

PROCESSO - A. I. Nº 232877.3004/16-5
RECORRENTE - O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF Nº 0068-03/17
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 20/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0413-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Mantida a exigência incidente sobre a aquisição do produto, “Jerked Beef” que, no período da ocorrência dos fatos geradores, se encontrava submetido ao regime da substituição tributária conforme o item 34, do Anexo 1, do RICMS-BA/12. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão 3ª JF nº 0068-03/17 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/10/2016, para exigir o valor de R\$1.486.324,03, em razão de:

***07.01.03.** Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril de 2012, a novembro de 2014. Consta que “Deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária quando da aquisição de “Jerked Beef” em outras unidades da Federação, período de abril de 2012 até novembro de 2014. Vide demonstrativo 1, demonstrativo 1.1 e 1.2 em anexo e mídia contendo os DANFES correspondentes.”*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após as seguintes considerações:

VOTO

O presente Auto de Infração trata da aplicação da multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Conforme demonstrativo de apuração da exigência fiscal acostado às fls. 05 a 11, as operações interestaduais se referem a aquisições do produto “Jerked Beef”.

Quanto ao pedido do autuado de diligência, fica indeferido com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

A exigência legal do recolhimento tempestivo da antecipação tributária está preconizada no art. 8º, inciso II, da Lei 7.014/96.

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a exigência de multa por recolhimento intempestivo da obrigação supra aludida, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42, da Lei 7.014/96. Sobre a matéria, assim estabelece o §1º do art. 42 do citado diploma legal:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

[...]

§1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Em sede de defesa, o impugnante ressaltou que o produto “Jerked Beef” é uma espécie de charque e, portanto, não está no regime de substituição tributária como alegam os Autuantes e anexou à presente contestação declaração de diversos fabricantes do produto com tal afirmação. Assinalou como fato que corrobora sua afirmação é que, a própria SEFAZ, em 17/11/2104, através do Dec. 15.661/2014, efeitos a partir de 01/12/2014, inclui no Anexo Único do RICMS-BA/12 o citado produto, “Jerked Beef”. Sustentou tratar-se de dispositivo normativo interpretativo e que, sua aplicação deve se realizar de forma retroativa, nos moldes do art. 106 do CTN, de modo a garantir a Segurança jurídica.

Os autuantes ao procederem à informação fiscal, depois citar diversos Acórdãos de julgados deste CONSEF para destacar ser pacífico que o “Jerked Beef” estava no regime de Substituição Tributária até 30/11/2014, assinalaram que existem diferenças entre Charque e “Jerked Beef”. Explicaram que o produto Charque é a carne bovina salgada e dessecada, já o produto “Jerked Beef” é uma carne “curada”, ou seja, além de passar por processo para conservar-se por um período de tempo mais longo (salga e desidratação), também são adicionados compostos (nitrito e/ou nitrato de sódio ou potássio) para melhora da cor, aroma ou gosto da carne e como bacteriostáticos.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório instalado nos presentes autos, precipuamente as ponderações aduzidas pela defesa e pelos autuantes acima expendidas, resta evidente que a questão a ser dirimida é se o produto “Jerked Beef” encontrava-se, ou não, sujeita a substituição tributária no período fiscalizado, ou seja, de abril de 2012 até novembro de 2014.

Convém salientar que, para identificar se uma mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária é necessário verificar se existe a coincidência unívoca entre a descrição do produto e sua correspondente posição no código NCM expressas na norma, ou seja, no Anexo I do RICMS-BA/12, com a descrição do produto e sua NCM constante da nota fiscal. Isto porque, a sujeição de uma mercadoria ao regime de substituição tributária é individualizada, não se admitindo qualquer ampliação de sua extensão, sob pena de inviabilizar aplicação objetiva e eficaz do regime de tributação definida pelo legislador. Não fora assim, no texto do dispositivo normativo constariam, após a identificação do produto, as expressões, e similares, ou e congêneres. Nessa senda, não há que se falar que um produto é assemelhado ou, tem a mesma função ou utilidade do produto que está expressamente elencado, para submetê-lo ao regime de substituição tributária. Portanto, a convergência unívoca é um imperativo imprescindível.

Concordo com o argumento do Autuantes, por ser verossímil, haja vista que, no período fiscalizado, somente constava como exceção do item 34 do Anexo 1 RICMS-BA/12 o produto charque, in verbis:

34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos e salgados ou temperados, exceto charque.

Logo, no período fiscalizado, dentre os produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, somente o charque encontra-se fora do alcance do regime de substituição tributária.

Não deve prosperar a pretensão do Autuado, ao aduzir em suas razões de defesa de que a inclusão do produto “Jerked Beef” no Anexo 1 do RICMS-BA/12 em 17/11/2104, através do Dec. 15.661/2014, efeitos a partir de 01/12/2014, deve ser aplicada retroativamente por se tratar de dispositivo interpretativo. Entendo que não se trata interpretação, e sim, da inclusão de um novo e específico produto que, apesar da similitude tem características distintas do charque, como bem esclareceu o autuante. A distinção entre os produtos fica clara às fls. 48 e 49, no documento “Processamento Tecnológico do Charque, Carne-de-Sol e Jerked Beef”, colacionado aos autos juntamente com a defesa.

Nestes termos, resta evidenciado nos autos que o Autuado não trouxe elementos que descaracterizassem a imputação fiscal. Por isto, acolho o posicionamento do autuante, visto que o produto “Jerked Beef”, além de possuir preparação diferenciada, com a inclusão de compostos específicos (nitratos e nitritos) em seu processo

de industrialização, não constava como exceção no item do Anexo 1 do RICMS-BA/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, objeto da autuação.

Ademais, é fato, como observaram os autuantes, o CONSEF já pacificou em reiteradas decisões que o produto, "Jerked Beef" estava no regime de Substituição Tributária até 30/11/2014, conforme os Acórdãos JJF nº 0222-03/14, 0151-03/15, 0136-03/15, 0136-04/16, 0144-02/16, 0076-04/16 e Acórdão CJF 0024-11/15.

Em suma, a acusação fiscal afigura-se alicerçada na legislação de regência e revestida de lastro constitutivo devidamente discriminado no demonstrativo de apuração e de débito elaborado pelos Autuantes, colacionado às fls. 06 a 11, cuja cópia fora entregue ao autuado, fl. 15.

Concluo pela subsistência da autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 82/87, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Inicialmente, aduz que: o produto "Jerked beef" é uma espécie de charque e, portanto, não está no regime de substituição tributária como alega o recorrido e podemos provar no decorrer deste recurso.

Afirma que: a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do Decreto nº 15.661/2014 publicado no DOE em 18/11/2014, inclui no Anexo Único do RICMS-BA o citado produto como "exceção" a aplicação da substituição tributária por antecipação, ratificando desta forma, mesmo que extemporaneamente o tratamento praticado pelo recorrente e por todas as empresas que comercializam o citado produto por ser o mesmo uma espécie de charque.

Aduz que: pode ser visto pela documentação que foi acostada aos autos no momento da defesa do recorrente, o Produto constante da citada nota fiscal é de fato CHARQUE. Tal informação pode ser vista através de realização de prova pericial onde poderá ser facilmente comprovado que os produtos descritos nas NF como "carne bovina salgada, curada e dessecada são a mesma coisa que "Charque", por atender todas as normas de preparo, logo, não está sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação, por estar na exceção do Anexo I, item 34 do RICMS-BA, que transcreve.

Dessa feita, entende que; A Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, acompanhando este avanço também buscou atualizar sua legislação fiscal, mas não pode e não deve causar insegurança jurídica aos contribuintes do Estado, permitindo a lavratura de autos de infração por parte de seus prepostos fiscais que gerem prejuízos incalculáveis aos mesmos, isto porque, analisando friamente, o estado não deixou de receber qualquer imposto destes produtos já que os contribuintes recolheram o ICMS NORMAL das suas operações.

Assevera que: o ordenamento jurídico pátrio é muito claro e coíbe ao aplicador do direito que altere conceitos e institutos já pré-definidos, mesmo que seja por normas de direito privado. Sobre o tema não é demais trazer o posicionamento esboçado pelo Ministro Marco Aurélio em julgamento do RE 390840, quando afirma que *"A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários."*

Explica que: o que o legislador Estadual fez ao introduzir posteriormente o termo Jerked Beef ao RICMS, foi exatamente dar o alcance necessário à norma anterior, interpretando a mesma de forma a justamente evitar que novas lavraturas de autos pudessem ser realizadas contra contribuintes na aquisição do referido produto, o que nada mais é que a mesma coisa que Charque – termo este já previamente contemplado pela legislação anterior.

Assim, a norma não amplia, nem cria novo conceito para o Charque, até porque não poderia fazê-lo por restrição legal. O que esta faz é ratificar o que já estava claro em face do que

regulamenta o Ministério da Agricultura acerca dos produtos que compõem a lide. Devemos dizer que se trata de norma interpretativa, que como tal em nada inova no ordenamento jurídico, motivo este, inclusive, que faz com que sua aplicação deva se realizar de forma retroativa, nos moldes do art. 106 do CTN, de modo a garantir a Segurança jurídica, princípio constitucionalmente garantido ao contribuinte.

Finaliza, afirmando que: se torna indispensável a reapreciação da presente lide a partir deste recurso voluntário, tendo em vista que apesar do respeitável acórdão, faz-se necessárias as citadas reformas.

Por fim, por ser de inteira JUSTIÇA, a Recorrente reitera na íntegra o seu pedido proposto na petição inaugural de defesa, para que Vossas Excelências, reformando o Acórdão JJF nº 0068-03/17, julguem pela IMPROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração, dando provimento ao presente recurso.

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lançado pelo suposto cometimento de uma infração, referente à:

“07.01.03. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril de 2012, a novembro de 2014. Consta que “Deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária quando da aquisição de “Jerked Beef” em outras unidades da Federação, período de abril de 2012 até novembro de 2014. Vide demonstrativo 1, demonstrativo 1.1 e 1.2 em anexo e mídia contendo os DANFES correspondentes.”

A tese da recorrente baseia-se na afirmação de que o produto “JERKED BEEF”, na verdade é um tipo de “CHARQUE”, e assim estaria nas exceções do Anexo I, item 34 do RICMS-BA.

Da análise da legislação abaixo transcrita, podemos ver claramente que o produto “JERKED BEEF”, só passou a fazer das exclusões do Anexo 1, item 34 a partir do dia 01/12/2014, conforme a redação dada pela alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14.

O “Jerked Beef” estava, à época dos fatos geradores, enquadrado no regime da substituição tributária, no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12 (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), como se observa a seguir:

ANEXO I

(...)

“34

Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0206; 0209 e 0210”

(...)

Observe, ainda, que, somente a partir de 01/12/14, é que o “Jerked Beef” passou à condição de mercadoria tributada normalmente, c/c o item 34 do Anexo 1, do RICMS/12 (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), com a redação dada pelo Decreto nº 15.661/14, como a seguir transcrito:

ANEXO I

(...)

“34

Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210

(...)

Nota: A redação da coluna “Mercadoria – NCM” do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14”.

(...)

Assim, entendo que à época da exigência fiscal o produto “JERKED BEEF”, estava enquadrado no regime de substituição tributária e sujeito às suas regras, conforme o Anexo 1, Item 34.

Esta matéria encontra-se pacificada neste Conselho, e para tal, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA, 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACORDÃO CJF Nº 0153-12/17 de 03/05/2017.

(...)

Quanto à mercadoria “jerked beef”, é um produto resultante do abate do gado bovino, não se confundindo com o “charque”, conforme se depreende da consulta feita ao site “<http://www.natalguia.com.br/carnes.html>”, disponível na rede mundial de computadores, em trecho abaixo reproduzido.

“O JERKED BEEF (adaptado de “jerky”, charque em inglês) tem um processamento muito semelhante ao do charque, porém adiciona-se nitrato e nitrito de sódio durante o seu preparo e ele é sempre comercializado em embalagem a vácuo.”

Ora, não se identificando com o “charque”, não poderia se enquadrar na exceção feita pelo item “34” do Anexo 1 do RICMS/12, abaixo reproduzido.

“ANEXO 1

(...)

“34

Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0206; 0209 e 0210”

(...)”

Assim, considerando a regra de hermenêutica que impõe a interpretação restritiva da norma que excepciona, entendo que a mercadoria em comento enquadra-se, efetivamente, no regime de substituição tributária, não sendo possível tributar, novamente, tais saídas. A Decisão de piso não merece ser reformada.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº **232877.3004/16-5**, lavrado contra **O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$1.486.324,03**, prevista no art. 42, II, “d”, §1º, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS