

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0003/15-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0123-04/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0106-11/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, 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%.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial pelos seguintes fundamentos abaixo colacionados:

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 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 RAICMS/12.

Dessa forma, devem ser excluídos do levantamento fiscal os valores referentes a estas operações, no caso, FILE DE BACALHAU SAI THE 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 entendendo 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.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão proferida, com base nos seguintes argumentos:

Quanto à parte não reconhecida da infração 01, assevera que em relação aos produtos hortifrutícolas, se equivoca 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.

É o caso do ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, ERVA DOCE KITANO 40g, OREGANO KITANO 3g, com base no art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), sendo que o Convênio ICMS 44/75, mencionado pelo dispositivo citado, traz expressamente a previsão para a isenção do produto em questão.

Defende que 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.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente, determinou que os processos de branqueamento, congelamento e embalagem NÃO são capazes de retirar a condição de alimentos in natura, “*pois não alteram a natureza nem a apresentação do produto, mas tão somente permitem maior longevidade das qualidades próprias dos alimentos para fins de sua*

comercialização”, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso concreto, diante da similaridade das situações tratadas.

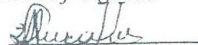
Advoga no sentido de que o congelamento de que trata o acórdão do STJ equivale à desidratação dos produtos autuados. Portanto, não se pode entender que os alimentos desidratados e embalados tenham passado por prévio processo de industrialização, propriamente dito, visto que não alterada a natureza do produto.

Cita que em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural, senão vejamos trecho do Parecer GESCOT 543/99:

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 13/03/99


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%, em relação ao produto Leite longa vida, entende a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais para um mesmo produto implica em afronta ao que determina a Constituição federal no art. 150, V, e art. 152.

Colaciona recentes julgados dos tribunais quanto à matéria para justificar a improcedência da infração.

Ato contínuo, confronta a multa aplicada por entender ser exorbitante e de caráter confiscatório, suscitando o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Ademais, pede-se a aplicação do art. 112 do CTN em caso de dúvida na interpretação da norma jurídica, pela aplicação da mais favorável ao contribuinte.

Por fim, requer:

1. O reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 01, diante da impropriedade da exigência fiscal.
2. 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.
3. Requer, que em caso de dúvida, que se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN).
4. 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.

Nesta assentada de julgamento, realizada em 02/05/2018, a Conselheira Maria Auxiliadora Gomes Ruiz não participou do julgamento por ter participado da votação em primeira instância, estando impedida.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual imputa o cometimento de duas infrações ao sujeito passivo.

Ocorre que, como demonstraremos abaixo, não merece reparo algum a decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto aos itens que remanesceram na autuação, quais sejam: ALECRIM KIVITA 15g FRASCO, ERVA DOCE KITANO 40g, OREGANO KITANO 3g, 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.

O parecer DITRI colacionado aos autos que entende não se tratar de industrialização o processo de secagem, foi exarado em março de 1999, já estando ultrapassado e em desconformidade com o entendimento atual.

Em processo análogo de relatoria da, i. Relatora Tereza Cristina Dias Carvalho, (Acórdão Nº 0054-04/16), a mesma entendeu que os produtos hortifrutigranjeiros (gênero do qual hortifrutícola é espécie), são classificados na condição de industrializados quando passam pelo processo de seleção, secagem (desidratação), acondicionamento e embalagem.

Ademais, o Regulamento do IPI 7212/10, em seu art. 4º, respalda a autuação, eis que deixa claro, em seu inciso II e IV que os produtos autuados foram beneficiados e acondicionados, restando caracterizada a industrialização dos mesmos. Vejamos:

Art. 4 Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Assim, coaduno meu entendimento com o do Relator de primeira instância, entendendo não fazer jus o Recorrente às isenções pleiteadas por não estarem em conformidade com o a legislação estadual em vigor.

Em relação ao produto “leite longa vida”, a autuação entendeu ser aplicável nas saídas internas a alíquota de 17%, e não de 7% como deseja o recorrente.

O Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma, grifado por esta relatora:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...

*XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), **fabricado neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);*

...

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

O Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao “leite longa vida” produzidos em outros estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”.

Saliento que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado, por mim grifado:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Quanto à alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, assevero que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal tem respaldo no artigo 42, da Lei nº 7.014/96. O caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), o mesmo não tem aplicabilidade no caso em comento, uma vez que inexistem dúvidas em relação a matéria.

Sobre cancelamento ou redução da multa imposta, tendo em vista que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal (art. 158, do RPAF/BA), deixo de apreciá-la.

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0003/15-4**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$460.550,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala de Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS