 109-117, inicialmente esclarece que a empresa reconhece a procedência parcial das infrações 01 e 02 e a procedência total das infrações 03, 04 e 05 e alega que a multa aplicada foi exorbitante, no percentual de 60%, o que implica em violação ao princípio do não confisco.

Concorda com a improcedência apontada pelo autuado no que diz respeito aos seguintes itens : POSTA BAC SALT DES RIBER 800G, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G, PEN VE ORAL SUS 60ML e PEN VE ORAL COM 12COM. Ressalta que a POSTA BAC SALT DES RIBER 800G goza do benefício da isenção, conforme alínea "e", inciso II do artigo 265 do RICMS - BA.

O Produto PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G, está sujeito ao regime de substituição tributária, então não procede a exigência de falta de recolhimento do ICMS, por ausência de tributação nas notas fiscais de saídas. Os produtos PEN VE ORAL SUS 60ML e PEN VE ORAL COM 12COM, efetivamente estão sujeitos ao regime da substituição tributária, pois se trata de medicamentos classificados com NCM 3004, da família das Penicilinas, mais precisamente Fenoximetilpenicilina.

Elaborou novos demonstrativos para as infrações 01 e 02, fls. 118/152, excluindo os itens acima descritos, mantendo os demais, com as respectivas justificativas a seguir elencadas:

BOLA H WHEELS 349 – Tal item cujo NCM é 9506 não está incluído no item 07 do anexo I, pois contempla os brinquedos classificados na NCM 9503. Como se pode verificar consta nesse item todos os tipos de brinquedos submetidos à substituição tributária, inclusive com a respectiva NCM (9503),

na qual não se inclui bola, senão vejamos:

ESCADA 5D ALUMINIO ALUM 5D - A impugnante entende que escada de alumínio para uso doméstico se enquadra como Material de Construção, o que não prospera a uma simples verificação do anexo único do protocolo ICMS 70/12, cujo item 81 trata de outras obras de alumínio, próprias para construção civil.

Como se observa, o legislador incluiu todas as obras de alumínio (insumos), aplicáveis na construção civil, definiu inclusive a NCM específica 76.16, que não engloba escada de alumínio.

Está incluída nessa nomenclatura tachas, pregos, pinos, telas metálicas, grades, redes de alumínio e outras obras de alumínio, ora Senhores Conselheiros, essas outras obras são produtos aplicáveis na construção civil. Escada para uso doméstico não é empregada como insumo da construção civil, ainda que nessa utilizada fosse, seria como equipamento e não como material aplicável às obras de construção civil.

Os itens BP JARDINEIRA LEGUMES 300G, BP ERVILHA 300G, BP MIX LEGUMES 300G, BROCOLIS SEARA 300G, ERVILHA SEARA 300G, ERVILHAS FINAS DAUCY, e SALADA VERA0 DAUCY não gozam do benefício da isenção, conforme entendimento que externa>:

A Impugnante alega em sua defesa, folhas nº 71 a 73 que os produtos acima elencados gozam do benefício da isenção, previsto no Art. 265, I, "a" do RICMS-BA. A Isenção das operações com produtos hortifrutigranjeiros está prevista no Artigo Art. 265, I, "a" do RICMS-BA.

No texto legal, as saídas internas de hortifrutículas relacionadas no Convênio 44/75, gozam de isenção sob a condição de não serem destinadas à industrialização. No caso em tela, os produtos: BP JARDINEIRA LEGUMES 300G, BP ERVILHA 300G, BP MIX LEGUMES 300G, BROCOLIS SEARA 300G, ERVILHA SEARA 300G, ERVILHAS FINAS DAUCY, e SALADA VERA0 DAUCY, foram submetidos à industrialização, passando por um processo de seleção, limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo.

Entende que a intenção do Legislador, ao conceder a isenção para hortifrutículas, foi de beneficiar o produtor, nas vendas internas do produto in natura, no caso em tela, o produto ERVILHA SEARA 300G, contraria frontalmente a legislação.

Explica que essas leguminosas em seu estado natural foram destinada a uma indústria (SEARA), sendo submetidas a um processo de industrialização (limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo) que posteriormente vendeu ao BOMPREGO, dessa forma, foi quebrada a condicionante colocada pelo Legislador para que os produtos hortifrutículas gozassem do benefício da isenção.

Diz que esse entendimento já está consagrado pelo Conselho de Fazenda–CONSEF, inclusive em decisão da segunda Câmara de Julgamento Fiscal, acórdão CJF Nº 0213-12/15, que transcreveu.

Informa que a autuação fiscal passou a ter o valor total de R\$ 37.820,26. Consta à fl. 154 um despacho do Supervisor da IFEP Sul esclarecendo que não foi dada ciência ao autuado da Informação Fiscal prestada por estranho ao feito em razão do disposto no parágrafo 8º do artigo 127 do RPAF/BA.

Foi anexado ao PAF extrato do sistema SIGAT desta Secretaria às fls. 154 a 157, informando o pagamento com o benefício de lei no valor de R\$ 21.897,83.

Na sessão de julgamento do dia 02 de março de 2016 a 3ª JJF deste Conselho observando que o autuante acolheu parcialmente as alegações do autuado elaborando, inclusive novo demonstrativo de débito, fls. 118/152, decidiu converter o processo em diligência para que a INFAZ de origem intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da cópia da Informação Fiscal prestada às fls.109/117 e dos

elementos acostados aos autos pelo autuante, fls. 118 a 152, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

Deu-se ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, conforme solicitado, (fls. 165/168), e este não se manifestou.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 5 infrações. O autuado em suas razões defensivas reconheceu as infrações 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 os itens 01 e 02.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas 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, razão pela qual ultrapasso as arguições de nulidade.

Em relação à perícia requerida, esclareço que esta tem a finalidade de clarear 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, as infrações em discussão acusam o contribuinte de não ter efetuado o recolhimento (infração 01) e recolhido a menos (infração 02) o ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis e aplicação de alíquota equivocada.

O contribuinte apresentou defesa reclamando que em ambas as infrações 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, na infração 01 foram incluídas no levantamento mercadorias, que indicou, cujas operações são isentas de ICMS. Por esta razão as analisarei em conjunto.

O fiscal autuante, na informação, após afirmar que o contribuinte contestou 11 produtos, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens: POSTA BAC SALT DES RIBER 800G, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G, PEN VE ORAL SUS 60ML e PEN VE ORAL COM 12COM. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, passando o valor do imposto do item 1º de R\$ 24.643,94 para R\$ 22.893,96 e o do item 2º, de R\$ 1.948,08 para R\$ 1.930,04.

Importante salientar, que o autuado, em atendimento a diligência solicitada pela 3ª JJF deste Conselho, foi devidamente cientificado das alterações que foram processadas pelo autuante, fls. 165/167, porém não se pronunciou.

Acato a revisão efetuada pelo autuante pois à época dos fatos geradores o produto POSTA BAC SALT DES RIBER 800G, 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, PIZZA BROTINH MASSA LEVE 300G, PEN VE ORAL SUS 60ML e PEN VE ORAL COM 12COM, 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 as demais mercadorias a

saber:

1. Bola H Wheels 349, classificada na NCM 9506, Escada 5D alumínio Alim 5D , segundo o autuante, e não contestado, não estavam sujeitas à substituição tributária prevista para brinquedos, inserida no item 07 do Anexo I no RICMS (NCM 9503) e material de construção (NCM 76.16) constante no item 81 do anexo único do protocolo ICMS 70/12.

2. BP jardineira legumes 300g, BP ervilha 300g, BP mix legumes 300g, Brocolis Seara 300g, Ervilha Seara 300g, Ervilhas finas Daucy e Salada verão Daucy, por não gozarem 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 segundo esclarecimentos do autuante, e não contestado pela defesa, os mesmos passaram por um processo de industrialização, através de limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo, e consequentemente as saídas deveriam sofrer a incidência do imposto.

Em relação 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 das infrações 1 e 2 nos valores de R\$ 22.893,96 e R\$1.930,04, respectivamente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

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 **232845.2258/15-4**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 37.820,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR