

A. I. N° - 269352.0050/15-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07.04.2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0030-01/17

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 perícia. Falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para apreciar o pedido de redução da multa por se tratar de descumprimento de obrigação principal. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/12/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico de R\$375.705,54, acrescido da multa 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.73 a 98) Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que a autuação é improcedente, pois aplicou as alíquotas corretas.

Alega que as mercadorias abaixo listadas não foram tributadas em razão de estarem 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. 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;

Alega, ainda, que as mercadorias abaixo relacionadas não foram tributadas em razão de estarem isentas do ICMS:

1. os produtos hortifrutícolas alecrim kivita 15 kg frasco, páprica picante kivi 45 g, pimenta malagueta, folha de louro, erva doce kitano 40 g, orégano kitano 3g, 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 mantém 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 T. João, 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.

Sustenta também que o leite longa vida, o leite em pó/composto lácteo devem ser tributados a 7% e não 17%. Afirma que este é o caso dos produtos: composto lácteo elege, leitr uht desn cotoches, leite desnatado Parmalat, leite integ cabra capri, leite pó desnat la sereníssima, composto lácteo ninho fases 1.

Diz que é ilíquida a exigência fiscal que impõe diferentes situações de tributação para o mesmo produto. Invoca o 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 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. Diz, ainda, que o inciso V do art. 150 da CF também veda a limitação do tráfego de bens por meio de tributos. Assinala que a Justiça do Estado 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. Manifesta o entendimento de que, por uma questão de hierarquia, a norma contida na CF deve prevalecer sobre a legislação estadual.

No que concerne à multa imposta apresenta o seu inconformismo quanto ao patamar consignado no Auto de Infração, alegando que não ficou caracterizado fraude ou dolo. Afirma, ainda, 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. Registra que em julgados mais recentes, o STF consolidou entendimento que estabeleceu entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade.

Pugna para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, caso ainda reste alguma dúvida, conforme determina o art. 112 do CTN.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração;
- sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável (art. 112 do CTN).

Protesta 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.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.147 a 152). Consigna que concorda com os argumentos defensivos relativamente aos seguintes produtos: cobertura de chocolate branco, lasanha mista tri e soja, por entender que estavam incluídos no regime de substituição tributária. Acata também com relação ao arroz cozinha italiana e arroz cozinha japonesa, arroz vitamin, pimenta malagueta, por tratar-se de produtos com isenção ou redução de 100% da base de cálculo.

Diante do acolhimento das razões defensivas acima reportadas, o autuante excluiu do levantamento os valores referentes a tais produtos, o que reduziu o valor do ICMS para R\$370.404,17, conforme demonstrativos que elaborou contidos em CD acostado à fl. 159.

Consignou ainda o autuante que não concorda com a exclusão dos seguintes produtos:

1. trio hidropônico, por não estar em nenhum relatório;
2. alecrim kivita, páprica picante, folha de louro, erva doce kitano e orégano kitano por se tratar de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados. Acosta documentos fiscais emitidos pelos fornecedores nos quais estes produtos são tributados (fls. 136/137).

3. leite longa vida, leite em pó e composto lácteo. Afirma que 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. Salienta 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”. Esclarece, 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 manteve na exigência o imposto referente ao bacalhau dessalgado. Entende que bacalhau não é peixe, mas sim 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. Anexa o Parecer nº 199/2013 (fl. 146), emitido pela DITRI, que confirma a incidência do ICMS nas operações com bacalhau dessalgado.

Esclarece que, com a concordância dos argumentos defensivos, elaborou novos demonstrativos anexados às fls. 138 a 141, reduzindo o valor para R\$375.232,56.. Registra que os demonstrativos com discriminação por produto, detalhados por data, estão contidos em novo CD-R anexado à fl. 142.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, por sugestão do então ilustre Relator/Julgador José Bizerra Lima Irmão, converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 159/160), a fim de que o autuante apontasse o enquadramento legal em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência de cada fato, de cada uma das situações objeto do levantamento fiscal, haja vista que o lançamento envolve várias situações distintas, de modo a ficar claro o dispositivo infringido em relação especificamente a cada caso.

O autuante cumpriu a diligência (fls. 166 a 170). Tece ampla consideração sobre o pedido de diligência, inclusive mencionando a incoerência da solicitação. Registra que elaborou novas planilhas para cada exercício fiscalizado, com a inserção de uma coluna que dá o detalhamento da tributação, coluna esta denominada “Detalhamento de Tributação”.

O autuado cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls.174 a 200). Registra que o autuante excluiu do seu levantamento os produtos: cobertura de chocolate branco, lasanha mista tri, soja, pimenta malagueta, arroz cozinha italiana e arroz cozinha japonesa, arroz vitamin,

Afirma, no entanto, que a parte remanescente da autuação é improcedente em sua integralidade. Reporta-se sobre os produtos que entende também devem ser excluídos da autuação, reiterando as razões apresentadas na Defesa inicial quanto aos seguintes produtos: alecrim kivita, páprica picante, pimenta malagueta, folha de louro, erva doce kitano e orégano kitano, trio hidropônico, filé de bacalhau cong. , filé de bacalhau Saithe cong., posta bacalhau saithe dessalgado e bp bacalhau desf. des. congelado.

Assinala que utilizando o mesmo raciocínio, o CONSEF, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS. Neste sentido, menciona os Acórdãos JJF Nº 0107-05/14; JJF Nº 0038-06/14 e CJF nº 0347-12/14.

Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, em vez de 17%. Redução da base de cálculo: Produto leite longa vida e leite em pó/composto lácteo.

Conclui que, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

Reporta-se sobre a multa imposta, alegando a sua exorbitância. Invoca e reproduz posições da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável entre 20% e 30%.

Argumenta, ainda, que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Acrescenta que, do mesmo modo, entendem os Tribunais Superiores, conforme decisões que reproduz.

Salienta que o direito está prenhe de certeza. Mas se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em lide.

Finaliza a manifestação requerendo:

- o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal;
- sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável (art. 112 do CTN).

Protesta 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.

O autuante cientificado da manifestação do autuado se pronunciou (fl.237). Consigna que o impugnante não traz nenhum elemento novo, haja vista que, apenas repete os mesmos argumentos trazidos na Defesa inicial, que tiveram suas contestações apresentadas na primeira Informação Fiscal de fls. 134 a 153, portanto, nada havendo a acrescentar. Registra que, relativamente ao objeto da diligência, o autuado não faz nenhum comentário.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de ICMS recolhido a menos em razão de erro na aplicação da alíquota sobre diversos produtos.

Inicialmente, cabe consignar que este Órgão Julgador de Primeira Instância administrativa não tem competência para apreciar arguição de constitucionalidade, assim como para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante determina o art. 167, I, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que concerne ao pedido de realização de perícia, certamente que, no presente caso, inexiste necessidade de intervenção de perito, i.e., de conhecimento especial de técnicos para deslinde da questão, haja vista que as provas produzidas constantes nos autos são suficientes para tanto.

Assim sendo, indefiro o pedido de perícia com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, verifico que o autuante, acertadamente, acatou as alegações defensivas atinentes às seguintes mercadorias, em razão de estarem incluídas no regime de substituição tributária:

- 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;
- 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;

Também, acertadamente, acatou o autuante as alegações defensivas atinentes às mercadorias:

- arroz cozinha italiana, arroz cozinha japonesa e arroz vitaminado – gozavam 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;
- pimenta malagueta – trata-se de 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.

Quanto ao trio hidropônico, cabe observar que, na Informação Fiscal, o autuante esclareceu que não se encontra em nenhum relatório, portanto, não foi incluído no levantamento fiscal, apesar de ter sido objeto de impugnação..

No que tange aos itens de mercadorias impugnados pelo autuado e mantidos na autuação pelo autuante, considero correta a manutenção quanto às seguintes mercadorias:

- alecrim kivita, páprica picante, folha de louro, erva doce kitano e orégano kitano por se tratarem de produtos industrializados, desidratados, envasados ou embalados, portanto, não amparados por isenção. Verifica-se que os próprios fornecedores tributaram normalmente referidos produtos, conforme cópias de notas fiscais acostados aos autos pelo autuante às fls. 136/137.
- leite longa vida fabricado em outra unidade da federação deve ser tributado pela alíquota de 17%, haja vista que a redução prevista no inciso XXIX do art. 267 do RICMS/12 somente se aplica aos fabricados no Estado da Bahia;
- 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. Desse modo, 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;
- composto lácteo, haja vista que a redução da base de cálculo 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;
- bacalhau dessalgado, haja vista que, 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, tendo em vista que o próprio autuante já houvera 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”.

Diante do exposto, a autuação é parcialmente subsistente, passando o ICMS devido para R\$98.445,12 (Exerc. 2011); R\$119.033,57 (Exerc. 2012); R\$ (Exerc. 2013) R\$92.172,95 (Exerc. 2014); R\$37.237,15),

totalizando o valor do ICMS devido R\$346.888,79, conforme demonstrativo analítico anexado às fls. 243 a 284 dos autos, passando o demonstrativo de débito a ter a conformação abaixo:

| Período: | VI.ICMS.Calc. | Diferenças |
|--------------------|-------------------|------------------|
| Total_Jan/2011 | 12.305,52 | 7.907,13 |
| Total_Fev/2011 | 7.903,97 | 5.257,91 |
| Total_Mar/2011 | 9.331,26 | 5.984,62 |
| Total_Abr/2011 | 14.367,13 | 6.978,12 |
| Total_Mai/2011 | 10.956,56 | 6.812,83 |
| Total_Jun/2011 | 11.830,09 | 7.307,02 |
| Total_Jul/2011 | 14.164,64 | 8.774,98 |
| Total_Ago/2011 | 16.352,43 | 9.719,77 |
| Total_Set/2011 | 15.927,13 | 9.752,69 |
| Total_Out/2011 | 15.890,63 | 9.879,59 |
| Total_Nov/2011 | 13.427,07 | 8.348,16 |
| Total_Dez/2011 | 18.516,09 | 11.722,30 |
| Total Geral | 160.972,52 | 98.445,12 |

| Período: | VI.ICMS.Calc. | Diferenças |
|--------------------|-------------------|-------------------|
| Total_Jan/2012 | 19.920,24 | 11.443,46 |
| Total_Fev/2012 | 18.544,89 | 10.766,75 |
| Total_Mar/2012 | 17.941,08 | 10.381,81 |
| Total_Abr/2012 | 15.627,94 | 9.129,71 |
| Total_Mai/2012 | 17.195,47 | 10.288,90 |
| Total_Jun/2012 | 14.994,09 | 8.981,98 |
| Total_Jul/2012 | 18.996,81 | 11.411,63 |
| Total_Ago/2012 | 17.022,40 | 10.396,46 |
| Total_Set/2012 | 13.928,45 | 8.669,20 |
| Total_Out/2012 | 13.601,79 | 8.493,73 |
| Total_Nov/2012 | 12.736,06 | 8.158,55 |
| Total_Dez/2012 | 16.612,22 | 10.911,39 |
| Total Geral | 197.121,44 | 119.033,57 |

| Período: | VI.ICMS.Calc. | Diferenças |
|--------------------|-------------------|------------------|
| Total_Jan/2013 | 16.615,25 | 10.790,69 |
| Total_Fev/2013 | 17.141,55 | 11.128,08 |
| Total_Mar/2013 | 15.636,13 | 10.362,09 |
| Total_Abr/2013 | 13.046,09 | 8.545,54 |
| Total_Mai/2013 | 12.184,73 | 7.713,29 |
| Total_Jun/2013 | 12.037,04 | 7.483,25 |
| Total_Jul/2013 | 11.559,36 | 7.142,21 |
| Total_Ago/2013 | 13.713,83 | 6.220,60 |
| Total_Set/2013 | 13.402,01 | 5.159,66 |
| Total_Out/2013 | 15.180,67 | 5.278,01 |
| Total_Nov/2013 | 16.345,27 | 6.346,57 |
| Total_Dez/2013 | 16.524,63 | 6.002,96 |
| Total Geral | 173.386,56 | 92.172,95 |

| Dta | VIIicmsCalc | DifIcms |
|----------------|-------------|----------|
| Total_Jan/2014 | 11.106,97 | 6.895,06 |
| Total_Fev/2014 | 7.891,00 | 5.164,72 |
| Total_Mar/2014 | 7.580,88 | 4.713,38 |
| Total_Abr/2014 | 9.252,99 | 5.640,70 |
| Total_Mai/2014 | 9.139,74 | 5.645,46 |
| Total_Jun/2014 | 605,21 | 605,21 |

| | | |
|------------------------|------------------|-------------------|
| Total_Jul/2014 | 603,38 | 555,00 |
| Total_Ago/2014 | 1.168,48 | 775,05 |
| Total_Set/2014 | 3.710,49 | 2.162,90 |
| Total_Out/2014 | 3.366,18 | 2.169,35 |
| Total_Nov/2014 | 2.496,52 | 1.553,82 |
| Total_Dez/2014 | 2.139,94 | 1.356,50 |
| Total Geral | 59.061,78 | 37.237,15 |
| TOTAL DO DÉBITO | | 346.888,79 |

Por derradeiro, no tange ao pedido de cancelamento/redução da multa formulado pelo impugnante, cumpre consignar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação do pedido ao apelo da equidade é da Câmara Superior deste CONSEF, falecendo competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para tanto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0050/15-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$346.888,79**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR