

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0005/15-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0190-03/16-A
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0155-12/17

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada. Refeito o lançamento pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/12/2015 para cobrar ICMS no valor de R\$433.128,81, nos meses janeiro de 2011 a dezembro de 2014, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 03.02.02. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Após tramitação regular do presente PAF em primeira instância, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0190-03/16-A, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

“VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

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, pontuo 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 o contribuinte apresentou defesa reclamando que foram incluídos no levantamento produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e PRESUNTO PARMA S/OSS PERDIG. PRM), e mercadorias acobertadas pelo benefício da isenção, produtos hortifrutícolas, como se possuísse tributação normal, e por esta razão não as tributou.

Além disso, reclama que no levantamento elaborado pela fiscalização não levou em consideração a redução da base de cálculo prevista na legislação, aplicando de forma equivocada a alíquota de 17% ao invés de 7% para os produtos: leite longa vida, leite em pó e composto lácteo. Citou como exemplo as marcas COMPOSTO LACTEO ELEGE 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHES 1L, LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENISSIMA 300G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, etc.

Argumenta ser improcedente a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, pois os artigos 150, V e 152 da CF/88, veda limitações ao tráfego de bens e estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino.

O fiscal autuante, na informação, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens: PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, passando o valor do imposto de R\$ 433.128,81 para R\$ 432.963,04.

Concordo com a revisão efetuada pelo autuante, pois os referidos itens efetivamente estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme itens 34 e 21 do Anexo 1 do RICMS/12, não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Ressalto que o sujeito passivo apesar de solicitar a exclusão do item PRESUNTO PARMA S/OSSO PERDIG. PRM, o mesmo não foi objeto de exigência no presente lançamento conforme se verifica nas planilhas elaboradas pela fiscalização anexada em meio magnético a fl.47.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes as demais mercadorias a saber:

ERVA DOCE, OREGANO, ALECRIM, COMINHO, FOLHA DE LOURO, ERVAS FINAS, ACAFRAO pois como bem esclarecido pelo fiscal autuante essas mercadorias não foram comercializadas em estado natural, pois passaram por um processo de desidratação e embalagem, configurando um processo de industrialização. Logo, não faz jus ao benefício da isenção, previsto no Regulamento do ICMS, vigente à época dos fatos geradores, consequentemente as saídas deveriam sofrer a incidência do imposto.

Ademais, conforme análises efetuadas pelo autuante, as entradas do referido produto, ocorreram com tributação normal, conforme se verifica nos DANFEs de fl. 118/120.

Quanto aos produtos leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, inicialmente destaco que de acordo com os demonstrativos que embasam a acusação fiscal, anexado em meio magnético à fl.48, e informação prestada pelo fiscal autuante, os itens LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L DESNAT LA SERENISSIMA 300G, não foram objeto do presente lançamento.

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, XXXV, do RICMS-BA/97, diz respeito exclusivamente às operações internas dos produtos fabricados no Estado da Bahia, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%", afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros estados. Tal benefício tem como finalidade estimular a produção e circulação desses produtos e não representa qualquer impedimento a circulação de leite produzido em outros Estados.

Ressalto que o sujeito passivo em nenhum momento nega que os produtos em questão foram fabricados em outras unidades da Federação. Por outro lado observo que nas cópias dos cupons fiscais emitidos pelo recorrente, anexados às fls.25/33, comprovam que as saídas de leite e composto lácteos adquiridos em outros estados, conforme atestam os DANFEs às fls. 35/45, foram tributadas à alíquota 7%.

Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.

Quanto à suposta inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, observo que o art. 87, XXXV do RICMS/97 é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, concessiva de benefício fiscal condicionado e não cabe a este órgão julgador apreciar constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

No que diz respeito à 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.

No que diz respeito 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, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$432.963.04, conforme demonstrativo de débito às fls.139/141, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Inconformada com a Decisão de primeira instância o autuado interpôs Recurso Voluntário, basicamente atacando o mérito da Decisão de piso, observando que o Auto de Infração continua sendo improcedente, pelas razões jurídicas que passa a expor.

Quanto aos produtos hortifrutícolas faz as seguintes considerações:

Assevera que: *“equivoca-se o autuante na sua pretensão de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem oneração tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção. E esse é exatamente o caso dos autos, pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, ERVA DOCE KITANO 40g,*

OREGANO KITANO 3g), senão vejamos o que determina o art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12) (...)”

Ademais, improcede o argumento da fiscalização de que são produtos “industrializados, pois passam pelos processos de desidratação e embalagem”, na medida em que a desidratação 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.

Diz ser razoável que se defina o produto in natura como todo alimento de origem vegetal ou animal, para cujo consumo imediato se exija, apenas, a remoção da parte não comestível e os tratamentos indicados para sua perfeita higienização e conservação.

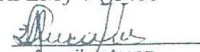
Neste sentido, o STJ reconheceu que o processo de congelamento, embalagem e branqueamento de alimentos não lhes retira a condição de natural para os exatos produtos aqui autuado, (AREsp 851.817/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/16, DJe 20/10/16), razão pela qual improcede a infração.

Aduz que: *Em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortículas desidratados equivalem ao estado natural, senão vejamos trecho do Parecer GESCOT 543/99, já anexado aos autos:*

Dos produtos apresentados pela Consulente, entendemos que os produtos a seguir podem se beneficiar da isenção estatuída no art. 14, por se encontrarem na listagem taxativa do inciso L Tais produtos passaram pelo processo de desidratação, que não é considerado industrialização, conforme Art. 2º. § 6º. alínea c. Apresentamos o produto e sua base no Regulamento.

1. Segurelha - art. 14, I, a, 16;
2. Endro - art. 14, I, a, 5;
3. Cheiro Verde - art. 14, I, a, 5; 4.
- Cebolinha verde - art. 14, I, a, 3; 5.
- Sálvia - art. 14, I, a, 5;
6. Estragão - art. 14, I, a, 5;
7. Camomila - art. 14, I, a, 3;
8. Folha de louro - art. 14, I, a, 5; 9.
- Orégano - art. 14, I, a, 5;
10. Erva-doce - art. 14, I, a, 4;
11. Alecrim - art. 14, I, a, 1;
12. Manjeriço - art. 14, I, a, 11;
13. Ervilha - art. 14, I, a, 4;
14. Manjerona-art. 14, I, a, 11;

CONFERE COM O ORIGINAL
DAT/DITRI EM 17/03/99


Assinatura
Cad. 15.000-3

15. Quirera de ervilha - art. 14, I, a, 4;
16. Ervas finas - art. 14, I, a, 5;
17. Tomilho - art. 14, I, a, 17

Quanto aos Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% - Produto leite longa vida, o recorrente tece os seguintes esclarecimentos:

1. Aduz que a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais para mesma mercadoria, viola os arts. 150, V, e 152 da Constituição Federal.
2. Transcreve Decisão judicial, na qual foi proferida sentença, em 25/08/14, que julgou procedente a Ação Anulatória, promovida pela Wal-Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial, contra o Estado da Bahia, em caso idêntico.
3. Assim, sustenta que o benefício concedido ao leite longa vida e leite em pó produzidos neste Estado deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da origem;
4. Anexa ao PAF, Acórdão da Quarta Câmara Cível, de 19/09/2016, Relator Emilio Salomão Pinto Resedá, Apelação 0375591-23.2013.8.05.0001, que afasta a exigência fiscal em análise.

Por fim o recorrente reclama, também, da multa aplicada que considera exorbitante. Entende que aplicar penalidade de 60% do valor do ICMS é inconstitucional, pois tem efeito de confisco, conforme art. 150 da Constituição Federal.

Assim, em caso de dúvida, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação da norma jurídica mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Diante do exposto, requer o recorrente o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 1, diante da impropriedade da exigência fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração epigrafado, o Recorrente se insurge apenas de parte da infração remanescentes - recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O recorrente em sua tese recursal defende que os produtos hortifrutícolas, a exemplo dos constantes do auto em epigrafe, produtos extrativos de origem vegetal (ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, ERVA DOCE KITANO 40g, OREGANO KITANO 3g), não sofrem oneração tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção, conforme art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12).

Da leitura do art. 265, I, ‘a’ do RICMS/BA-12, entendo que a tese recursal de que as mercadorias descritas acima são isentas não se sustenta, uma vez que passa por processo de industrialização e, assim, não é alcançada pela norma excludente da incidência do imposto.

Para uma melhor compreensão da questão, faz-se necessário reproduzir a norma susomencionada, *in litteris*:

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); (grifos nossos)

Como se lê, as saídas das mercadorias de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75 são isentas, desde que não destinadas à industrialização,

Cabe também reproduzir a norma estabelecida no Convênio ICMS 44/75:

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

(...)

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo; (grifos nossos)

A lei é clara em estabelecer que a mercadoria esteja em estado natural para que seja passível de isenção, ou seja, não há isenção quando a mercadoria passa por qualquer processo de industrialização, como é o caso da mercadoria ora impugnada.

Em relação 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.

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.

Por sua vez, na Tabela de Incidência do IPI tais itens aparecem com a alíquota “zero”, e não com a anotação de “Não Tributados”, o que significa dizer que são produtos tributados pelo Imposto sobre Produtos Industrializados, mas com a alíquota reduzida a zero. Esse fato, por si só, já

comprova que, à luz do imposto federal, devem ser considerados como produtos industrializados, concluindo-se, assim, que não estão beneficiados com a isenção do imposto estadual, consoante art. 265, I, “a”, do RICMS/12.

Acrescente-se que o Decreto nº 7.212/10, que regulamentou a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI estabelecia o seguinte, em seu artigo 2º e seu parágrafo único:

Art. 2º O imposto incide sobre produtos industrializados, nacionais e estrangeiros, obedecidas as especificações constantes da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI (Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 1º, e Decreto-Lei nº 34, de 18 de novembro de 1966, art. 1º).

Parágrafo único. O campo de incidência do imposto abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na TIPI, observadas as disposições contidas nas respectivas notas complementares, excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não tributado) (Lei nº 10.451, de 10 de maio de 2002, art.6º).

Sendo assim, como a resposta através do Parecer GECOT nº 543/99 (fls. 248), à Yoki Alimentos S/A, não gera direitos ao recorrente e nem sequer a citada Decisão do STJ vincula-se à lide administrativa, conclui-se em manter a Decisão recorrida, quanto a esta parte da infração 1.

Com relação ao argumento recursal de que a legislação tributária não pode estabelecer diferença tributária entre, o produto produzido no Estado e oriundo de outros estados, entendo que não deve prosperar, pois, a meu sentir, está correta a fundamentação da Decisão de piso, de que a redução da base de cálculo de prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.826/00, é prevista apenas para o leite “fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%”. Logo, o benefício fiscal não se aplica as operações internas com leite adquirido em outras unidades da Federação.

O recorrente não nega a ocorrência das infrações, mas tão somente questiona a legalidade e constitucionalidade do art. 87, XXXV do RICMS, Decreto nº 6.284/97 (período até 31/03/2012) e no art. 268, XXV do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, que prevê redução da base de cálculo nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado.

Não assiste razão à recorrente, uma vez que a redução da base de cálculo prevista no art. 87, incisos XXXV, confirmada pelo art. 268, XXV do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, alcança apenas as operações internas, ou seja, leite fabricado por indústrias localizadas no Estado da Bahia, o que não é o caso dos autos, pois adquiridos de outras unidades da federação, sujeitos, portanto, à alíquota interna de 17%.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, a priori, não merece prosperar a alegação de conflito entre a legislação estadual, a qual confere o benefício fiscal da redução de base de cálculo ao leite produzido dentro do Estado, e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, já que tal norma, em nenhum momento, ofende qualquer princípio constitucional. Trata-se, em verdade, de um benefício fiscal conferido pelo Estado da Bahia, devendo ser analisado de forma restritiva.

Ademais, a regra disposta no art. 167, inciso I do RPAF/BA, veda expressamente este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade. Vejamos:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”.

Há de salientar que, nos termos do art. 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não se inclui na competência dos órgãos julgadores: a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Em consequência, o julgador no processo administrativo fiscal restringe-se aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, a Decisão judicial da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Wal-Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, não tem efeito

vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa.

Desta forma, como houve a afirmativa do próprio Contribuinte de que comercializou mercadorias procedentes de fora do Estado aplicando o benefício fiscal específico para produtos fabricados neste Estado, tenho que a infração 1 é procedente.

Por outro ângulo, o contribuinte argúi que ao feito deveria ser aplicado o artigo 112 do CTN, que assim prevê:

CTN:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Inexiste, nos autos, situação enquadrável às hipóteses, posto que as imputações estão claras, tanto assim que a defesa do contribuinte, demonstra a certeza quanto ao entendimento da capitulação legal do fato, da sua natureza, extensão e efeitos, legitimidade passiva, punibilidade, e pena aplicável as imputações. Assim inexistente motivo para aplicação do art. 112 do CTN, sendo descabido o pleito do recorrente.

Quanto à alegação de que as multas são desproporcionais, o que feriria o inciso IV do art. 150 da CF/88, ressalto que as sanções aplicadas se encontram previstas no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, não fazendo parte da competência deste colegiado a apreciação de inconstitucionalidade da lei estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...”

Denego, assim, o pedido de exclusão ou redução de multa, não merecendo guarida a alegação recursal.

Assim, diante do exposto, em relação à parte remanescente da infração 1, objeto deste Recurso Voluntário, penso que nenhum reparo merece a Decisão recorrida.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a Decisão de Piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **281424.0005/15-7**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$432.963.04**, 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 CONSEF, 03 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS