

PROCESSO - A. I. Nº 232845.2258/15-4
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0122-01/16
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/02/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0005-11/17

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Acolhida parte das razões de defesa, na primeira instância. Refeitos os cálculos, procedente em parte a exação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0122-01/16, a qual, unanimemente, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração supra identificado, lavrado em 28/09/2015, para cobrar ICMS no valor histórico de R\$39.588,28 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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%;

INFRAÇÃO 2 - 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%;

INFRAÇÃO 3 - 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%.

INFRAÇÃO 4 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.836,23, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - 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%.

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 64 a 81), reconhecendo a Procedência Parcial das infrações 1 e 2 e a Procedência total das infrações 3, 4, e 5.

O autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 109/117.

No conduto do Acórdão JJF Nº. 0122-01/16, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

“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 ultrapassou as arguições de nulidade.

Em relação à perícia requerida, esclareço que esta tem a finalidade declarear 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 SAIT 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 SAIT 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, congelação 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.”

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte formalizou Recurso Voluntário, objetivando a reforma do Julgado na parte que lhe foi desfavorável (fls. 189/202).

Inicialmente, a Recorrente efetuou um resumo do feito e, após consignar que a 1^a Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão nº 0122-01/16, julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, nesse passo, mantendo parte da infração 01 e integralmente a infração 02, asseverou que a parte remanescente do Auto de Infração também era improcedente, passando a expor suas razões recursais, em termos de:

O primeiro equívoco na Decisão recorrida diz respeito à pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem incidência tributária por se encontrarem acobertados pelo benefício da isenção, porquanto boa parte da autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (BP Ervilha 300G, BP Jardineira Legumes 300G, BP Mix Legumes 300G, Brócolis Seara 300G, Ervilha Seara 300G, Ervilhas Finas Daucy e Salada Verão Daucy), transcrevendo o artigo 265, I, “a”, do RICMS/BA, que trata da isenção nas saídas internas e interestaduais de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75.

Sustentou a improcedência do argumento da fiscalização de que “*trata-se em verdade de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados, não sendo isentos*”, pelo que 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, ressaltando 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.

Argumentou que, em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas congelados equivalem ao estado natural, consoante certifica o Acórdão nº 0275-01/13, citando, também, como suporte, o entendimento reproduzido no parecer GESCOT 543/99.

Em sequência, ainda sobre a infração 1, alegou que a acusação não procede porque o levantamento fiscal indicou produto sujeito à substituição tributária como se possuísse tributação normal, como é o caso das seguintes mercadorias:

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 (transcrito), afirmando que o produto em questão se amolda perfeitamente aos itens constantes – brinquedos - do referido item 7.

ESCADA 5D ALUMINIO ALUM - Material de construção (derivado de alumínio) - entendendo que o produto está inserido no item 24.75 do Anexo Único do RICMS/BA (Decreto Estadual nº 13.780/2012), o qual dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com matérias de construção.

Reproduziu o normativo versando sobre “outras obras de alumínio, próprias para construção” observando que “*no presente caso, tem-se a perfeita subsunção do fato à norma, já que os produtos autuados (ESCADA 5D ALUMINIO ALUM) são materiais de construção feitos de alumínio.*”

Finalizou esse tema afirmando que:

“*Assim, não cabe à autoridade fiscal e ao julgador administrativo fazer distinção que a legislação não previu. Ou seja, os produtos mencionados enquadram-se como sendo “outras obras de alumínio”, diante da identidade com os demais itens descritos no tópico 24 do Anexo I (Material de construção), conforme já foi definido pela Secretaria da Fazenda através do Parecer nº 10240/2010, veja-se:*

“*ICMS. Para que um produto esteja na substituição tributária é necessário que exista a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos no referido dispositivo, de forma que a mercadoria envolvida na operação apresente denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes com as descrições contidas na norma.*

Logo, mais essas mercadorias devem ser retiradas do levantamento do Fiscal Autuante, já que não há que se falar em destaque de ICMS nas suas respectivas saídas, estando o Fiscal Autuante a exigir imposto sem base

legal para tanto.”

Em seguida, o sujeito passivo trouxe ao recurso a queixa sobre a exorbitância da multa aplicada, no percentual de 60% sobre o valor principal, em razão: (i) da ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) violação ao princípio do não-confisco, citando jurisprudência e diversas ementas de Tribunais - STF e STJ - como suporte às teses recursivas, para, por fim, requerer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Concluiu, pugnando pelo reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário da parte remanescente do Auto de Infração, diante da improcedência da exigência fiscal e, sucessiva e alternativamente, a redução ou mesmo afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requereu, outrossim, que, em caso de dúvida, se interpretasse a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente, conforme estatui o art. 112 do CTN, protestando 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 PGE/PROFIS não foi instada a se manifestar no feito.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, objetiva o vertente Recurso Voluntário formalizar o inconformismo da Autuada em relação à parte que lhe foi desfavorável na Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, porquanto julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob análise, onde se imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações, das quais a presente irresignação abrange apenas as infrações 1 e 2.

Com efeito, reporta-se a primeira infração à falta de recolhimento do ICMS em virtude de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, no valor de R\$24.643,94 e, a segunda, ao recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$1.948,05, decorrente de aplicação de alíquota diversa daquela prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sede recursal, foi renovado o pedido de realização de diligência ou de perícia, visando demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

Sucede que, com base no art. 147, I, “a”, e II, “a”, do RPAF/99, dita solicitação de diligência ou de perícia não merece acatamento, na medida em que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores sobre a lide, bem como as matérias em análise independem de conhecimento especial de técnicos.

Ademais, vale ressaltar que a realização de diligência ou de perícia objetiva auxiliar a formação do convencimento dos julgadores, não podendo ser utilizada para refazimento de escrita fiscal do contribuinte.

De outra parte, após análise cuidadosa do feito, verifica-se que o Recurso não trouxe tese nem fundamento novo e/ou elemento(s) informativo(s) capaz(es) de modificar a decisão hostilizada no intuito de afastar as imputações impostas, porquanto restringiu-se a repetir os argumentos da peça impugnatória na linha genérica da improcedência do crédito tributário.

Assim, a Recorrente asseverou que o primeiro engano da decisão a merecer correção diz respeito à tributação com base na alíquota de 17% de produtos que não sofram tal incidência tributária, porquanto se encontram acobertados pelo benefício da isenção, já que se enquadram como produtos extrativos de origem vegetal (BP Ervilha 300G, BP Jardineira Legumes 300G, BP Mix Legumes 300G, Brócolis Seara 300G, Ervilha Seara 300G, Ervilhas Finas Daucy e Salada Verão Daucy).

Ocorre que é o próprio texto legal invocado pela Recorrente - artigo 265, I, “a”, do RICMS/BA, dispondo acerca da isenção nas saídas internas e interestaduais de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, que demonstra a improcedência da sua argumentação, *in verbis*:

“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);”

Diante do teor normativo antes reproduzido, comungo do entendimento da 1^a JJF na linha de acolher a manifestação contida na informação fiscal de que a intenção do legislador, ao conceder a isenção para hortifrutícolas, foi de beneficiar o produtor, nas vendas internas do produto *in natura*, no específico, os produtos ervilha, jardineira de legumes, mix de legumes, brócolis, ervilhas finas e salada de verão, foram comercializados em seu estado natural para empresas que praticam a industrialização, no caso, a SEARA e a DAUCY, as quais os submeteram a um processo industrial de limpeza, seleção, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo, sendo, posteriormente, comercializadas ao BOPREÇO, disso decorrendo que, ao serem tais produtos fornecidos por empresas, não podem se enquadrar no dispositivo legal invocado e, consequentemente, não gozam do benefício da isenção.

Ante o exposto, mantengo a decisão de piso, no tocante aos produtos antes citados constantes da infração 1.

De outra parte, a tese da Autuada atinente ao produto BOLA H WHEELS, que, segundo sua ótica, estaria sujeito ao regime da substituição tributária, previsto no item 7 da Anexo 1 do RICMS/BA, não pode prosperar, na medida em que, conforme se constata do exame dos documentos e demonstrativos adunados à procedimentalidade, os produtos listados no referido item estão classificados no NCM 9503, enquanto a mercadoria em discussão se insere na classificação NCM 9506, portanto, apesar de poder ser considerado um “brinquedo”, não se enquadra na previsão legal.

Em sequência, insistiu a Recorrente no argumento, de igual sorte devidamente apreciado na decisão de 1^a Instância, de que o produto ESCADA 5D ALUMINIO ALUM encontra previsão de substituição tributária no item 24.75 do Anexo Único do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012.

Sucede que, uma simples consulta ao texto legal confirma o acerto da decisão pela manutenção da autuação, porquanto a previsão legal para os materiais de construção (insumos) de alumínio listados no item 81, do anexo único, do Protocolo ICMS 70/12, estão classificados apenas no grupo do NCM 76.16, valendo a transcrição:

76161000 - TACHAS, PREGOS, PINOS, ART. SEMELH., D/ALUMÍNIO
76169100 - TELAS METÁLICAS, GRADES E REDES, D/ALUMÍNIO
76169900 - OUTRAS OBRAS DE ALUMÍNIO

Nesse contexto, compartilho da decisão de piso, acolhendo a interpretação de que se encontram incluídos nesse grupo tachas, pregos, pinos, telas metálicas, grades, redes de alumínio e outras obras de alumínio, considerando essas outras obras como os produtos aplicáveis na construção civil semelhantes aos identificados nominalmente, enquanto a Escada 5D Alumínio Alum não é empregada como insumo da construção civil e, ainda que nela utilizada fosse, seria como equipamento e não como material aplicável às obras de construção civil, valendo destacar que a escada de alumínio serve também para uso doméstico.

Por fim, os reiterados pleitos de redução ou afastamento das multas aplicadas não têm pertinência no particular, em virtude da inaplicabilidade ao caso versado do princípio insculpido no art. 112 do CTN, na medida em que inexistente dúvida capaz de justificar tais postulações.

Destarte, as multas consignadas na autuação se apresentam corretamente enquadradas,

encontrando-se previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não havendo, portanto, qualquer ponto a merecer reparo, além do que as alegações recursais atinentes à constitucionalidade das cominações não podem ser apreciadas por este Órgão julgador, consoante estatui a legislação específica.

A par disso, a solicitação de dispensa ou redução de multa não pode ser apreciada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, já que foram revogados o §8º do art. 42 da Lei nº 7014/96, bem como o art. 159 do RPAF.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nesse passo, confirmando a decisão da 1ª JJF no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação.

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 232845.2258/15-4, lavrado contra BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$37.820,26, 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 já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS