

A.I. N° - 281424.0003/15-4
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JUNIOR
ORIGEM - IFEP COMERCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° A-0123-04/17

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 e mercadorias cujas operações gozam do benefício da isenção. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 07/12/2015 para exigir ICMS no valor de R\$460.557,62, em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses janeiro de 2011 a dezembro de 2014, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 55/77) dizendo ser improcedente a exigência fiscal pois o autuante incluiu mercadorias cuja tributação foi feita corretamente, tendo desconsiderado que parte dos produtos autuados, estão sujeitos à antecipação tributária ou são beneficiados pela isenção ou redução da base de cálculo.

Indicou as seguintes mercadorias sujeitas à substituição tributária: Carnes suínas/suinhas secas, no caso em questão PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e PRESUNTO PARMA S/OSS PERDIG PRMG, conforme disposto no art. 353, item 9 (para o exercício de 2011) e o Decreto nº 13.780/12, Anexo I, item 34 (para o exercício de 2012);

Aduz que o mesmo ocorreu com os “produtos hortifrutícolas”, pois boa parte da presente autuação se refere a produtos extractivos de origem vegetal (ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, PAPRICA PICANTE KIVI 45 g, PIMENTA MALAGUETA, FOLHA DE LOURO MC, ERVA DOCE KITANO 400 g, ORÉGANO KITANO 3g, TRIO HIDROPONICO,etc) que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção, conforme determinado no art. 14, I, ‘a”, itens 1, 4, 5, 13 e 15, art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12).

Acrescenta que improcede o argumento de que, por se tratar de produto desidratado, restaria descaracterizado o seu estado natural, 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, tendo sua temperatura diminuída apenas para fins de conservação do mesmo.

Enfatiza que o produto em estado natural é aquele que mantém suas características originais, não sendo assim considerado quando submetido a processo de industrialização (o que não é o caso em questão), não considerando, para tanto, sua temperatura ou nível de água (frescos, resfriados, congelados ou desidratados).

Ressalta 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 de tais produtos.

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.

Tanto é assim que, em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural. Transcreve trecho do parecer GESCOT 543/99.

Esclarece que os itens em questão, da forma em que são comercializados, trazem maior praticidade no preparo dos alimentos e maior garantia quanto à qualidade sanitária do produto, mantendo as características sensoriais e nutricionais do vegetal fresco, razão pela qual não há dúvidas que estão abrangidos pelo benefício da isenção ora abordado.

Acrescenta que também é objeto de exigência indevida as operações com FILE BACALHAU CONG Kg, FILE BACALHAU SAITHE CONG, POSTA BAC SAIT DES RIBERALVES 800G e BP BACALHAU DESF DES CONGEL 500G, aplicando a alíquota de 17% pois tais produtos também são beneficiados pela isenção conforme disposta no art. 87 do Decreto nº 6.284/97 e 265, II, “e”, do no Decreto nº 13.780/12.

Entende que resta insubstancial a cobrança em relação aos itens mencionados, posto ser notório que se enquadram na previsão contida no dispositivo acima transscrito, razão pela qual carga tributária efetiva incidente sobre eles é zero, sendo este o ponto de maior expressão da infração em comento e que deve ser afastado.

resta insubstancial a cobrança em relação aos itens mencionados, posto ser notório que se enquadram na previsão contida no dispositivo acima transscrito, razão pela qual carga tributária efetiva incidente sobre eles é zero, sendo este o ponto de maior expressão da infração em comento e que deve ser afastado.

Indicou ainda os produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%, em razão da redução da base de cálculo:

1. Produto leite longa vida e leite em pó/composto lácteo. Citou como exemplo as seguintes mercadorias: COMPOSTO LACTEO ELEGE 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHE 1L, LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENISSIMA 300G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, etc.

Diz que o entendimento da fiscalização é de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado e para o leite em pó/composto lácteo industrializado neste Estado. Todavia, improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Externa o seu convencimento de que, por atropelar o pacto federativo, é ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito. Esse preceito é confirmado pelo art. 150, V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *“estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.* Transcreve ensinamentos do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho sobre o tema.

Aduz que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Ressalta que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Diz que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Em outras palavras, a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Acrescenta que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, portanto, impõe-se a desconstituição da infração.

Informa que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, através da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Ainda recentemente, em setembro/2015, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, nos quais a própria Impugnante figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida.

Transcreve trechos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal Federal.

Conclui que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida encontra-se pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores.

Portanto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Assim, 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.

Externa o seu convencimento de que, por atropelar o pacto federativo, é ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito. Esse preceito é confirmado pelo art. 150, V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *“estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.* Transcreve ensinamentos do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho sobre o tema.

Aduz que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Ressalta que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Diz que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da

Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Em outras palavras, a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Acrescenta que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, portanto, impõe-se a desconstituição da infração.

Informa que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, através da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Ainda recentemente, em setembro/2015, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, nos quais a própria Impugnante figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida.

Transcreve trechos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal Federal.

Conclui que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida encontra-se pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores.

Portanto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Assim, 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.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, que considera abusiva, por duas razões: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que se refere ao primeiro item entende que tal penalidade depende de demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Cita entendimentos sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais externados por Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, Reporta-se a uma decisão do STF dos anos de 1980. Transcreve ementa de decisão na ADI 1075 e de outros acórdãos mais recentes. Aduz que o STF reiterou o entendimento confirmado entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco.

Invocando o art. 112, do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração.

Finaliza solicitando o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Não sendo este o entendimento requer a redução ou o afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O autuante presta a Informação Fiscal, fls. 119/127, e concorda com a improcedência apontada pelo autuado no que diz respeito aos seguintes produtos sujeitos à substituição tributária:

- **PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g**, pois após verificações nas notas fiscais do fornecedor, confirmou a situação tributária. (DANFE anexado à fl. 109). Item 34, do Anexo 1, do RICMS/12.

Diz que elaborou novo demonstrativo para o exercício de 2012, fl. 110 a 112, reduzindo a Infração 01 de R\$460.557,62 para R\$459.727,82. Este novo demonstrativo com discriminação por produto, detalhado por data, está contido em novo CD-R anexado à fl. 113. Não houve alterações para os demonstrativos dos exercícios de 2013 e 2014.

Mantem os demais itens questionados, com as respectivas justificativas a seguir elencadas:

- **ERVA DOCE KITANO 3g e ORÉGANO KITANO 3g** - Conforme se verifica nos dispositivos legais citados pela Autuada, a isenção é restrita apenas aos produtos hortifrutícolas EM ESTADO NATURAL, diferentemente dos produtos aqui questionados, que são industrializados, pois passam pelos processos de desidratação e embalagem. Para dirimir quaisquer dúvidas sobre o assunto basta verificar os DANFE's dos fornecedores, a exemplo do que acostamos em fls. 114 a 116, onde se verifica que os produtos têm tributação normal. O assunto também é ponto pacífico no CONSEF, conforme pode-se observar no julgamento da 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0019-01/15, cuja ementa transcreve.

- **PRODUTO LEITE LONGA VIDA E LEITE EM PÓ/COMPOSTO LÁCTEO**- Esclarece que, no rol dos seis produtos questionados pela Autuada, fls. 60 e 61 os produtos LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L e LEITE PÓ DESNAT LA SERENÍSSIMA 300G não fazem parte do relatório da fiscalização que compõe a única infração do processo.

Após, diz que o contribuinte ao dar saída dos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó" a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringiu o art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados neste estado.

Quanto à alegação da autuada que há uma "limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais", esta não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Quanto o questionamento de que a Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, externa o seu entendimento de que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de Julho De 1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição.

Aduz que fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Por outro lado, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, cuja Ementa transcreve.

Diz que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Cita o Acórdão JJF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa Autuada, que ratifica o seu convencimento.

Finaliza solicitando a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Foi anexado ao PAF extrato do sistema SIGAT desta Secretaria às fls. 131/132 informando o pagamento no valor histórico de R\$295.837,52 e total de R\$403.968,05.

A 2ª JJJ observando que não foi anexado ao PAF o novo demonstrativo de débito e não foi dada ciência da Informação Fiscal, decidiu converter o processo em diligência para que o autuante anexasse ao PAF o demonstrativo anteriormente citado e após a INFRAZ de origem intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da cópia da Informação Fiscal e seus anexos, fls.109 a 112, inclusive o novo demonstrativo de débito, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida, e o contribuinte após ser cientificado, se manifesta às fls. 144/138 reiterando os termos de sua defesa e solicita a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante se manifesta às fls. 162 a 166 dizendo que a empresa não trouxe elementos novos que elidisse as acusações fiscais. Solicita a Procedência do Auto de Infração, com exceção dos valores já admitidos na 1ª Informação Fiscal.

O processo foi convertido em diligência para que o fiscal autuante elaborasse demonstrativo analítico das operações relativas ao produto bacalhau dessalgado e congelado, totalizando mensalmente os valores devidos daqueles produtos.

Em atendimento a diligência o autuante inicialmente informa que em relação ao produto bacalhau dessalgado e congelado constatou a existência de uma única ocorrência nos exercícios fiscalizados, ICMS no valor de R\$6.79.

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 ultrapassou 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 hortifruticolas e pescados e por esta razão não tributou.

Além disso, assevera que foi aplicada a alíquota de 17% ao invés de 7% para os produtos COMPOSTO LÁCTEO ELEGÊ 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHÉS 1L, LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENÍSSIMA 300G, COMPOSTO LÁCTEO 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.

No que diz respeito aos produtos hortifrutícolas inseridos no levantamento, alecrim Kivita 15g, frasco, PAPRICA PICANTE KIVI 45 g, PIMENTA MALAGUETA, FOLHA DE LOURO MC, ERVA DOCE KITANO 400 g, ORÉGANO KITANO 3g, TRIO HIDROPONICO,etc). Cita o Parecer GECOT 543/99 que externou o entendimento de que os produtos hortícolas desidratados equivalem ao estado natural.

O fiscal autuante, na informação, reconheceu equívocos em relação ao produto PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão do mencionado produto, passando o valor do imposto de R\$ 460.557,62 para R\$ 459.727,82.

Concordo com a revisão efetuada pelo autuante, pois o referido item efetivamente estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme itens 34 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.

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

ALECRIM KIVITA 15g, FRASCO, PAPRICA PICANTE KIVI 45 g, PIMENTA MALAGUETA, FOLHA DE LOURO MC, ERVA DOCE KITANO 400 g, ORÉGANO KITANO 3g, TRIO HIDROPONICO,etc, 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. 114/116.

Quanto aos produtos leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, 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 pela recorrente, anexados às fls.22/32, comprovam que as saídas de leite e

composto lácteos adquiridos em outros estados, conforme atestam os DANFEs às fls. 33/43, 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.

No que diz respeito ao produto bacalhau dessalgado, observo que à época dos fatos geradores gozava do benefício da isenção, por se tratar de pescado, conforme disposto no art. 265, alínea “e” do inciso II do RICMS/2012. Este inclusive tem sido o entendimento deste órgão julgador administrativo, que vem enfrentando questões absolutamente idênticas à presente, em relação ao mesmo autuado, conforme se verifica através do Acórdão nº 0168-12/17, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento deste Conselho:

“Quanto ao produto bacalhau dessalgado, observo que à época dos fatos geradores gozava do benefício da isenção, por se tratar de pescado, conforme disposto no art. 265, alínea “e” do inciso II do RICMS/2012, a seguir transcrito.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

“e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado.

Da leitura do dispositivo acima observo que a exceção é para o pescado enlatado, cozido, seco ou salgado, o que não é o caso dos autos, já que no momento da ocorrência dos fatos geradores o produto encontrava-se dessalgado e congelado.

Ademais, constato que através do Acórdão nº 0236/12-15, proferido por esta 2ª Câmara de Julgamento, ao apreciar o direito da utilização de crédito nas aquisições de “bacalhau”, que à época gozava do benefício da redução da base de cálculo, uma espécie de isenção, firmou o seguinte entendimento:

“Da análise das razões recursais depreendo, em relação à infração 1, tratar-se de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto ou redução da base de cálculo em 100%, a exemplo de: bacalhau, pescados, arroz e feijão, adquiridas dentro e fora do Estado, através de operações de transferências e de vendas, consoante demonstrativos às fls. 14 a 21 dos autos.

(...)

Ademais, conforme salientado no Parecer da PGE/PROFIS, teria suporte a tese recursal no caso de se tratar de operações de transferências internas de produtos tributados, cuja Súmula 166 do STJ entende inexistir incidência do tributo, haja vista o fato da neutralização das operações de débito e crédito, pois, não há que se falar numa utilização de crédito capaz de gerar uma repercussão econômica dentro do mesmo ente federativo, não se justificando a imputação infracional. Contudo, em relação ao bacalhau saith (assim como os demais produtos, objeto da exação fiscal, a saber: pescados, arroz e feijão), conforme o próprio Parecer da PGE/PROFIS, não merece suporte a tese recursal, pois tratando-se a redução da base de cálculo de uma espécie de isenção parcial, sendo esta in casu de 100%, não há que se falar em qualquer possibilidade de creditamento, tampouco estorno parcial de crédito. Ressalte-se que as transferências internas (código 1152) ocorreram unicamente com bacalhau, no exercício de 2011 (fls. 14 a 19) e pescados, feijão e arroz (fl. 20), todas sujeitas à redução da base de cálculo em 100% ou à isenção, razão do indeferimento da diligência proposta em mesa. “

Dessa forma, mantendo a mesma linha de raciocínio, exarado no voto acima transcrito, já que nas aquisições do produto bacalhau o contribuinte não faz jus a qualquer creditamento do imposto, consequentemente as saídas não devem ser tributadas por gozarem do benefício da isenção, previsto no art. 265, inc. II do RICMS/12.

Dessa forma, devem ser excluídos do levantamento fiscal os valores referentes a estas operações, no caso, FILÉ DE BACALHAU SAITHE CONG, BACALHAU DESF. DESS. CONG. 500 G, FILE DE BACALHAU CONGERADO, conforme a seguir demonstrado:”

Dessa forma, deve ser excluído do demonstrativo elaborado pelo autuante na Informação Fiscal, fl. 138 a 139, a única operação incluída no levantamento inicial de “POSTA BAC SAIT DES C RIBEIRALVES 1KG”, no valor de R\$6,79, no mês de dezembro de 2012 conforme informação prestada pelo autuante, em atendimento a diligência solicitada pela JJF à fl. 173.

Quanto a alegada inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, observo que o art. 87, XXXV do RICMS/97 é norma integrante do ordenamento jurídico deste 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\$ 460.550,80 em razão da redução referente ao produto “bacalhau”, como já anteriormente esclarecido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281424.0003/15-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$460.550,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala de Sessões do Conseg, 17 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR