

A.I. Nº - 232845.2257/15-8
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-01/16

EMENTA: ICMS. 1. 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. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO.** Infrações 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 25/09/2015, para exigir ICMS no valor total de R\$91.357,63 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, 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%;
- 2- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos, nos meses de janeiro a junho de 2014 e agosto a dezembro de 2014, em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.980,60, com multa de 60%;
- 3- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos, nos meses de janeiro a junho de 2014 e agosto a novembro de 2014, em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 7.611,27, com multa de 60%.
- 4- 03.02.02 - recolhimento de ICMS efetuado a menos, nos meses de janeiro a junho de 2014 e agosto a dezembro de 2014, em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 895,41, com multa de 60%.
- 5- 02.01.03 - falta de recolhimento do ICMS, nos meses de janeiro e fevereiro de 2014, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente , sendo lançado imposto no valor de R\$1.872,12, com multa de 60%;

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 62/78) dizendo reconhecer a procedência parcial da infração 01 e a procedência total das infrações 02, 03, 04, e 05, pugnando pela apresentação posterior dos respectivos comprovantes de pagamento.

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) jogo de banheiro (diversos modelos), tapete Milano, inseridos nos itens 24.17 e 25.25 do anexo I do RICMS;
- b) 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.

Aduz que o mesmo ocorreu com os produtos 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), pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (ERVILHA SEARA 300G)

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 BACALHAU DESSAL CONGEL 1.3KG, 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.

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. Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente a sua redução à patamar razoável, entre 20% e 30%.

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. 106 a 111, inicialmente esclarece que a empresa reconhece a procedência parcial da infração 01 e a procedência total das infrações 02, 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 : 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, pois estão enquadrados no anexo I do RICMS-BA, mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária e o produto FILE BACALHAU DESSAL CONGEL 1.3KG, pois goza do benefício da isenção, conforme alínea "e", inciso II do artigo 265 do RICMS - BA.

Elaborou novos demonstrativos, excluindo os itens acima descritos, mantendo o item ERVILHA SEARA 300G, pois não goza do benefício da isenção, conforme entendimento que externa:

A Impugnante alega em sua defesa, folhas nº 68 a 69 que o produtos acima elencado goza 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.

Esclarece que no texto legal, as saídas internas de hortifrutículas relacionadas no Convênio 44/74, goza de isenção sob a condição de não serem destinadas à industrialização. No caso em tela, o produto em tela foi submetido 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 questão, o produto ERVILHA SEARA 300G, contraria frontalmente a legislação.

Explica que essa leguminosa em seu estado natural foi destinada a uma indústria (SEARA), sendo

submetidas a um processo de industrialização (limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo) que posteriormente vendeu ao BOMPREÇO, dessa forma, foi quebrada a condicionante colocada pelo Legislador para que o produto “ervilha” gozasse 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.

Quanto a imposição da multa aplicada diz que a atividade fiscalizadora está plenamente vinculada a aplicação da legislação vigente. Dessa forma entende não ser cabível discutir ou definir os critérios de proporcionalidade da multa, pois tem como dever funcional aplicar o dispositivo legal da forma que ele se apresenta.

Esclarece que, considerando a tipificação da infração ora discutida, restou enquadrá-la no Artigo 42, inciso II, alínea "E" da Lei 7.014/96, que prevê multa de 60%.

Informa que a autuação fiscal passou a ter o valor total de R\$ 87.325,66. Consta à fl. 138 um despacho do Supervisor da IFEP Sul esclarecendo que não foi dada ciência ao autuado da Informação Fiscal

Foi anexado ao PAF extrato do sistema SIGAT desta Secretaria às fls.139 a 143, informando o pagamento com o benefício de lei nos valores de R\$ 964.591,54 e R\$ 71,90.

Na sessão de julgamento do dia 09 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, 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. 106/111 e dos elementos acostados aos autos pelo autuante, fls. 112 a 136, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

Deu-se ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, conforme solicitado, fls. 150/152/ e este se manifestou às fl. 154 a 157, reiterando os termos da defesa inicial.

O Auditor que prestou a informação Fiscal se manifesta mais uma vez às fls. 166/169, informando que mantém todos os termos das argumentações anteriores às fls. 106 a 136, considerando como tributado o produto **ERVILHA SECA SEARA**, que no seu entendimento encontra respaldo na legislação vigente. Reafirma que a autuação fiscal passa a ter o valor total de R\$87.325,66. Opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração e a manutenção integral da multa aplicada.

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.

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 **232845.2257/15-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.325,66**, 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, com o benefício concedido através da Lei 13.449/2015, que instituiu o Programa Concilia Bahia.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR