

PROCESSO - A. I. N° 298629.0015/20-6
RECORRENTE - CARMO OLIVEIRA MERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0227-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0299-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Revisão fiscal levada a efeito pela autuante excluiu do lançamento as operações relacionadas a mercadorias isentas e aquelas enquadradas no regime da substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. As operações com leite em pó, fabricados fora deste Estado, à época da ocorrência dos fatos geradores, não possuíam o benefício da redução da carga tributária. Acusação mantida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0227-04/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$48.000,73 pelo cometimento de 05 infrações nos períodos de Fevereiro/2016 a Dezembro/2017, embora, somente as seguintes infrações, sejam objeto do presente recurso.

***Infração 03 – 02.01.03** - “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Anexos V e VI”. Valor lançado R\$ 33.421,19, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 04 – 03.02.02** - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Anexos VII e VIII”. Valor lançado R\$ 10.412,58, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 57 a 64), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 102 a 105), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JFJ que após análise julgou Procedente em Parte, nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração sob análise imputou ao autuado o cometimento de cinco infrações, das quais, houve o reconhecimento integral pelo mesmo da infração 05, no valor de R\$ 1.801,41, a qual fica mantida.

Em relação às demais infrações, 01, 02, 03 e 04, o autuado as reconheceu parcialmente, tendo, inclusive, juntado à fl. 54, extrato de parcelamento de débito nº 267821-7, datado de 29/01/2021, cujo valor do débito principal reconhecido é no montante de R\$ 28.970,05, emitido pelo Sistema SIGAT, cujas parcelas pagas deverão ser homologadas.

Assim é que, em relação às infrações 01 e 02, que tratam, respectivamente, de utilização indevida de créditos fiscais relacionados a mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e outras sujeitas à antecipação tributária, sobre as quais o autuado indicou os produtos que dariam direito a utilização de tais créditos, por serem tributados normalmente nas operações de saídas, vejo que tais produtos, individualmente destacados pela autuante na informação fiscal, foram examinados pela mesma que acatou integralmente os argumentos defensivos, e elaborou novos demonstrativos de apuração do débito, remanescendo devidas as quantias de R\$ 286,49 para a infração 01 e R\$ 1.401,28 para a infração 02, de acordo com demonstrativo constante no CD-R

de fl. 101, com o que concordo, pelo fato de se tratar de questões eminentemente fáticas, as quais foram apreciadas, acolhidas e detalhadas pela autuante.

Infrações 01 e 02 parcialmente subsistentes, com a seguinte configuração:

Infração 01: 05/16 R\$ 3,85; 06/16 R\$ 28,88; 07/16 R\$ 11,30; 08/16 R\$ 14,92; 09/16 R\$ 7,94; 10/16 R\$ 11,65; 11/16 R\$ 54,25; 12/16 R\$ 7,42. Soma R\$ 140,21.

- 02/17 R\$ 28,66; 03/17 R\$ 12,48; 05/17 R\$ 10,11; 06/17 R\$ 16,70; 07/17 R\$ 13,20; 08/17 R\$ 41,32; 11/17 R\$ 17,49 e 12/17 R\$ 6,32. Soma R\$ 146,28. Total geral R\$ 286,49.

Infração 02: 02/16 R\$ 23,22; 03/16 R\$ 60,19; 04/16 R\$ 48,52; 05/16 R\$ 3,72; 06/16 R\$ 35,60; 07/16 R\$ 21,94; 08/16 R\$ 30,69; 09/16 R\$ 4,32; 10/16 R\$ 24,68; 11/16 R\$ 13,52 e 12/16 R\$ 203,48. Soma R\$ 469,88.

- 02/17 R\$ 30,96; 03/17 R\$ 31,61; 05/17 R\$ 774,03; 08/17 R\$ 35,51; 09/17 R\$ 23,71; 10/17 R\$ 11,86 e 11/17 R\$ 23,72. Soma R\$ 931,40. Total geral R\$ 1.401,28.

No que tange a infração 03, no valor de R\$ 33.421,19 referente a operações tributáveis consideradas como não tributáveis, o autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 22.829,57, enquanto que a autuante, quando da informação fiscal, reduziu o débito para o valor de R\$ 25.683,75, remanescendo a discussão apenas em relação a diferença entre o valor do débito reconhecido e aquele consistente ao reduzido pela autuante.

De maneira que as exclusões levadas a efeito pela autuante estão relacionados aos produtos “Algodão Dipa 25g, óleo King 100ml, e Tampa para pia, por serem produtos que constam na previsão do Anexo I do RICMS/BA 2016, enquanto que os produtos “tempero verde misto” e “polpa sempre viva cacau 100g” são isentos conforme art. 265, alínea “a” do Convênio ICMS 44/75 e alínea “c” do Convênio ICMS 58/91.

Porém, foi mantida a exigência em relação ao Algodão Dipa 25g, o qual não consta do Anexo I do RICMS/BA, conforme alegado pelo autuado, pois a NCM desse produto é o 56012110 e a NCM constante do Anexo I do RICMS é o 3506, sendo que a autuante, para reforçar e ratificar seu entendimento, informou que o autuado se creditou no livro Registro de Entrada do imposto incidente sobre o citado produto.

Pontuou, também a autuante, que o autuado elencou várias mercadorias na fl. 60, alegando que tais produtos estão contidos no Anexo I do RICMS/BA 2017. A este respeito destacou que após análise das mercadorias contestadas, acolheu as alegações defensivas para os produtos misturas para bolo, óleo King 100ml, gancheira com buchas nº6, tampa para pia de c 2un e tampa p/tanque de c-2un.

Quanto as demais mercadorias contestadas, não acatou os argumentos defensivos em face das seguintes ponderações:

Algodão hid Dipa multi pc 25g, não consta do Anexo I do RICMS/BA, conforme alegado pelo contribuinte, pois o NCM desse produto é o 56012110 e o NCM constante do Anexo I do RICMS é o 3506.

Os produtos, cereal Nescau 120g e cereal Nescau 270 têm a NCM 1904.20.00 e a NCM que consta do Anexo I do RICMS são 1904.1 e 1904.9, informando, ainda, que o autuado se creditou do ICMS das notas fiscais de aquisições destes produtos.

Quanto aos produtos granolas (grano vovó nize prem 500g, granola Tia Sonia 200, granola Tia Sonia 400g, granola vovó nize 250g), apesar de o NCM ser 1904.1, eles não se enquadram no item 11.8 do Anexo I do RICMS, pois são um mix de cereais com frutas secas, enquanto que o item 11.8 do Anexo I do RICMS refere-se, tão somente, a “Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação”.

Já os produtos, ralo de pia Japones br e ralo de pia zincado br, não são da substituição tributária, posto que o item 8.58 do Anexo I do RICMS, tem como descrição artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço, incluídas as pias, banheiras, lavatórios, cubas, mictórios, tanques e afins de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção, enquanto que os ralos de pia são utensílios domésticos e não se enquadram na descrição do referido item do Anexo I do RICMS, informando, ainda, que o autuado se creditou do ICMS das notas fiscais referentes as aquisições destas mercadorias.

Em consequência, elaborou novos demonstrativos de débito para esta infração, conforme Anexos I e II, gravados em CD-R, fl. 101, anexado ao PAF, e o valor foi recalculado para R\$ 25.683,75, cujo novo valor do débito apurado concordo e acolho, levando em consideração as análises objetivas, trazidas pela autuante, acima detalhadas.

Infração 03 parcialmente subsistente, com a configuração que segue:

Infração 03: 02/16 R\$ 941,24; 03/16 R\$ 1.491,69; 04/16 R\$ 1.184,57; 05/16 R\$ 1.095,95; 06/16 R\$ 1.314,55; 07/16 R\$ 1.065,36; 08/16 R\$ 830,70; 09/16 R\$ 756,94; 10/16 R\$ 826,00; 11/16 R\$ 753,58 e 12/16 R\$ 835,52. Soma R\$ 11.096,10.

- 01/17 R\$ 913,34; 02/17 R\$ 1.775,97; 03/17 R\$ 2.302,29; 04/17 R\$ 1.978,38; 05/17 R\$ 1.670,89; 06/17 R\$ 796,31; 07/17 R\$ 1.003,43; 08/17 R\$ 954,06; 09/17 R\$ 1.011,60; 10/17 R\$ 651,70; 11/17 R\$ 874,20 e 12/17 R\$

655,48. Soma R\$ 14.587,65. Total geral R\$ 25.683,75.

A infração 04, no valor de R\$ 10.412,58, na qual o autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 2.651,30, enquanto que a autuante manteve a infração em sua integralidade, a discussão reside na aplicação da alíquota de 07% empregada pelo autuado nas saídas de Leite em Pó Itambé Integral 200g, ocorridas até 31/01/2017, a qual, ao entendimento da autuante, não pode ser aplicada.

O argumento defensivo é de que a alíquota está prevista no inciso XXIX do Art. 268 do RICMS (válido até 31/01/2017), enquanto que a autuante replicou que o inciso que trata da redução de base de cálculo do leite em pó é o XXV do Art. 268 do RICMS, o qual prevê que é reduzida a base de cálculo nas operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, **industrializados neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Isto posto e tendo em vista que o produto Leite Pó Itambé Integral não é fabricado na Bahia, condição prevista no Inciso XXV do art. 268 do RICMS, entendeu a autuante que a carga tributária de 7% não pode ser aplicada ao produto, conforme previsão regulamentar abaixo reproduzida:

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

(...)

XXV - revogado; Nota: O inciso XXV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

(...)

XXIX - revogado; Nota: O inciso XXIX do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17. Redação originária, efeitos até 31/01/17: “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);”

Isto posto tem-se que, à luz da norma regulamentar acima transcrita, o inciso XXIX do Art. 268 do RICMS/BA citado pelo autuado, não se aplica ao caso concreto, posto que se refere a leite de gado tipo longa vida, o que não é o caso envolvido na presente discussão.

Já o inciso XXV, mencionado pela autuante, é claro ao definir que a redução da carga tributária ocorre nas operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, logo, correto o posicionamento da autuante, posto que os fatos geradores ocorreram na vigência da determinada norma regulamentar.

Nesta condição, voto pela subsistência integral da infração 04 no valor de R\$ 10.412,48.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, com a seguinte configuração: Infração 01 R\$ 286,49; Infração 02 R\$ 1.401,28; Infração 03 R\$ 25.683,75; Infração 04 R\$ 10.412,58 e Infração 05 R\$ 1.801,41, totalizando o débito na quantia de R\$ 39.545,51.

INFRAÇÕES	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01 – 01.02.03	696,62	286,49	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02 – 01.02.05	1.668,93	1.401,28	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03 – 02.01.03	33.421,19	25.683,75	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04 – 03.02.02	10.412,58	10.412,58	60%	PROCEDENTE
05 – 16.01.02	1.801,41	1.801,41	---	PROCEDENTE

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 134 a 141)

com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Preliminarmente pede que todas as publicações, intimações e notificações sejam realizadas exclusivamente em nome do Advogado Gleidson Rodrigo da Rocha Charão, inscrito na OAB-BA 27.072.

Em relação a Infração 03, que foi lavrada por ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, diz que apesar da JJF e Autuante terem acolhido as exclusões dos produtos “algodão dipa 25g, óleo king 100ml e tampa para pia” por serem produtos constantes do Anexo I em 2016 e dos produtos “tempero verde misto e polpa sempre viva cacau 100g” por serem isentos, ainda manteve indevidamente os seguintes produtos:

I – Algodão Hid Dipa multi pc 25g;

II – Cereal Nescal 120g e 270g;

III – Granolas (Grano vovo nize prem 500g, granola tia Sônia 200g e 400g, granola vovó nize 250g;

IV – ralo de pia Japonês br e ralo de pia zincado br.

Diz que os produtos acima, encontravam-se listados no anexo I do RICMS/BA nos períodos vigentes, e portanto, devem ser excluídos da autuação e reconhece como devido o valor de R\$22.829,57.

Em relação a Infração 04, diz que os produtos elencados tais como “leite em pó 200g” trata-se de produto tributado por alíquota de 7%, conforme previsão do inciso XXIX, do art. 268 do RICMS (válido até 31/01/2017).

Reconhece como devido apenas o montante de R\$2.651,30.

Em relação a multa no percentual de 60%, diz que neste particular há de se pontuar que percentual estipulado se revela absolutamente abusivo e viola os princípios da vedação ao CONFISCO e da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE.

Diz ser evidente que a multa correspondente a 60% do suposto tributo devido tem caráter confiscatório. Como se sabe, o referido percentual encontra-se fora da hipótese do inciso IV, do Art. 150 da CF 88, que assegura ser proibido o confisco. Cita inclusive jurisprudência do STF RE 91.707/MG, RE 82.510/SP e RE 60.476/SP.

Por fim, pede que seja conhecido e dado provimento ao presente Recurso Voluntário e que seja julgado totalmente procedente, reformando-se o acórdão recorrido, reconhecendo parcialmente o Auto de Infração no que tange as infrações 03 e 04 ora debatidas e a redução das multas aplicadas, dado o seu caráter confiscatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário foi interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0227-04/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2020, que exige o valor histórico de R\$48.000,73 pelo cometimento de 05 infrações nos períodos de Fevereiro/2016 a Dezembro/2017, embora, somente duas delas estejam sendo debatidas.

Inicialmente em relação a Infração 03, que foi lavrada por ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, alega a recorrente que a JJF não exclui da infração os itens “Algodão Hid Dipa multi pc 25g; Cereal Nescal 120g e 270g; Granolas (Grano vovó nize prem 500g, granola tia Sônia 200g e 400g, granola vovó nize 250g e ralo de pia Japonês br e ralo de pia zincado br.

A alegação é que estes produtos estavam listados no anexo I do RICMS/BA nos períodos vigentes, é o que passo a analisar.

Início a análise do item “Algodão Hid Dipa multi pc 25g”, cuja NCM é 56012110, observa-se no Anexo I que o algodão ali constante é de NCM 3005. Portanto, item mantido na infração.

Quanto aos produtos cereal Nescau 120g e cereal Nescau 270 cuja NCM é 1904.20.00, não consta no Anexo I, já que as NCMs ali constantes à época dos fatos geradores são 1904.1 e 1904.9.

Conforme já tratado pela JJF, os produtos granolas (grano vovó nize prem 500g, granola Tia Sonia 200, granola Tia Sonia 400g, granola vovó nize 250g), apesar de terem o NCM 1904.1, eles não se enquadram no item 11.8 do Anexo I do RICMS, pois não se tratam de produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação e sim, de um mix de cereais com frutas secas.

Em relação aos produtos, ralo de pia Japones br e ralo de pia zincado br, não são da substituição tributária, posto que o item 8.58, do Anexo I do RICMS, tem como descrição artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço, incluídas as pias, banheiras, lavatórios, cubas, mictórios, tanques e afins de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção, enquanto que os ralos de pia são utensílios domésticos e não se enquadram na descrição do referido item do Anexo I do RICMS, inclusive, já mantenho entendimento em item semelhante conforme Acórdão CJF nº 0090-11/21-VD.

Portanto, mantida parcialmente a Infração 03, com as exclusões já feita em Primeira Instância.

No tocante à Infração 04, diz que os produtos elencados tais como “leite em pó 200g” trata-se de produto tributado por alíquota de 7%, conforme previsão do inciso XXIX, do art. 268 do RICMS (válido até 31/01/2017).

Em relação discussão alegada pela Recorrente, vale ressaltar que a redução de base de cálculo prevista no inciso citada em seu recurso, é conferida aos produtos leite longa vida fabricados no Estado da Bahia. Ainda assim, se analisarmos o item que confere redução ao leite em pó, que é o inciso XXV, do art. 268 do RICMS/BA vigentes à época, (período de 17/06/2015 a 31/01/2017, e, do inciso XXIX foi até 31.01.2017) abaixo transcrito, é possível observar que a redução também está condicionada a itens fabricado na Bahia.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...
“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, **industrializados neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Portanto, entendo que não merece reparo a decisão de piso, inclusive, cita o julgador de piso que o referido produto não é fabricado na Bahia.

O Tribunal de Justiça da Bahia vem decidindo que o benefício fiscal declarado inconstitucional não pode ser estendido à operação ou ao contribuinte não contemplado na legislação, como é o caso aqui discutido e para tanto cita os julgados 8032604-59.2020.8.05.0001 de relatoria da Desa. Maria de Lourdes Pinho, julgado 0347396-52.2018.8.05.0001 de Relatoria de Ligia Maria Ramos Cunha e 0346138-46.2014.8.05.0001 de relatoria de Maria da Graça Osório Pimentel Leal.

Há um iminente conflito entre o determinado pela Constituição Federal e o estabelecido pelo RICMS/BA, porém, não se encontra na competência deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade da legislação, conforme Art. 167 do RPAF/BA.

Em relação a multa no percentual de 60%, diz que neste particular há de se pontuar que percentual estipulado se revela absolutamente abusivo e viola os princípios da vedação ao CONFISCO e da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE.

Diz ser evidente que a multa correspondente a 60% do suposto tributo devido tem caráter confiscatório. Como se sabe, o referido percentual encontra-se fora da hipótese do inciso IV, do Art. 150 da CF 88, que assegura ser proibido o confisco. Cita inclusive jurisprudência do STF RE 91.707/MG, RE 82.510/SP e RE 60.476/SP.

Quanto a alegação do caráter abusivo da multa imposta, no percentual de 60%, por considerá-la

desproporcional, de caráter confiscatório e inconstitucional, saliento que, esta, se encontra prevista pelo Art. 42, incisos, II, alínea “a” e inciso IX da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este julgador a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA.

Diante de todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298629.0015/20-6**, lavrado contra **CARMO OLIVEIRA MERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.784,10** acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos VII, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação de natureza acessória no valor de **R\$1.801,41**, prevista no inciso IX do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados já recolhidos através do parcelamento de débito nº 267821-7, datado de 29/01/2021.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS