

A. I. Nº - 269352.0049/15-1
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-01/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Tributação a menos sobre diversos produtos por utilização indevida de isenção ou redução de base de cálculo, além de enquadramento equivocado no regime de substituição tributária. Após análise da relação das mercadorias, foram retiradas aquelas cuja exigência se mostrou indevida. Indeferido o pedido de diligência e afastada a redução da multa aplicada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 02/12/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 373.100,91 em decorrência de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (03.02.02), cujo, documentos exigidos foram emitidos por meio de ECF ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a novembro de 2014, sendo exigido multa de 60%, conforme previsto na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 88 a 115, inicialmente demonstrando a tempestividade da impugnação. O autuado discorda do tratamento dado pelo autuante a algumas mercadorias que resultaram em cobrança indevida de imposto.

Cita que as mercadorias a seguir indicadas não foram tributadas porque estavam sujeitas ao regime de substituição tributária:

1. cobertura chocolate branco Garoto 1 kg - item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e item 11 do Anexo 1 do RICMS/12;
2. carnes suínas secas (presunto cru e presunto Parma) – item 09 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e item 34 do Anexo 1 do RICMS/12;
3. produtos derivados do trigo (lasanha mista trigo e soja 500g) – item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12. Acrescenta que é massa não cozida nem recheada;
4. iogurte ninho soleil morango bis – item 21 do Anexo 1 do RICMS/12;
5. salgados industrializados (salg pippos pizza, yokitos anéis de cebola e yokitos tortilla nacho e queijo) – item 38 do Anexo 1 do RICMS/12.

Cita que as mercadorias a seguir indicadas não foram tributadas porque estavam isentas do ICMS:

1. os produtos hortifrutícolas alecrim kivitá, páprica picante kivi, pimenta malagueta, folha de louro, erva doce kitano, orégano kitano, trio hidropônico, etc.) – inciso I do art. 14 do RICMS/97 e alínea “a” do inciso I do art. 265 do RICMS/12. Acrescenta que os produtos desidratados mantêm as características originais e não podem ser considerados industrializados. Cita Parecer nº 543/99, emitido pela DITRI, que ratifica esse entendimento;
2. filé bacalhau congelado, filé bacalhau saithe cong, posta bac saithe dessalgado ribeiralves e bacalhau desf dessalgado congelado – inciso XXXVI do art.87 do RICMS/97 e alínea “e” do inciso II do art. 265 do RICMS/12;

3. arroz cozinha italiana, arroz cozinha japonesa e arroz vitaminado – art. 78-A do RICMS/97 e alínea “c” do inciso II do art. 265 do RICMS/12. Diz que são espécies diferentes de arroz comum.

Alega que o leite longa vida, o leite em pó e o composto lácteo devem ser tributados a 7% e não 17%. Diz que é ilícita a exigência fiscal que impõe diferentes situações de tributação para o mesmo produto. Faz referência ao art. 152 da Constituição Federal que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Acrescenta, ainda, que o princípio da isonomia, consagrado no inciso II do art. 150 da CF, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros estados. Complementa informando que o inciso V do art. 150 da CF também veda a limitação do tráfego de bens por meio de tributos. Informa que a Justiça da Bahia já se manifestou favoravelmente a esse entendimento na Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 e nos Embargos à Execução Fiscal nº 0346138-46.2014.8.05.0001, bem como a Justiça de São Paulo e o STF. Entende que, por uma questão de hierarquia, a norma contida na CF deve prevalecer sobre a legislação estadual.

Em relação à multa aplicada, o autuado reclama do patamar consignado no auto já que não ficou caracterizado fraude ou dolo. Diz, também, que o percentual de 60% viola frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do poder de tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no inciso IV do art. 150 da CF. Diz que, em julgados mais recentes, o STF consolidou entendimento que estabeleceu entre 20 e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade.

Apela para que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, caso ainda reste alguma dúvida, conforme determina o art. 112 do CTN.

Em resumo, o autuado requer:

1. a nulidade ou improcedência da exigência fiscal;
2. seja afastada ou reduzida a multa aplicada;
3. no caso de dúvida, que lhe seja interpretada a norma jurídica de forma mais favorável;
4. a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial, a juntada de documento, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 167 a 173, concordando com o autuado acerca da retirada da exigência fiscal em relação à cobertura de chocolate branco, lasanha mista de trigo e soja, presunto cru e de Parma, yokitos tortilla queijo e anéis de cebola e salgadinhos pippos pizza, por entender que estavam incluídos no regime de substituição tributária, bem como arroz carnoli e arroz sasanishiki, pimenta malagueta e trio hidropônico, por tratar-se de produtos com isenção ou redução de 100% da base de cálculo.

Em razão destas retificações, o autuante reduziu a reclamação de crédito para R\$ 370.404,17, conforme demonstrativos contidos em CD à fl. 159.

Por outro lado, o autuante não concordou com a retirada dos seguintes produtos:

1. ninho soleil, não está incluída na substituição tributária, conforme DANFE do fornecedor à fl. 160;
2. alecrim kivita, páprica picante, folha de louro, erva doce kitano e orégano kitano por se tratarem de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados. Anexa documentos fiscais emitidos pelos fornecedores em que esses produtos são tributados (fls. 161 e 162).
3. leite longa vida, leite em pó e composto lácteo. O leite longa vida tem redução apenas sobre os fabricados neste Estado, conforme inciso XXIX do art. 267 do RICMS/12 e inciso XXXV do

art. 87 do RICMS/97. Contesta que houve limitação ao tráfego das mercadorias pois não foi majorada a tributação dos produtos oriundos de outros estados. Assim, aplicou a alíquota normal aos produtos fabricados em outros Estados. O composto lácteo também não foi retirado pois não se trata de leite em pó. Alerta que a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura exige que o composto lácteo contenha no rótulo a expressão “composto lácteo não é leite em pó”. Informa, ainda, que o RICMS/12 incluiu o composto lácteo na redução de base de cálculo, prevista no inciso XXV do art. 268, apenas em 01/08/2013, comprovando tratar-se de produtos distintos. Da mesma forma, o leite em pó não foi retirado para as operações ocorridas em 2014 para as unidades produzidas em outros estados pois a redução estava condicionada a que sua fabricação ocorresse neste Estado.

O autuante também não retirou a exigência do imposto sobre o bacalhau dessalgado, já que entende que bacalhau não é peixe mas um processo que o transforma em peixe salgado. Explica que a dessalga é um processo industrial posterior ao processo de salgamento, o que tira do produto a condição de estado natural. Anexou Parecer nº 199/2013 (fl. 166), emitido pela DITRI, que confirma a incidência do ICMS nas operações com bacalhau dessalgado.

Quanto à inconstitucionalidade da multa aplicada, diz que não é de sua competência se manifestar quanto ao assunto e que aplicou a norma legal em vigor e com eficácia plena.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de julgamento realizada dia 03 de maio de 2016, remeteu o presente processo em diligência para que o autuante indicasse o enquadramento legal em que se fundamentou a exigência fiscal, relativamente à ocorrência de cada fato.

O autuante, em cumprimento à diligência, elaborou novo demonstrativo, anexado em CD à fl. 188, em que acrescenta uma coluna aos demonstrativos de débito de cada exercício com o detalhamento da tributação aplicada em cada caso.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 198 a 225, discordando dos itens reclamados na apresentação da defesa em que o autuante manteve a exigência fiscal. Trouxe decisões anteriores do CONSEF em que o autuante concordou em retirar da exigência fiscal as operações com bacalhau dessalgado. Diz que o fato de ter sido anteriormente salgado, não torna a isenção inaplicável pois o que importa é a condição do produto no momento da ocorrência do fato gerador. Em relação aos demais itens, reiterou os argumentos anteriormente trazidos.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afastamos toda discussão acerca da inconstitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Indefiro o pedido de perícia para verificação de suposta inexistência de irregularidades. Os demonstrativos, as manifestações do autuado e do autuante e os demais documentos acostados ao processo são suficientes para se chegar a verdade material dos fatos, não deixando margem de dúvidas quanto à decisão a ser tomada.

O presente auto de infração consiste na cobrança de ICMS recolhido a menor em razão de erro na aplicação da alíquota sobre diversos produtos. O autuado requer a redução da exigência fiscal, relacionando diversos produtos que entendeu terem sido incluídos no presente auto de infração indevidamente.

Da análise das informações contidas nos autos, considero acertada a decisão do autuante em retirar da exigência fiscal as seguintes mercadorias por estarem incluídas no regime de

substituição tributária:

1. cobertura de chocolate branco – previsto no item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/12;
2. presunto cru fat perdigão e presunto parma s/osso perdigão – não são embutidos, mas produto obtido em processo de salga e cura ou desidratação da pata traseira do porco, previsto no item 09 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12;
3. lasanha mista de trigo e soja – prevista no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12. É massa de lasanha não cozida nem recheada;
4. yokitos tortilla queijo e anéis de cebola - item 38 do Anexo 1 do RICMS/12;
5. salgadinhos pippos pizza - item 38 do Anexo 1 do RICMS/12;

Além desses produtos, também concordo com a retirada da exigência fiscal sobre os seguintes produtos:

1. arroz cozinha italiana, arroz cozinha japonesa e arroz vitaminado – gozava de redução de 100% da base de cálculo, conforme art. 78-A do RICMS/97 e de isenção, nos termos da alínea “c” do inciso II do art. 265 do RICMS/12;
2. pimenta malagueta – produto em estado natural que não passou por processo de industrialização isento conforme inciso I do art. 14 do RICMS/97 e alínea “a” do inciso I do art. 265 do RICMS/12. **Entretanto, também deve ser retirada a exigência sobre as pimentas malaguetas, cujo fornecem pimenta malagueta, nas fls. 152.**
3. trio hidropônico - produto em estado natural que não passou por processo de industrialização isento, inciso I do art. 14 do RICMS/97 e alínea “a” do inciso I do art. 265 do RICMS/12..

Dos produtos questionados pelo autuado, entendo que devem permanecer na exigência fiscal:

1. o ninho soleil, não está incluída na substituição tributária por não se caracterizar como iogurte, mas como bebida láctea;
2. o leite longa vida fabricado em outra unidade da federação deve ser tributado pela alíquota de 17% pois a redução prevista no inciso XXIX do art. 267 do RICMS/12 somente se aplica aos fabricados neste estado;
3. o leite em pó teve, a partir de janeiro de 2014, a aplicação da redução de base de cálculo, prevista no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, restringida aos fabricados neste Estado. Assim, deve ser mantida a exigência fiscal sobre a diferença da alíquota nas saídas em que foram aplicadas indevidamente a redução de base de cálculo sobre o leite em pó não fabricado neste Estado;
4. o bacalhau dessalgado, pois, apesar de não conter a quantidade de sal que é aplicada com objetivo de conservação, ainda possui uma quantidade de sal que o torna pronto para o preparo, conforme destaque na embalagem do produto, adicionado em foto pelo autuado à fl. 98, em que consta a expressão: “dessalgado ao ponto de preparo”. O produto recebeu um processo de dessalga que propositalmente mantém uma quantidade de sal desejada pelos consumidores no preparo das mais diversas refeições. Assim, o produto deve ainda ser considerado como salgado e excluído da hipótese de isenção prevista na alínea “e” do inciso II do art. 265 do RICMS/12, conforme entendimento também manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ em parecer nº 199/2013. Os acórdãos de julgamentos no CONSEF, indicados pelo autuado como favoráveis ao entendimento de que bacalhau dessalgado não é tributado, não trataram do assunto expressamente pois o próprio autuante já havia manifestado opinião favorável no momento da apresentação da informação fiscal, afastando da lide a sua exigência. **Entretanto, deve ser retirado da exigência fiscal o bacalhau cuja descrição consta apenas tratar-se de produto congelado, sem qualquer alusão acerca de ser produto dessalgado, como os que aparecem com a denominação “filé bacalhau**

congelado” e “filé bacalhau saithe cong”.

5. o composto lácteo, pois a redução não se aplicava em período anterior a agosto de 2013, ocasião em que foi inserido no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12. **Entretanto, entre agosto e dezembro de 2013, o composto lácteo gozava da redução de base de cálculo, ainda que tivesse sido produzido em outra unidade da Federação, devendo, portanto, ser retirada a exigência fiscal neste período.** Apenas a partir de janeiro de 2014, a redução sobre o composto lácteo ficou restringida àqueles produtos fabricados neste Estado, conforme Decreto nº 14.898/13, que deu nova redação ao inciso XXV do art. 268 do RICMS/12.

Quanto à alegada inconstitucionalidade e jurisprudência contrária existente em relação a tratamento tributário diferenciado dado a mercadoria produzida neste Estado em comparação com produtos similares produzidos em outros Estados, não cabe a esse órgão julgador a sua declaração, mas a atenção para que a legislação tributária do Estado da Bahia seja aplicada nos casos concretos.

Assim, voto PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$332.903,83 (Exerc. 2011: R\$85.129,75 + Exerc. 2012: R\$108.198,04 + Exerc. 2013: R\$82.897,87 + Exerc. 2014: R\$56.678,17), conforme demonstrativo analítico anexado (fls. 267/270), ficando a exigência fiscal distribuída nos seguintes termos:

D. OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
31/01/2011	9.890,80	8.986,03
28/02/2011	6.998,57	6.712,64
31/03/2011	7.771,01	6.313,39
30/04/2011	10.195,02	7.058,97
31/05/2011	7.337,21	6.980,53
30/06/2011	6.746,40	6.155,37
31/07/2011	7.847,13	7.364,21
31/08/2011	8.016,79	6.711,25
30/09/2011	7.721,97	6.306,20
31/10/2011	8.431,90	6.982,67
30/11/2011	8.332,70	6.845,96
31/12/2011	10.166,90	8.712,53
Sub.TOTAL/2011	99.456,40	85.129,75
31/01/2012	10.610,46	10.267,09
28/02/2012	9.577,43	9.230,70
31/03/2012	10.576,41	9.820,46
30/04/2012	9.961,01	9.016,06
31/05/2012	10.910,36	10.074,47
30/06/2012	10.216,02	9.612,01
31/07/2012	10.199,53	9.430,23
31/08/2012	9.499,16	8.160,54
30/09/2012	8.397,09	7.348,68
31/10/2012	9.515,78	8.353,97
30/11/2012	8.056,65	7.128,48
31/12/2012	10.729,59	9.755,35
Sub.TOTAL/2012	118.249,49	108.198,04
31/01/2013	9.624,37	9.457,68
28/02/2013	7.310,33	7.108,76
31/03/2013	8.463,87	8.406,25
30/04/2013	6.072,20	6.036,18
31/05/2013	7.226,84	7.195,68
30/06/2013	6.646,82	6.609,73
31/07/2013	7.746,81	7.643,52
31/08/2013	6.890,76	5.540,69
30/09/2013	7.701,43	5.318,51
31/10/2013	10.408,13	8.025,88
30/11/2013	7.754,56	5.500,31
31/12/2013	8.254,42	6.054,68

Sub.TOTAL/2013	94.100,54	82.897,87
31/01/2014	11.023,64	10.992,31
28/02/2014	7.791,62	7.665,22
31/03/2014	8.438,58	7.836,99
30/04/2014	8.112,11	8.091,25
31/05/2014	6.018,06	5.987,55
30/06/2014	1.984,90	1.923,51
31/07/2014	3.014,90	2.380,89
31/08/2014	1.863,38	1.178,09
30/09/2014	3.723,30	2.955,78
31/10/2014	3.888,16	3.319,74
30/11/2014	5.435,83	4.346,84
Sub.TOTAL/2014	61.294,48	56.678,17
TOTAL/DÉBITO	373.100,91	332.903,83

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 **269352.0049/15-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$332.903,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR