

PROCESSO - A. I. Nº 206911.0010/15-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0167-05/17
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0229-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração impropriedade, haja vista que não houve repercussão na conta corrente fiscal, das entradas e saídas de pallets, caixas plásticas, camisa térmico etc., produtos destinados ao acondicionamento, transporte e movimentação física das mercadorias comercializadas. Infração 1 impropriedade. Mantida a Decisão recorrida. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (art. 87, XXXV, RICMS BA). Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, aquela concedida às margarinas (art. 87, XXXV, RICMS/BA), não pode ser alargada para alcançar o creme vegetal, bem como outros produtos objeto da autuação. Mantida a decisão recorrida. Infração 4 parcialmente procedente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Entendo não ser possível uniformizar o tratamento tributário diverso, entre as espécies lácteas, como esclarecido no voto decorrendo daí, a autuação fiscal em tela e que no exemplo do "IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G", a prova documental apresentada pela defendente, é contrária à pretensão defensiva, pois informa como sendo "COALHADA" um produto claramente diverso de Iogurte em suas propriedades alimentares, bem como, sob o ponto de vista do regime tributário do ICMS. Também concordo quanto aos derivados de farinha de trigo, pois as MASSAS FRESCAS, as quais se encontram incluídas na posição 1902.30.00, não fazendo parte, do grupo de classificação 1902. os produtos, "BOLO FUBÁ" e "BOLO MILHO 320", sequer são derivados de Farinha de Trigo, submetendo-se portanto, ao Regime Normal de Tributação pelo ICMS. Infração 6 parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO E NÃO TRIBUTÁVEIS. Quanto às infrações 7 e 8, por descumprimento de obrigação acessória, entendo não ser pertinente a redução, primeiro que no próprio CTN,

art. 136, a responsabilidade por infrações em regra tem caráter objetivo cuja interpretação independe da aferição de dolo ou culpabilidade, e os valores são ínfimos quando comparados com o porte do contribuinte. Reduzir a infração corresponde a um quase incentivo de continuar na prática deste tipo de infração, sem maiores preocupações, além do que é certo que as multas inclusive para mercadorias tributadas (infração 7) foram reduzidas de 10% para 1%, quando a própria Lei nº 7.014/96 autoriza o lançamento não da multa, mas do imposto, a uma alíquota de 17%. Infrações 7 e 8 parcialmente procedentes. Mantida a decisão recorrida. Negado o pedido de perícia fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora quanto às infrações 6, 7 e 8. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 5ª JF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada em relação as infrações 1, 4, 6, 7 e 8, tendo reconhecida as infrações 2, 3 e 5, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 21/12/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$882.947,24, e multa de 60% em decorrência das seguintes infrações:

- 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$52.124,95 e multa de 60%.*
- 4 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$488.652,44 e multa de 60%.*
- 6 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$291.061,30 e multa de 60%.*
- 7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$19.883,00.*
- 8 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$14.530,97.*

Após a devida instrução processual, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração pelos seguintes fundamentos abaixo colacionados:

VOTO

Nego o pedido de perícia haja vista que os fatos arrolados na autuação não dependem de conhecimentos especializados para a sua elucidação, bem como os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto às infrações em lide.

Destaco que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância do art. 39 do RPAF/99, portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto à preliminar de nulidade da autuação, diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo de conclusão da fiscalização, que é de 90 dias, bem como pela falta de apresentação da Ordem de Serviço, por parte dos prepostos fiscais, o autuante alerta para o fato de que o autuado já havia sido previamente cientificado, não somente da Ação Fiscal a ser desenvolvida, bem como, sobre a Ordem de Serviço respaldadora de tal, que vem a ser a de nº 506435/15 e não, a desconhecida 505902/15, alegada pela Impugnante, conforme consta na Primeira Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, efetuada por

escrito, junto a preposto da Autuada em 13/10/2015, cuja cópia, encontra-se originariamente acostada à fl. 17 do PAF ora em lide.

Portanto, como a primeira intimação para apresentação de livros e documentos data de 13/10/2015, e o Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2015, obedeceu ao prazo da conclusão da fiscalização, cujo máximo seria de 90 dias.

No mérito, o Auto de Infração aponta o cometimento de 08 infrações, sendo que foram impugnadas as infrações 01, 04, 06, 07 e 08. Deste modo por terem sido reconhecidas as infrações 2, 3, 5, ficam mantidas.

Na infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Caracterizado pelos materiais utilizados para acondicionamento, transporte e movimentação de mercadorias, tais como Pallets, Caixas Plásticas, Camisão Térmico etc, os quais não ensejam a apropriação de créditos fiscais de ICMS, haja vista que são consideradas como mercadorias na atividade desenvolvida pela autuada. Tudo discriminado conforme Demonstrativo de débito, constante no Anexo 01, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada.

Foi constatado que, embora o sujeito passivo tenha se creditado desses valores, de operações contempladas com isenção, também se debitou, posteriormente, nas saídas, embora indevidamente, o que neutralizou o crédito fiscal indevido e assim não houve repercussão econômica. Portanto, embora tenha irregularmente se creditado de tais operações, também restou caracterizado o indébito fiscal e, conseqüentemente não cabe a exigência da glosa dos créditos fiscais exigidos na infração 01. Essa decisão tem sido mantida em sede de Recurso, neste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0147-12/17 e CJF Nº 0177-11/15.

Infração improcedente.

Na infração 04, está apontado que houve o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Decorreu de erro na aplicação da alíquota, para os produtos arrolados nos demonstrativos de débito constantes nos Anexos 06 e 07, ambos juntados ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada.

A autuação abrange os seguintes produtos: Leite Longa Vida, leite em pó e composto lácteo em pó; vinagre, margarina, que, segundo o impugnante, possuem redução de base de cálculo, tratamento diferenciado esculpida nos artigos 267, XXV, e art. 268, XXIX, ambos do RICMS/BA; e no art. 268, XXVII; Art. 266, XIX, c. do RICMS/BA.

No que diz respeito aos produtos "Leite em Pó" e "Compostos Lácteos", o período objeto da autuação fiscal, ora em lide, se inicia em 01/01/2012 e se finda em 31/12/2013, desse modo, encontra-se regido pelas normas dos Decretos 6.284/97, envolvendo o interstício de 01/01/2012 a 31/03/2012; e Decreto 13.780/12 (vigente), abarcando o interstício de 01/04/2012 a 31/12/2013. Nesse passo, o produto Leite Longa Vida, objeto da autuação fiscal em comento, é regido pelos decretos supracitados, cujos artigos pertinentes, reportam-se às fabricações neste Estado, posto que o pugnado benefício da Redução da Base de Cálculo, somente alcança os produtos fabricados no Estado da Bahia.

Todavia, nesse diapasão, o Autuante, reconhece a pertinência das alegações da Autuada, no que se refere ao Leite Longa Vida da marca "LEITISSÍMO", porquanto, este é efetivamente fabricado no Estado da Bahia. Desse modo, foram procedidos os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 06 e 07.

Com a finalidade de sanear a infração o PAF foi diligenciado ao autuante, para que expurgasse do demonstrativo da infração os produtos leite em pó, composto lácteo em pó e formula infantil, constantes do período de 01/08/2013 a 31/12/2013, momento em que foram fornecidos ao contribuinte, cópias impressas do Anexo 7, corrigido, fls. 371 a 379 do PAF.

O Autuado alega que existe conflito entre os arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, "g", da CF/88 e o inciso XXXV, art. 87 do RICMS/97-BA, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%, pois a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, afronta o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna. Para tanto, transcreve emendas de acórdãos proferidos pelas 2ª e 11ª Varas da Fazenda Pública de Salvador, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal Federal.

A saída de "Leite Tipo Longa Vida" a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado na Bahia, ou não, infringe o Art. 87, XXXV, do RICMS/97-BA, que concede uma redução de base de cálculo para a carga tributária de 7% apenas aos produtos fabricados no Estado.

Com relação à origem do referido produto, destacamos que as únicas marcas comerciais fabricadas no Estado da Bahia são a Valedourado e a Alimba, produzidas pela empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob Inscrição Estadual 51.109.077 e CNPJ 09.342.379/0097-34. Para estas duas marcas foram consideradas a redução da base de cálculo de 58,82%,

redundando numa carga tributária de 7% e que nenhuma delas consta nos relatórios desta infração. Todas as demais marcas de "Leite Tipo Longa Vida" e que integram esta infração são fabricadas fora do Estado da Bahia e, portanto, sujeitas a alíquota de 17%.

Com relação ao argumento de que a Constituição não permite tal distinção, a teor do que dispõe o art. 167, inciso I, do RPAF/99, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei.

Acompanho o posicionamento adotado pelo autuante, com relação ao leite fabricado em outras unidades da Federação, e ressalto que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual já firmou posicionamento pela procedência desta infração, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0007-11/15 proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto ao vinagre o Autuante, reconhece a pertinência das alegações contidas no primeiro parágrafo da sua peça de defesa, acostada à fl. 42 do PAF em lide, em relação ao produto CREME ACETO PAGANINI FRUTI 250ML, em virtude deste, ser efetivamente Vinagre, e por tal, beneficiado com a redução da Base de Cálculo em 58,825% consoante norma contida no Art. 268, XXVII do Dec. 13.780/12. Retificou o demonstrativo da infração, a partir do expurgo dos valores indevidamente cobrados, nos Anexos 06 e Anexo 07, os quais foram substituídos pelos Anexo 06 - CORRIGIDO e ANEXO 07 - CORRIGIDO

No que diz respeito ao produto MARGARINA, quanto à correta classificação dos produtos, MARG BECEL PROACTIV 250g e BECEL MANTEIGA 250G concordo com o entendimento de que o primeiro produto, não é efetivamente Margarina e sim, CREME VEGETAL, logo, produto diverso de Margarina e assim sendo, não contemplado com o benefício da Redução da Base de Cálculo, previsto no Art. 87, XXXI do RICMS - Dec. 6.284/97; e 268, XXVII do RICMS - Dec. 13.780/12.

Quanto ao segundo produto, intitulado pela Impugnante, como BECEL MANTEIGA 250, ao qual o contribuinte atribui a classificação como MANTEIGA e por tal, passível se um suposto benefício de Redução da Base de Cálculo, que reduziria a gravação tributária pelo ICMS, para a alíquota efetiva de 12%, consoante norma contida no Art. 266, XIX, do RICMS - Dec. 13.780/12, o benefício fiscal, também não lhe seria concedido, ainda que manteiga fosse, em virtude deste, ser outorgado apenas, às empresas fabricantes do produto, estabelecidas no Estado da Bahia, consoante a norma supracitada; todavia, não é esta a atividade da Impugnante.

Diante do exposto o autuante produz novos demonstrativos de débito CORRIGIDO, fls. 366 a 369, e ANEXO 07 - CORRIGIDO, fls. 371 a 379, remanescendo um crédito total de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 04 no valor de R\$107.894,85; no que concordo. Infração procedente em parte.

Na infração 06 está sendo exigido ICMS por erro na aplicação da alíquota, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. A Autuada alega que o Autuante desconsiderou as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com isenção, tais como: iogurte, derivados de farinha de trigo, produtos hortifrutícolas, brinquedos, isotônicos e energéticos, absorvente, chocolate, os quais analisaremos de forma individualizada:

a) - IOGURTE

Quanto as alegações da Autuada, referentes ao item IOGURTE, estas não são procedentes, haja vista, que classificou generalizadamente os produtos, como "IOGURTE", sem observar a sua real identidade. Assim procedendo, considerou uma espécie (Iogurte), como se gênero fosse.

Ocorre, que existe tratamento tributário diverso, entre as espécies lácteas, como sejam: IOGURTE - NCM 0403.10.00 (Regime de Antecipação Tributária - ICMS); Bebidas Lácteas e Leite Fermentado - NCM 0403.90.00 (Regime Normal de Tributação - ICMS) decorrendo daí, a autuação fiscal em tela. Nesse diapasão, o autuante reconheceu parcialmente, a pertinência das alegações da Autuada, somente, quanto ao produto "IOG NAT DESN BETANIA 170G", porquanto, efetivamente, trata-se de IOGURTE.

Quanto ao produto nomeado pela Impugnante como sendo, "IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G", paradoxalmente, a prova documental apresentada pela defendente, constante na fl. 125 do PAF, volta-se contra a suplicante, haja vista que informa a exata natureza do produto, como sendo "COALHADA" produto não somente diverso de Iogurte em suas propriedades alimentares, bem como, sob o ponto de vista do regime tributário do ICMS, como seja, Iogurte - Mercadoria tributada pelo Regime de Antecipação Tributária; enquanto, a Coalhada, submete-se ao Regime Normal.

O autuante apresenta novo demonstrativo intitulado como ANEXO 10 - CORRIGIDO, remanescendo todos os demais produtos, pelas razões fáticas e de direito, supra aduzidas.

b) DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO

Quanto aos derivados de farinha de trigo, ocorre, que o Impugnante, desconsiderou de que são excluídas do Regime de Antecipação Tributária, as MASSAS FRESCAS, as quais se encontram incluídas na posição

1902.30.00, não fazendo parte, do grupo de classificação 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo) e sim, do grupo 1902.30 (outras massas alimentícias), não sendo alcançadas pelo Regime de Antecipação Tributária.

Quanto aos produtos, "BOLO FUBÁ" e "BOLO MILHO 320", não são derivados de Farinha de Trigo, submetendo-se portanto, ao Regime Normal de Tributação pelo ICMS.

No que respeita às provas documentais, trazidas ao Processo pela Impugnante e acostadas às fls. 112 a 114 do PAF, estas, voltam-se contra a própria defendente, porquanto as Massas Frescas constantes nas Notas Fiscais constantes nas Notas Fiscais alusivas às 112 a 114 supracitadas, emitidas pelo fabricante dos produtos, comprovam o correto tratamento tributário aplicável, ou seja, o da tributação Normal e não o do Regime de Antecipação Tributária, pretendido pela Autuada.

Todavia, o autuante reconhece a pertinência das alegações da Autuada, quanto aos produtos: TUBETE REC CHO AVELA BARION 50g; TUBETES REC CHO AVE BARION 150g; PÃO DE ALHO C/QUEIJO 280G e TUBETE 1118 SIMP PAC FLOW 25g; os quais, são efetivamente incluídos no Regime de Antecipação Tributária, e por conta disso, tiveram seus valores devidamente expurgados dos demonstrativos de débito, constantes nos Anexos 10 e 11, substituídos pelos, ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO 11 - CORRIGIDO.

c) PRODUTOS HORTIFRUTÍCOLAS

No que concerne aos produtos hortifrutícolas, a defesa aponta como equívoco do Autuante "a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem a incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção". Nesse passo, arrola as mercadorias "BP JARDINEIRA DE LEGUMES 300G, BPMIX LEGUMES 300G, MANGERICÃO DESIDRATA KITANO 7G, ERVA DOCE KITANO 40g, AÇAFRÃO KIVITA 50g, OREGANO KITANO KITAPACK KITANO 10g, ALECRIM KITANO PET 28g, MANGERICAO KITANO PET 20g, PINHÃO KG, PAPRICA PICANTE KIVI 45g; e reproduz o texto do Art. 265, I, "a" do RICMS/BA (DEC. 13.780/12). Alega também a Impugnante, que a NCM das mercadorias denota que não passaram por nenhum processo de industrialização.

Aduz também a autuada, que a fabricante dos produtos desidratados, interpôs consulta à GECOT, tendo a SEFAZ/BA se manifestado, que os seus produtos são isentos nas saídas internas e gozam de 60% nas saídas interestaduais.

Evoca ainda a Defendente, à fl. 45 da sua peça de defesa (fl. 45 do PAF), que em relação aos hortifrutis, o "congelamento 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".

O autuante passa a analisar, separadamente, o entendimento das questões envolvidas:

BP JARDINEIRA DE LEGUMES E BP MIX DE LEGUMES:

Informa que os legumes são submetidos a um processo industrial que envolve: o descasque, a higienização, corte e acondicionamento. Assim, geram um novo produto, com uma nova identidade: Jardineira ou Mix de Legumes.

PRODUTOS HORTÍCOLAS E DESIDRATADOS

Também resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento. Resultam, portanto, em um novo produto com seu valor econômico potencializado pela adição do processo. São produtos industrializados.

Assim, os produtos hortícolas desidratados, em contraposição às razões de defesa da Autuada, interpostas às fls. 44 a 46 do PAF, resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo, a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento (embalagem). Resultam em um novo produto, ao qual foi agregado valor econômico, gerando uma nova identidade e a qualidade de desidratados, diversa portanto, daqueles em estado natural, os quais são alcançados pelo benefício da Isenção, previsto nos Art. 14, I, "a" do Dec. 6.284/97 - (RICMS - BA) e Art. 265, I, "a" Dec. 13.780/12 - (RICMS - BA).

PINHÃO KG

Semente oleaginosa, cujas características a enquadram como produto sujeito a tributação normal, pelo ICMS (NCM – 0802.90.00), e não há razão para a isenção.

d) BRINQUEDOS E OUTROS PRODUTOS.

Quanto ao argumento de que foram autuados, erroneamente considerados, por se tratarem de brinquedos, sujeitos ao regime de ST, sendo eles: ALMOFADA DECORATIVA, FERRAMENTAS ELÉTRICAS, BAL. SORT. ZERINHO 100, BALÃO CORAÇÃO 6 VERM, BALÃO L.65 VD LIMÃO, BALÃO LISO 65 LILAS, BALÃO LISO 65 PRETO, CONJUNTO DE CHA 14PCS, FRIGIDEIRA ACESSÓRIO, KC BALÃO 250 SORT, KC BALÃO AMAR. C/50. KC BALÃO AZ C/50, KC BALÃO ROSA C/50, KC BALÃO VERM C/50, PISC INF 128L 57403

128 L, PISCINA DE BOLINHA, PISCINA ESTRELA DO MAR, PISCINA INFANTIL FLORES PLAST, POLTRONA GUARUJA 58889 e POLTRONA PISC DOBRAV.", o autuante, em contraposição, aduz que estão sujeitos ao regime normal de tributação, e reproduz as classificações fiscais, constantes na TIPI, e reafirma a manutenção dos mesmos na exigência fiscal.

e) ISOTÔNICOS E ENERGÉTICOS

Quanto aos isotônicos e energéticos, o autuante refuta que os produtos CITRUS INDAIÁ UVA BM 330 ML, SKINKA Frutas Verm, 450 ml. Skinka frutas Rxas, 450 ml, estão sujeitos ao regime de pauta fiscal, de acordo com a Instrução Normativa 04/2009, posto que se tratam de suco de frutas, e como tal não se encontram enquadrados no regime de antecipação tributária. Junta rótulos dos produtos, indicando a sua real identidade: Suco. Reafirma a manutenção da cobrança deste item.

f) ABSORVENTE

O autuante reconhece a pertinência das alegações da Autuada, contidas em sua peça defensiva (fls. 47 e 48 do PAF), quanto aos produtos ABS P SEIOS YORK C 12 e ABS P/SEIOS YORK 30UN, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 9619.00.00). Assim sendo, terão seus valores devidamente expurgados do demonstrativo de débito, constante no Anexo 10 o qual será substituído pelo ANEXO 10 – CORRIGIDO.

g) CHOCOLATE

Reconhece a pertinência das alegações, quanto aos produtos: MMS CHOCOLATE BRAN 40GR, MM SG AMENDOIM 25G 24 X 18 25G e MM SG CHOC AO LEIT 25G 24 X 18 25G, haja vista, que se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 1806.90.00), os quais terão seus valores devidamente expurgados no demonstrativo de débito, constantes nos Anexos 10, Anexo 11 os quais serão substituídos pelos: ANEXO 10 - CORRIGIDO e ANEXO XI - CORRIGIDO;

Efetuada os necessários expurgos, remanesceu um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Estadual, referente à INFRAÇÃO 06 no valor de R\$286.158,70, no que concordo. Infração parcialmente procedente.

Quanto às Infrações 07 e 08, o autuante efetuou as verificações das notas fiscais suscitadas pela defesa, e quando comprovados os registros dos documentos fiscais, promoveu os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários, constantes nos Anexos 12, 13, 14, e 15, os quais, foram substituídos pelos: ANEXO 12 - CORRIGIDO; ANEXO 13 - CORRIGIDO; ANEXO 14 - CORRIGIDO e ANEXO 15 - CORRIGIDO, respectivamente.

Não acato a alegação de que o sujeito passivo não estaria obrigado a registrar os documentos fiscais referentes às mercadorias rejeitadas na sua entrega.

É que as infrações são decorrentes da falta de escrituração de notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ, quando da entrada, respectivamente, de mercadorias tributáveis e não tributáveis. Desta forma, o levantamento fiscal que originou a presente infração não é proveniente de um sistema de Controle de Fronteiras, montado pela Administração Fazendária do Estado da Bahia, no qual registra todas as entradas e saídas de mercadorias originadas de outros Estados ou destinadas a outras Unidades da Federação, como ressaltaram os autuantes.

A captura dos referidos documentos fiscais, como antigamente, pelo CFAMT, tornou-se desnecessário com o advento do SPED, que criou a nota fiscal eletrônica, cuja existência é apenas digital, em conformidade com o § 1º da cláusula primeira do ajuste SINIEF 07/05.

O ponto central da defesa, repetidamente relatada pelo Autuado, consiste no fato de que as mercadorias não chegaram a ingressarem seu estabelecimento, por terem sido rejeitadas. Ocorre que quando as mercadorias retornam por meio do próprio DANFE, após as devidas observações do destinatário, o remetente é obrigado a emitir nota fiscal de entrada, fazendo menção a chave do documento fiscal de origem, conforme pode ser verificado em parte da tabela abaixo extraído do Anexo I (Leiaute da NF-e) do Manual de Orientação dos contribuintes emissores de NF-e:

#	ID	Campo	Descrição	Ele	Pai	Tipo	Ocorrência	tamanho	Dec.	Observação
17	B13	refNF-e	Chave de acesso da NF-e referenciada	CE	B12a	N	1-1	44		Utilizar esta TAG para referenciar uma Nota Fiscal Eletrônica emitida anteriormente, vinculada a NF-e atual.

Esta exigência permite que o Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal (SIAF) gere uma rotina prevendo tal situação. Além disso, a Cláusula sétima, § 7º, do acima citado ajuste SINIEF, determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminha ou disponibiliza download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e.

Outrossim, o reclamante pode verificar a autenticidade dos documentos por meio da rede mundial de computadores em site específico, em consonância com a cláusula décima quinta do mencionado ajuste (SINIEF 07/05).

Portanto, cabe ao Impugnante desconstituir a presunção mediante provas que disponha, o que não foi feito em sua totalidade.

Tal fato enseja as situações previstas nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal.

Esse é o entendimento que vem se tornando predominante nesse Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, conforme pode ser constatado nos acórdãos proferidos nas câmaras superiores de nºs 0022-12/14, 0389-11/14, 0085-12/15, 0134-11/15, 0239-03/15 e 0301-12/15, especialmente este último por trazer um embasamento mais completo, reunindo todos os argumentos das decisões mais recentes.

Diante do exposto, o autuante reafirma a manutenção parcial das Infrações 07 e 08 após terem sido efetuados os necessários expurgos, decorrentes da localização dos registros fiscais dos documentos, originariamente considerados como ausentes, foram produzidos os Anexo 12 - CORRIGIDO; Anexo 13 - CORRIGIDO; Anexo 14 - CORRIGIDO e Anexo 15 - CORRIGIDO, que substituem os originários Anexos 12, 13, 14 e 15, respectivamente.

Desse modo, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Estadual, referente às: INFRAÇÃO 07 - R\$6.323,51 e INFRAÇÃO 08 - R\$6.718,79, no que acompanho.

Quanto à alegação de confisco da multa aplicada, a apreciação de matéria que envolve inconstitucionalidade, extrapola o campo de competência legal deste CONSEF, a teor do que dispõe o art. 167, I do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Ressalto a existência de previsão legal para redução das multas aplicadas conforme a norma contida no Art. 45, e 45-B, da Lei 7014/96 de 04/12/1996.

Em conclusão, concluo pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, assim discriminado: 1) INFRAÇÃO 01 - Improcedente 2) INFRAÇÃO 02 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (manteve-se silente): valor total de R\$7.822,43 ; 3) INFRAÇÃO 03 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (manteve-se silente) valor total de R\$3.092,43; 4) INFRAÇÃO 04 - Mantida parcialmente; Valor total de R\$107.894,85; 5) INFRAÇÃO 05 - Reconhecida tacitamente pela Autuada, (manteve-se silente) Valor total de R\$5.779,72; 6) INFRAÇÃO 06 - Mantida parcialmente: Valor total de R\$286.158,70; 7) INFRAÇÃO 07 - Mantida parcialmente. Valor total R\$6.323,51; 8) INFRAÇÃO 08 - Mantida parcialmente - Valor total de R\$6.718,79.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 06)

Cumpra inicialmente observar que a nossa divergência em relação ao voto proferido pela Sra. Relatora deste PAF se restringe à exigência de ICMS, na infração 06, sobre as saídas promovidas pelo estabelecimento autuado dos produtos classificados com “iogurtes”, adquiridos pelo contribuinte em operações acobertadas por nota fiscais emitidas por seus fornecedores com a devida retenção do ICMS por substituição tributária (ICMS-ST). Trata-se, portanto, de divergência parcial, ou seja, não alcança a totalidade das cobranças lançadas no item 06 do Auto de Infração.

O produto iogurte, classificado na posição NCM 0403.1, é mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária interna na legislação do Estado da Bahia e se encontra listado no anexo I do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/2012), no item 21, com a seguinte descrição: Iogurte - 0403.1 – MVA's nas operações interestaduais: 56,87% (Alíq. 7%); 48,43% (Alíq.12%) e 40% (MVA nas operações internas)

A título de exemplo a defesa anexou na peça impugnatória, para fins meramente ilustrativos das suas alegações, a Nota Fiscal de aquisição nº 052.983 (doc. fl. 125), que documenta a entrada desses produtos no estabelecimento autuado com a correspondente retenção do ICMS-ST na etapa de circulação promovida pelo estabelecimento fornecedor/fabricante. Em relação a todos os produtos enumerados naquele documento fiscal, abrangendo iogurtes naturais, integrais, desnatados, coalhada e adicionados com mel, a exigência de ICMS na saída subsequente é indevida, pois trata-se, conforme já ressaltado acima, de operações com mercadorias que estão enquadradas no regime da ST interna e nova cobrança de imposto implicaria em “bis in idem” tributário (dupla tributação), situação que é vedada em nosso ordenamento jurídico, especialmente em razão do fato das operações anteriores terem sido tributadas por antecipação, com encerramento da incidência do imposto nas etapas posteriores de circulação das mercadorias.

Pelas razões acima expostas acolho as alegações defensivas quanto à inexigibilidade do ICMS nas saídas

subsequentes dos produtos classificados como “iogurtes”, da posição na NCM 0403.1.000, cujas operações devem ser excluídas do Auto de Infração, englobado as exigências fiscais que recaíram sobre os seguintes itens: IOGURTE DESN BETANIA MEL 900G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA AMEIXA 180G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA BANMAC 180G, IOGURTE LIQ NATURIS SOJA MORANG 180G, IOGURTE NAT DESN BETANIA 170G, IOGURTE BETANIA MORANG 900G, IOGURTE LIQ MOR NESTL 180G, IOGURTE LIQ PES NESTL 180G, IOGURTE POLPA CHAMYT.CER NESTLE 130G, IOGURTE. LIQ LIGHT MOLICO 170G, IOGURTE. LIQ. MOLICO DUAL AMEIXA 170G, IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G, IOGURTE NATURIS SOJA BANMAC 400G, IOGURTE NATURIS SOJA FRU VERM 400G, tudo conforme descrição contida nas Notas Fiscais integrante do anexo (doc. 04 da peça de defesa).

Deixo, todavia, de proceder à quantificação dessas exclusões no Demonstrativo de Débito da Infração 06, visto que o nosso entendimento não foi acolhido pelos demais membros do colegiado da Junta de Julgamento e a apuração dos novos valores demandaria a remessa dos autos para que o autuante elaborasse outro Demonstrativo com as retiradas das operações de saídas dos iogurtes.

Em relação às demais ocorrências do Auto de Infração acompanho o voto proferido pela Sra. Relatora.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Irresignado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente atesta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos que ensejaram a autuação.

Preliminarmente aponta a nulidade do lançamento fiscal diante da preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da acusação fiscal.

Afirma que o Autuante, no corpo do Auto de Infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal (planilha), no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados. Todavia, A premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo, sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal, não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário. E a liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Deste modo, requer a nulidade do procedimento fiscal, com base no art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99.

No mérito, quanto a infração 4, em relação aos produtos leite longa vida, aduz que a acusação fiscal entendeu que a Recorrente teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto, uma vez que utilizou a carga tributária diversa a que deveria ser (17%).

Todavia, aponta que a exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS/2012, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações com leite em pó e composto lácteo, no período autuado. Assim, não havendo recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota, chega-se a conclusão de que os valores apresentados pelo Autuante são improcedentes, já que a carga tributária disposta na legislação estadual foi devidamente observada pela Recorrente.

Discorre sobre a improcedência da 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.

Cita sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal).

Em relação a margarina (MARG BECEL PROACTIV 250g), informa que a fiscalização e o acórdão

recorrido entenderam que o citado produto não é margarina, mas creme vegetal, razão pela qual não possuiria a redução da base de cálculo do ICMS para 7%, nos termos do art. 268, XXVII do RICMS/2012.

Contudo, aponta que o Autuante, em sua planilha fiscal, ao indicar o NCM (15171000) da nota fiscal, informa que produto se trata de margarina. E assim sendo, sua base de cálculo é reduzida de forma que o ICMS resulte na carga tributária de 7%.

Assim, defende que não procede a acusação fiscal.

Em relação ao item manteiga (BECCEL MANTEIGA 250G e 500G), diz que segundo a fiscalização e o acórdão recorrido, apenas a manteiga, fabricada no Estado, gozaria da redução de base de cálculo, cuja carga tributária corresponderia ao percentual de 12%, conforme art. 266, XIX, do RICMS/2012.

Todavia, como descrito no item acima (leite longa vida), afirma novamente que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado a manteiga produzida fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Assim, improcedente a infração 4.

No pertinente a infração 6, que versa sobre falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, aponta que dentre os produtos listados pela fiscalização estão aqueles sujeitos ao regime de substituição tributária ou com isenção:

a) Iogurte: IOG DESN BETANIA MEL 900G, IOG LIQ NATURIS SOJA AMEIXA 180G, IOG LIQ NATURIS SOJA BANMAC 180G, IOG LIQ NATURIS SOJA MORANG 180G, IOG NAT DESN BETANIA 170G, IOGURTE BETANIA MORANG 900G, IOG LIQ MOR NESTL 180G, IOG LIQ PES NESTL 180G, IOG POLPA CHAMYT. CER NESTLE 130G, IOG. LIQ LIGHT MOLICO 170G, IOG.LIQ.MOLICO DUAL AMEIXA 170G, IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G, IOG NATURIS SOJA BANMAC 400G, IOG NATURIS SOJA FRU VERM 400G.

Afirma que o Autuante reconheceu que, sendo iogurte o produto IOG NAT DESN BETANIA 170G, este foi excluído da exigência fiscal. Contudo, deixou de excluir o mesmo produto IOG DESN BETANIA MEL 900G, cuja diferença é o sabor do iogurte. E que, para os demais iogurtes citados, desconsidera a fiscalização que estão sujeitos a substituição tributária por força do item 21, do anexo 1, do RICMS/BA, razão pela qual não são tributados na saída.

b) Derivados de farinha de trigo: MASSA FOLHADA LAMIN M LEVE 300G, MASSA PASTEL FESTA M.LEVE 500G, MASSA PASTEL FORNO M.LEVE 300G, NHOQUE MASSA LEVE 500G, PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, BOLO FUBA, BOLO MILHO 320G, MAS PIZZA MD C 2 MAS LEVE 280G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, MASSA MINI PIZZA LUITTI 300G, MASSA PAST CUMB MASS LEVE 200G, MASSA PASTEL M LEVE 400G CUMB, MASSA PIZZA MEDIA C2 LUITTI 300G, todos classificados nas NCMs 1902.1, 1905 e 1902.3:

Explica que as MASSAS são derivados de farinha de trigo (item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/2012), estando sujeito a substituição tributária (NCM 1902.1 e 1905), ao contrário do afirmado pela fiscalização que tenta enquadrar o produto na NCM 1902.3 (outras massas alimentícias), fato que foi comprovado pela Recorrente em sua defesa administrativa, através de nota fiscal (doc. 04 da Impugnação), sendo possível verificar o regime tributário diretamente nas notas fiscais juntadas aos autos, onde é possível constatar o enquadramento das mercadorias na norma Bahia.

No que tange ao produto BOLO DE MILHO, salienta que a sua composição possui a mesma quantidade de farinha de milho e de trigo.

Quanto aos produtos hortifrutícolas, afirma que os produtos BP JARDINEIRA LEGUMES 300G, BP MIX LEGUMES 300G, MANGERICAO DESIDRATA KITANO 7G, ERVA DOCE KITANO 40g, ACAFRAO KIVITA 50g, OREGANO KITANO 3G, OREGANO KITAPACK KITANO 10g, ALECRIM KITANO PET 28g, MANGERICAO KITANO PET 20g, PINHAO KG, PAPRICA PICANTE KIVI 45g são isentos de ICMS, com

base no art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12). E que o Convênio 44/75, mencionado pelo dispositivo acima transcrito, traz expressamente a previsão para a isenção do produto em questão.

Cita decisões judiciais e afirma que improcede o argumento do acórdão recorrido de que são produtos industrializados, pois passam pelos processos de corte, seleção, higienização, desidratação, secagem 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.

Quanto a brinquedos e outros produtos, ALMOFADA DECORATIVA, FERRAMENTAS ELETRICAS, BAL.SORT ZERINHO 100, BALAO CORACAO 6 VERM VERM, BALAO L.65 VD.LIMAO, BALAO LISO 65 LILAS, BALAO LISO 65 PRETO, CONJUNTO CHA 14PCS, FRIGIDEIRA ACESSORIO, KC BALAO 250 SORT, KC BALAO AMAR.C/50, KC BALAO AZ C/50, KC BALAO ROSA C/50, KC BALAO VERM C/50, PISC INF 128L 57403 128L, PISCINA DE BOLINHA, PISCINA ESTRELA DO MAR, PISCINA INFANTIL FLORES PLAST, POLTRONA GUARUJA 58889 e POLTRONA PISC DOBRAV, afirma que não foi observado pelo julgador de piso que tais itens encontram-se na substituição tributária, conforme item 7, do Anexo 1, do RICMS/BA.

Segue no mesmo entendimento quanto aos itens CITRUS INDAIA UVA BM 330ML, SKINKA FRUTAS VERMELHAS 450ml e SKINKA FR ROXAS 450ML, tendo a fiscalização entendido como se tais itens não fossem considerados isotônicos/energéticos, conforme IN 04/2009.

Quanto as infrações 7 e 8, a Recorrente alega que comprovou que a) as operações foram devidamente registradas, as quais foram excluídas do lançamento fiscal; e que b) não estaria obrigada a registrar operações cujas mercadorias não recebeu. Assim, diante desse contexto, observa-se que o valor remanescente também está improcedente, eis que: não existe obrigatoriedade de registrar nota fiscal, cuja mercadoria não ingressou no estabelecimento da Recorrente.

Segue explanando sobre a competência normativa do Decreto, bem como da produção de provas pelo Fisco e do poder de fiscalizar da administração pública.

Atesta a exorbitância da multa aplicada e seu caráter desproporcional e confiscatório, requerendo, por fim, o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Recorrente pede, 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.

Requer, também, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN), bem como a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8)

Preliminarmente, quanto à alegação de que haveria nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação nos autos dos documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo, as mesmas não devem prosperar, uma vez que todos os documentos fiscais que ensejaram a presente autuação encontram-se presentes no PAF, em demonstrativos e em mídia digital anexada, tendo sido entregues ao autuado, que produziu, de forma pormenorizada sua defesa nos autos, em conformidade com os preceitos da ampla defesa e do contraditório.

Da análise do Recurso de Ofício, este se deu em virtude da desoneração realizada em revisão fiscal efetuada pelo próprio autuante em sede de informação fiscal as quais foram acatadas pela Junta de Julgamento Fiscal.

Além das reduções em sede de informação, a junta de julgamento julgou Improcedente a infração 01, bem como entendeu pela retirada dos produtos da infração 04 “leite em pó”, “composto lácteo” e “fórmula infantil”, constantes do período de 01/08/2013 a 31/12/2013, eis que a redução de base de cálculo de 7%, prevista no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, sofreu alterações durante o período autuado, pois até 31/07/2013, só era citado o produto leite em pó. A partir de 01/08/2013, o benefício foi estendido ao produto composto lácteo em pó. Mas a partir de 01/01/2014, o benefício foi restringido aos produtos fabricados no Estado da Bahia.

Quanto à Improcedência da infração 01, a qual versa sobre uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente a materiais utilizados para acondicionamento, transporte e movimentação de mercadorias, tais como Pallets, Caixas Plásticas, Camisão Térmico etc.

A Junta, de forma acertada, constatou que: *embora o sujeito passivo tenha se creditado desses valores, de operações contempladas com isenção, também se debitou, posteriormente, nas saídas, embora indevidamente, o que neutralizou o crédito fiscal indevido e assim não houve repercussão econômica. Portanto, embora tenha irregularmente se creditado de tais operações, também restou caracterizado o indébito fiscal e, conseqüentemente não cabe a exigência da glosa dos créditos fiscais exigidos na infração 01. Essa decisão tem sido mantida em sede de Recurso, neste CONSEF, a exemplo do Acórdão C/JF nº 0147-12/17 e C/JF Nº 0177-11/15.*

No pertinente às considerações dos produtos leite em pó e composto lácteo, inclusive fórmula infantil nos períodos compreendidos entre 01/08/2013 a 31/12/2013, agiu a julgadora de piso em conformidade com as alterações da legislação em vigor, em respeito ao princípio da legalidade, sendo as exclusões de tais itens da infração 04 incontestáveis.

Ademais, foi reconhecida pelo autuante e acatada pela Junta a exclusão dos produtos:

- Leite Longa Vida Leitíssimo, uma vez que o próprio autuante comprovou que se trata de produto produzido no Estado da Bahia, fazendo jus à redução de 7%;
- CREME ACETO PAGANINI FRUTI 250ML tendo o contribuinte efetivamente comprovado tratar-se de Vinagre, e por tal, beneficiado com a redução da Base de Cálculo em 58,825% consoante norma contida no Art. 268, XXVII do Decreto nº 13.780/12.

Assim, a infração 4 passou de R\$488.652,44 para R\$107.894,85.

A infração 6 trata de cobrança de ICMS por erro na aplicação da alíquota, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. A Autuada alega que o Autuante desconsiderou as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou com isenção, tais como: iogurte, derivados de farinha de trigo, produtos hortifrutícolas, brinquedos, isotônicos e energéticos, absorventes e chocolate.

Em revisão fiscal, o autuante reconheceu parte das alegações do contribuinte, as quais também foram acatadas pela julgadora de piso. Vejamos:

Quanto ao item IOGURTE, afirmou a autuação, sendo acompanhada pela Junta, em caráter não unânime, que o contribuinte classificou generalizadamente os produtos, como "IOGURTE", sem observar a sua real identidade. Apurando os documentos apresentados pela autuada, o agente fiscal reconheceu que o produto “IOG NAT DESN BETANIA 170G” refere-se efetivamente ao item iogurte.

Em relação aos itens abarcados no tópico “DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO”, a autuação reconheceu a pertinência das alegações da Autuada de que os produtos: TUBETE REC CHO AVELA BARION 50g; TUBETES REC CHO AVE BARION 150g; PÃO DE ALHO C/QUEIJO 280G e TUBETE 1118 SIMP PAC FLOW 25g; são efetivamente incluídos no Regime de Antecipação Tributária. Assim, tais itens foram retirados da autuação, tendo a Junta de Julgamento Fiscal, acertadamente, acompanhado tal decisão.

Outro item que sofreu alteração foi o de ABSORVENTES. Reconheceu a autuação que ABS P SEIOS

YORK C 12 e ABS P/SEIOS YORK 30UN se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 9619.00.00), sendo incontroversa a sua exclusão da autuação, com a qual concordou a Junta de Julgamento Fiscal.

Assim também procedeu em relação ao grupo dos CHOCOLATES, reconhecendo que os itens MMS CHOCOLATE BRAN 40GR, MM SG AMENDOIM 25G 24 X 18 25G e MM SG CHOC AO LEIT 25G 24 X 18 25G se encontram efetivamente, incluídos no Regime de Antecipação Tributária, (NCM 1806.90.00), tendo a Junta referendado tal retirada.

Conclui-se assim que a infração 06 foi corretamente ajustada, passando do valor original de R\$291.061,30 para R\$286.158,70.

Já nas infrações 7 e 8, a autuação efetuou as verificações das notas fiscais suscitadas pela defesa, e quando comprovados os registros dos documentos fiscais, promoveu os competentes expurgos nos demonstrativos de débito originários. A Junta, da análise da documentação, acatou os trabalhos realizados, eis que decorrentes da localização dos registros fiscais dos documentos, originariamente considerados como ausentes, sendo coerentes as revisões realizadas.

Deste modo, a infração 7 passou de R\$19.883,00 para R\$6.323,51 e a infração 8 passou de R\$14.530,97 para R\$6.718,79.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passemos então à análise do Recurso Voluntário.

Quanto ao remanescente da infração 4, restam em discussão: leite longa vida, margarina e manteiga.

Quanto ao leite longa vida produzido em outro Estado, não cabe o entendimento do Recorrente.

A 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.

A 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.”*

Em relação ao item MARG BECEL PROACTIV 250g, o qual a recorrente afirma que se trata de margarina, fazendo jus a redução da base de cálculo do ICMS para 7%, nos termos do art. 268,

XXVII do RICMS/2012, a autuação entende que se trata de creme vegetal, o qual sofre tributação normal.

Quanto ao item BECEL MANTEIGA 250, a recorrente defende ser cabível a redução de base de cálculo, cuja carga tributária corresponderia ao percentual de 12%, conforme art. 266, XIX, do RICMS/2012. Todavia, para a autuação, o produto é classificado como CREME VEGETAL SABOR MANTEIGA. E mais, afirma ainda que se manteiga fosse, em virtude deste ser outorgado apenas às empresas fabricantes do produto, estabelecidas no Estado da Bahia, consoante a norma supracitada, esta, não é esta a atividade da ora recorrente.

Pois bem.

Compulsando os elementos no processo e em pesquisa realizada, de fato, os produtos aqui questionados dizem respeito a creme vegetal.

Deste modo, tais itens devem ser mantidos na autuação, restando improcedente as alegações de defesa.

No pertinente a infração 06, a qual trata de cobrança de ICMS por erro na aplicação da alíquota, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, a recorrente insurgiu-se contra os produtos que remanesceram.

Em relação aos iogurtes, restou claramente demonstrado pela autuação que, apesar da nomenclatura, assim como no caso acima da margarina e manteiga que na verdade são creme vegetal, as mercadorias aqui autuadas, dizem respeito a bebida láctea, leite fermentado, coalhada, alimento com soja.

Todavia, conforme detalhadamente explanado no voto divergente relativo a este item, da lavra do i. Julgador Tolstoi Seara Nolasco, a seguinte situação foi observada:

A título de exemplo a defesa anexou na peça impugnatória, para fins meramente ilustrativos das suas alegações, a Nota Fiscal de aquisição nº 052.983 (doc. fl. 125), que documenta a entrada desses produtos no estabelecimento autuado com a correspondente retenção do ICMS-ST na etapa de circulação promovida pelo estabelecimento fornecedor/fabricante. Em relação a todos os produtos enumerados naquele documento fiscal, abrangendo iogurtes naturais, integrais, desnatados, coalhada e adicionados com mel, a exigência de ICMS na saída subsequente é indevida, pois trata-se, conforme já ressaltado acima, de operações com mercadorias que estão enquadradas no regime da ST interna e nova cobrança de imposto implicaria em “bis in idem” tributário (dupla tributação), situação que é vedada em nosso ordenamento jurídico, especialmente em razão do fato das operações anteriores terem sido tributadas por antecipação, com encerramento da incidência do imposto nas etapas posteriores de circulação das mercadorias.

Assim, defendo a retirada de tais itens da autuação nos mesmos termos da divergência apontada, por ser questão de justiça fiscal.

No pertinente aos derivados de farinha de trigo que foram mantidos na autuação: MASSA FOLHADA LAMIN M LEVE 300G, MASSA PASTEL FESTA M.LEVE 500G, MASSA PASTEL FORNO M.LEVE 300G, NHOQUE MASSA LEVE 500G, PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, BOLO FUBA, BOLO MILHO 320G, MAS PIZZA MD C 2 MAS LEVE 280G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, MASSA MINI PIZZA LUITTI 300G, MASSA PAST CUMB MASS LEVE 200G, MASSA PASTEL M LEVE 400G CUMB, MASSA PIZZA MEDIA C2 LUITTI 300G.

O item 31.1 do Anexo 1 do RICMS/12 é claro ao determinar os itens que seriam abarcados pela substituição ou antecipação tributária. Vejamos:

33	Produtos derivados de farinha de trigo				
33.1	Macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo - 1902.1; 1905; 1902.3	Prot. ICMS 50/05-AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 20% Macarrão instantâneo e pães: 20% Demais produtos: 30%	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 23,87% (Aliq. 4%) 20% (Aliq. 7%) 20% (Aliq. 12%) Macarrão instantâneo e pães: 38,80% (Aliq. 4%) 34,46% (Aliq. 7%) 27,23% (Aliq. 12%) Demais produtos: 50,36% (Aliq. 4%) 45,66% (Aliq. 7%) 37,83% (Aliq. 12%)	Macarrão e outras preparações similares não cozidas: 20% Macarrão instantâneo e pães: 20% Demais produtos: 30%

No texto que diz “e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de

outro modo” denota-se que tal oração diz respeito aos tipos similares de macarrão, não tendo o legislador adentrado nas mercadorias referentes a pizzas, pastel, muito menos bolo.

Todavia, resta configurado que foram mantidos na autuação itens que seriam condizentes com o que determina literalmente o anexo acima apresentado, quais sejam, NHOQUE MASSA LEVE 500G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, defendo a exclusão da autuação, mantendo os demais itens.

Quanto aos produtos hortifrutícolas, 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 N° 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.

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

Quanto aos itens BRINQUEDOS E OUTRO PRODUTOS, quais sejam ALMOFADA DECORATIVA, FERRAMENTAS ELETRICAS, BAL.SORT ZERINHO 100, BALAO CORACAO 6 VERM VERM, BALAO L.65 VD.LIMAO, BALAO LISO 65 LILAS, BALAO LISO 65 PRETO, CONJUNTO CHA 14PCS, FRIGIDEIRA ACESSORIO, KC BALAO 250 SORT, KC BALAO AMAR.C/50, KC BALAO AZ C/50, KC BALAO ROSA C/50, KC BALAO VERM C/50, PISC INF 128L 57403 128L, PISCINA DE BOLINHA, PISCINA ESTRELA DO MAR, PISCINA INFANTIL FLORES PLAST, POLTRONA GUARUJA 58889 e POLTRONA PISC DOBRAV, dizem respeito a itens de decoração de festa e itens de decoração, não fazendo jus à substituição tributária conforme item 7, do Anexo 1, do RICMS/BA.

Em relação aos isotônicos e energéticos CITRUS INDAIA UVA BM 330ML, SKINKA FRUTAS VERMELHAS 450ml e SKINKA FR ROXAS 450ML, restou devidamente comprovado nos autos que, por força de mudança na composição, tais itens deixaram de fazer parte da ST desde 2007, eis que passaram de “repositor energético para atletas” para “bebida mista”, não estando mais na ST.

No pertinente as infrações 7 e 8, o recorrente repisou a mesma linha de defesa trazida na impugnação inicial, eximindo-se de comprovar as supostas mercadorias rejeitadas na sua entrega.

Todavia, em se tratando de obrigações acessórias, com base no que determina o art. 42, §7ª da Lei n° 7.014/96, bem como art. 158 do RPAF/99, uma vez que a empresa recorrente não incorreu em fraude nem prejuízo ao Erário, já que o imposto foi pago, é cabível a redução das multas aplicadas. Vejamos:

Art. 42. (...)

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Assim, vislumbrando o caráter pedagógico da penalidade aplicada, entendo pela redução da multa aplicada em 30% do valor autuado em relação às infrações 7 e 8.

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 de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8)

Com o devido respeito ao entendimento exarado pela d. Conselheira Relatora, venho divergir quanto a alguns aspectos exclusivamente do Recurso Voluntário.

Quanto à infração 6, que trata de cobrança de ICMS m relação aos iogurtes, a i. Relatora entendeu que restou claramente demonstrado pela autuação que, apesar da nomenclatura, assim como no caso acima da margarina e manteiga que na verdade são creme vegetal, as mercadorias aqui autuadas, dizem respeito a bebida láctea, leite fermentado, coalhada, alimento com soja, e defendeu a retirada de tais itens da autuação nos mesmos termos da divergência apontada, por ser questão de justiça fiscal.

Que no pertinente aos derivados de farinha de trigo que foram mantidos na autuação: MASSA FOLHADA LAMIN M LEVE 300G, MASSA PASTEL FESTA M.LEVE 500G, MASSA PASTEL FORNO M.LEVE 300G, NHOQUE MASSA LEVE 500G, PIZZA FRIGIDEIRA SABORI 300G, BOLO FUBA, BOLO MILHO 320G, MAS PIZZA MD C 2 MAS LEVE 280G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, MASSA MINI PIZZA LUITTI 300G, MASSA PAST CUMB MASS LEVE 200G, MASSA PASTEL M LEVE 400G CUMB, MASSA PIZZA MEDIA C2 LUITTI 300G.

Justifica que o item 31.1 do Anexo 1 do RICMS/12 é claro ao determinar os itens que seriam abarcados pela substituição ou antecipação tributária. Que no texto que diz “*e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*” denota-se que tal oração diz respeito aos tipos similares de macarrão, não tendo o legislador adentrado nas mercadorias referentes a pizzas, pastel, muito menos bolo. Que resta configurado que foram mantidos na autuação itens que seriam condizentes com o que determina literalmente o anexo, quais sejam, NHOQUE MASSA LEVE 500G, MASSA FRESCA LAZANHA LUITTI 500G, MASSA LASANHA LUITTI 400G, e defendeu a exclusão da autuação, mantendo os demais itens.

Entendo não ser possível uniformizar o tratamento tributário diverso, entre as espécies lácteas, como esclarecido no voto recorrido - IOGURTE - NCM 0403.10.00 (Regime de Antecipação Tributária - ICMS); Bebidas Lácteas e Leite Fermentado - NCM 0403.90.00 (Regime Normal de Tributação - ICMS) decorrendo daí, a autuação fiscal em tela e que no exemplo do "IOGURTE COALHADA IND VIGOR 170G", a prova documental apresentada pela defendente, é contrária à pretensão defensiva, pois informar como sendo "COALHADA" um produto claramente diverso de Iogurte em suas propriedades alimentares, bem como, sob o ponto de vista do regime tributário do ICMS, como seja, Iogurte - Mercadoria tributada pelo Regime de Antecipação Tributária; enquanto, a Coalhada, submete-se ao Regime Normal.

Também concordo quanto aos derivados de farinha de trigo, pois as MASSAS FRESCAS, as quais se encontram incluídas na posição 1902.30.00, não fazendo parte, do grupo de classificação 1902.1 (massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo) e sim, do grupo 1902.30 (outras massas alimentícias), não sendo efetivamente alcançadas pelo Regime de Antecipação Tributária e os produtos, "BOLO FUBÁ" e "BOLO MILHO 320", sequer são derivados de Farinha de Trigo, submetendo-se portanto, ao Regime Normal de Tributação pelo ICMS.

Assim, mantenho integralmente a infração 6, nos termos do voto recorrido.

Quanto às infrações 7 e 8, por descumprimento de obrigação acessória, entendo não ser

pertinente a redução, primeiro que no próprio CTN, art. 136, a responsabilidade por infrações em regra tem caráter objetivo cuja interpretação independe da aferição de dolo ou culpabilidade, e os valores são ínfimos quando comparados com o porte do contribuinte. Reduzir a infração corresponde a um quase incentivo de continuar na prática deste tipo de infração, sem maiores preocupações, além do que é certo que as multas inclusive para mercadorias tributadas (infração 7) foram reduzidas de 10% para 1%, quando a própria Lei nº 7.014/96 autoriza o lançamento não da multa, mas do imposto, a uma alíquota de 17%, conforme trecho da lei abaixo:

Art. 4º, § 4º - Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;

Assim, entendo que o Recorrente foi beneficiado com a multa de valor extremamente baixo em comparação com a presunção legal de lançamento do imposto, já que o autuante preferiu multar por descumprimento de obrigações acessórias.

Face ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantenho a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0010/15-7**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$410.748,13**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$13.042,30**, previstas nos incisos IX e XI da citada lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8) – Conselheiros: Ildemar José Landin, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva e Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário – Infrações 6, 7 e 8)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS