

PROCESSO - A. I. Nº 232845.2256/15-1
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECUSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF Nº 0009-01/16
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0244-11/16

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra o Auto de Infração lavrado em 30/03/2015, o qual exige ICMS no valor histórico de R\$ 98.797,46, sob a acusação do cometimento das três irregularidades, sendo apenas objeto do presente Recurso as infrações 1 e 2 a seguir indicadas:

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

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

A 1ª JF apreciou a lide em 19/01/2016, decidindo pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 156 a 159), nos termos a seguir expostos:

“VOTO

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

Infração mantida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

do CTN.

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

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

Em acordo com o art. 169, I, “b” do RPAF/99, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 171 a 181, insurgindo-se contra a Decisão de Primeira Instância que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

Em sede recursal, o Recorrente afirma ser indevida a autuação, citando como exemplo o “feijão” como item passível de isenção. Por conseguinte, questiona a isenção da erva-doce, manjerição, orégano e alecrim desidratados, colacionando aos autos entendimento do GECOT sobre a matéria, o qual entende que tais produtos são isentos nas saídas internas e gozam de 60% de redução nas saídas interestaduais.

Ademais, questiona a exorbitância da multa aplicada de 60% e clama, em caso de dúvida, pela aplicação do art. 112 do CTN, para que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, bem como a produção de todos os meios de provas permitidos em direito, bem como a juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil.

Em Parecer emitido pela PGE/PROFIS, exarado pelo i. Procurador Raimundo Luiz Andrade, o mesmo entendeu que: a) os compostos lácteos alegados pela defesa como “leite” não se enquadram no art. 268, XXV do RICMS/BA; b) que o Alho não é isento, conforme entendimento art. 265, I “a” do RICMS/BA; c) os itens manjerição Kitano pet, manjerição desidratado Kitano e Alecrim Kitano Pet não são hortifrutícolas em estado natural, não sendo beneficiário da isenção trazida pela defesa.

Assim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado pela Autoridade Fiscal, por entender ser devido ICMS, acrescido de multa de 60%, decorrente da infração acima descrita, a qual são objetos do presente Recurso os produtos: FEIJÃO, ERVA DOCE, MANJERICÃO, ORÉGANO E ALECRIM.

Em apartada análise dos demonstrativos colacionados aos autos, verifica-se que o item “feijão”, ora questionado pelo Recorrente, não é beneficiário da isenção do art. 265, II, “c” do RICMS/12, vez tratar-se de produto semipronto, (temperado e cozido), logo tributado com alíquotas de 7% e 17%.

No que pertine aos condimentos acima descritos, de fato o Convênio ICM 44/75, em seu inciso I esclarece tratar-se a isenção de hortifrutícolas em estado natural. O art. 265, I, “a” do RICMS/12 é claro ao determinar que: “*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)*”, serão isentos de ICMS os itens constantes no referido Convênio ICM 44/75.

As saídas internas ou interestaduais de produtos hortifrutigranjeiros estão isentas do ICMS, desde que não sejam destinadas para a industrialização. Assim, entendeu o legislador ser cabível a isenção para os produtos hortifrutigranjeiros em estado natural, ou seja, sem que sofra qualquer processo de industrialização.

Entendo que os processos de secagem e embalagem dos condimentos objetos do presente Recurso caracterizam um processo de industrialização, não fazendo jus à isenção estabelecida no art. 265, I do RICMS/12. Ademais, o Parecer DITRI colacionado aos autos que entende não se tratar

de industrialização o processo de secagem, foi exarado em março de 1999, já estando ultrapassado e em desconformidade com o entendimento atual.

Em processo análogo de relatoria da, i. relatoria Tereza Cristina Dias Carvalho, (Acórdão Nº **0054-04/16**), a mesma entendeu que os produtos hortifrutigranjeiros (gênero do qual hortifrutícola é espécie), são classificados na condição de industrializados quando passam pelo processo de seleção, secagem (desidratação), acondicionamento e embalagem.

Assim, coaduno meu entendimento com o do Relator de primeira instância, bem como com o Parecer da PGE/PROFIS, entendendo não fazer jus o Recorrente às isenções pleiteadas por não estarem em conformidade com a legislação estadual em vigor.

A salvo de quaisquer dúvidas quanto à aplicação da norma legal e aos objetos autuados e questionados, inexistente motivo para aplicação do art. 112 do CTN, sendo descabido o pleito do Recorrente.

No que pertine à multa aplicada, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, este órgão julgador administrativo não tem competência para adentrar no pedido de redução ou cancelamento da mesma.

Por todo o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão Recorrida, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232845.2256/15-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.357,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS