

A. I. Nº - 274068.0010/22-4
AUTUADO - WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/06/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0070-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Indeferido o pedido de diligência. Operações de saídas de produtos que não são contemplados com isenção relativa a produtos *in natura*. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 179.561,17, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 – 002.001.003: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

“O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1. A empresa considera erroneamente itens de hortifrute que passaram por beneficiamento como isento, entretanto, como são industrializados, conforme imagem, estão sujeitos à tributação. Já a luva 00000332030 - LUVA SCOTCH BRITE não está sujeita a antecipação tributária do item 9.12, do Anexo 1, do RICMS/12, pois não se trata de luva para procedimento e sim luva para limpeza. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2019, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e, tudo em meio magnético”.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2019.

Infração 02 – 002.001.003: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

“O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de Notas Fiscais do Consumidor Eletrônica - NFC-e relacionadas no anexo 2. A empresa considera erroneamente itens de hortifrute que passaram por beneficiamento como isento, entretanto, como são industrializados, conforme imagem, estão sujeitos à tributação. Já a luva 00000332030 - LUVA SCOTCH BRITE não está sujeita a antecipação tributária do item 9.12, do Anexo 1, do RICMS/12, pois não se trata de luva para procedimento e sim luva para limpeza. Tudo conforme ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - NFC-e – 2019, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e relatório de NFC-e, tudo em meio magnético”.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2019.1

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 04/07/2022 (DT-e à fl. 48) e ingressou com defesa administrativa, peça processual que se encontra anexada às fls. 52 a 73. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e substabelecimento, constantes nos Autos às fls. 75/81.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação, além de transcrever as infrações que lhe foram imputadas.

Em seguida argui primeira preliminar de nulidade, sob alegação de incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal.

Menciona o art. 196 do CTN, bem como o art. 28, § 1º, do Decreto nº 7.629/99, aduzindo que este último dispositivo especifica que a fiscalização dispõe do prazo de 90 dias, contados da ciência do contribuinte do termo de início de fiscalização, para a execução do procedimento de fiscalização, podendo este ser prorrogado por igual prazo, autorizado pelo órgão fazendário competente.

Assinala que a Auditora Fiscal não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, apresentando vícios, geradores da nulidade, vez que segundo descrito no Auto de Infração, a fiscalização tem origem na Ordem de Serviço de nº 501002/22, sem, contudo, apresentá-la a Impugnante, quando da ciência do lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação, ou mesmo se a Auditora Fiscal, descrita como autuante, estava designada para promover a atividade fiscalizatória, e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Cita o art. 18 do RPAF, entende haver ofensa ao art. 2º, § 1º, do mesmo diploma legal, traz à colação decisões do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco (TATE) e do Ceará, tudo com o intuito de amparar seu entendimento de que há ausência dos elementos essenciais e necessários à validade jurídica da autuação.

Em segunda preliminar alega preterição ao direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação.

Diz que a autuante acostou ao processo demonstrativos das infrações, mas que não apresentou as notas e os livros fiscais, de modo a comprovar os dados indicados e os valores exigidos.

Considera que a ausência da documentação prejudica a verificação da materialidade da indicação, descrição e dos valores apresentados, situação que viola tanto o direito de defesa da Impugnante, como o convencimento justificado do Julgador Tributário.

Comenta que, antecipando-se à alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de posse da Impugnante, é forçoso reforçar e repetir que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização, pois toda acusação deve vir acompanhada de todos os elementos legais para sua comprovação.

Entende que a apresentação dos documentos que respaldaram a infração é uma obrigação legal de essencial relevância, não uma faculdade da fiscalização, sobretudo quando a infração é de falta de recolhimento de ICMS.

Ressalta que o RPAF, onde trata da nulidade, diz que são nulos os atos, proferidos com preterição do direito de defesa ou, ainda, quando não contém elementos suficientes para determinar a infração.

Enfatiza que este é o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), e traz à colação as ementas dos Acórdãos JJF Nº 2027/00 e CJF Nº 0384-12/02.

Nessa diretriz cita o art. 142, do CTN e apresenta, ainda, posicionamento do Contencioso Administrativo do Ceará, bem como de decisão nesse sentido pelo Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), e ratifica o pedido pela nulidade do Auto de Infração.

No mérito, pontua que se equivoca a autuante na sua pretensão de tributar com base na alíquota de 18% produtos que não sofrem oneração tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção.

Alega que boa parte da autuação se refere a produtos extrativos de origem vegetal (ameixa, banana, coco, ervilha, espinafre, vagem, etc), e transcreve a previsão de isenção constante no art. 265, I, “a”, do RICMS/2012, para produtos hortifrutícolas, desde que não destinadas à industrialização.

Acrescenta que o Convênio ICM 44/75, mencionado pelo dispositivo acima, traz expressamente a previsão para a isenção dos produtos em questão:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;

e) flores, frutas frescas nacionais ou provenientes dos países membros da Associação Latino - Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho;

(...)

l) taioba, tampala, tomate, tomilho e vagem.

Dizendo se antecipar ao argumento de que são produtos industrializados, pois passam pelos processos de desidratação e embalagem, esclarece que na medida em que a desidratação do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura qualquer tipo de transformação ou processamento, o produto permanece tal qual fora retirado da natureza.

Pontua que além disso, o próprio Convênio citado (cláusula primeira, § 4º) autoriza a isenção para produtos que tenham sido cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, desde que não cozidos e não tenham adição de quaisquer outros produtos, o que afirma ser esse o caso dos autos.

Considera que na medida em que o art. 265, I, “a”, do RICMS/12, faz referência expressa ao Convênio 44/75, e o § 5º recepciona os termos acima reproduzido, a previsão alcança as operações autuadas.

Aduz que a própria embalagem dos produtos autuados indica que se tratam de itens in natura, não acrescidos de qualquer outro produto, estando apenas congelados.

Assevera ser razoável que se defina o produto in natura como todo alimento de origem vegetal ou animal, para cujo consumo imediato se exija, apenas, a remoção da parte não comestível e os tratamentos indicados para sua perfeita higienização e conservação.

Traz à colação decisão do STJ, dizendo que a mesma 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”.

Cita, ainda, que em caso idêntico ao presente, a Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural, de acordo com trecho do parecer GECOT 543/99, que apresenta à fl. 66.

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

Questiona, ainda, a multa aplicada, considerando-a exorbitante.

Assevera que não há comprovação de flagrante intuito de fraude, e que a mesma viola ao princípio do não-confisco.

Menciona o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, cita lição de Ricardo Corrêa Dalla, e transcreve ementas de algumas decisões do STF, argumentando que este último, em sede de controle concentrado, consolidou o entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o

parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Diz que deve ser levado também em consideração o benefício da dúvida. Frisa que art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ao final, requer:

- i) o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal;
- ii) 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;
- iii) que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta, ainda, 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.

A autuante presta informação fiscal, às fls. 118 a 146, inicialmente rebatendo as preliminares de nulidade suscitadas.

Retifica a informação defensiva, dizendo que o número correto da Ordem de Serviço é 500.855/22, e argumenta que não existe exigência para sua apresentação no Termo de Início de Fiscalização.

Acrescenta que o procedimento de emissão da Ordem de Serviço é prerrogativa da administração tributária e que as etapas foram cumpridas (Auto de Infração, Termo de Cientificação de Início de Fiscalização e ciência da lavratura). Assinala que o prazo foi cumprido sem a necessidade de prorrogação, e que o SLCT - Sistema de Lançamento de Crédito Tributário da SEFAZ não permite a emissão de Auto de Infração sem que exista uma ordem de serviço designada para um auditor.

Quanto à alegação de que não foi anexada notas fiscais e os livros fiscais para comprovar que de fato houve ausência de recolhimento do imposto, assevera que tal arguição se tornou desatualizada.

Esclarece que com o advento do SPED fiscal as notas fiscais de entrada, saída e escrituração constam na base de dados da fazenda estadual e são de posse do contribuinte.

Relata que os demonstrativos analíticos informam dados que são de domínio do contribuinte como: data de lançamento, número do documento, chave da nota fiscal, descrição da mercadoria, valor da mercadoria, base de cálculo, alíquota, redução da base de cálculo e ICMS.

Acrescenta que os referidos demonstrativos são provas que apontam os valores reclamados, e enfatiza que tais valores se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada, sendo que em momento algum a impugnante questionou essas informações.

Pontua que as decisões do TATE, que a defendente menciona, não podem ser consideradas como paradigmas neste caso, pois as mesmas não tem o condão de vulnerar o RICMS do Estado da Bahia.

No mérito, afirma que as alegações do autuado também são improcedentes.

Explica que a ameixa é seca, que a banana é BANANA CHIP, e que o coco verde leivissa sofre beneficiamento (industrialização), e que assim não se enquadram no art. 265, I "a", do RICMS/BA ou Convênio nº 44/75.

Acrescenta que a ervilha e o espinafre também são industrializados (só constam nos

demonstrativos 1 e 2 até agosto de 2019, não se enquadrando na hipótese de isenção do dispositivo legal acima mencionado).

Quanto à alegação defensiva de que os produtos não são industrializados, pois apenas passam pelos processos de desidratação e embalagem, diz que o mesmo se equivoca.

Explica que a autuação não é porque o produto não está em seu estado natural e sim porque passou por beneficiamento para melhorar o consumo, que é considerado pela legislação como industrialização.

Frisa que o § 4º, da cláusula primeira do Convênio 44/75 e o § 5º, do art. 265, do RICMS/BA, citados pelo autuado, somente se aplicam a partir de setembro de 2019, e que o imposto reclamado foi até agosto de 2019.

Informa que existe na legislação posição objetiva sobre produto que passou por industrialização. A motivação não é porque o produto congelado não é considerado in natura. A motivação é porque produto congelado passou por industrialização.

Esclarece que no fluxo do processo de comercialização, os hortifrutícolas resfriados ou com processo de branqueamento não saíram direto do produtor para o revendedor, para aí sim, serem oferecidos ao consumidor final. Saíram do produtor rural para uma indústria e de lá para a comercialização. De acordo com o art. 4º, do Decreto nº 7.212/10 caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo. Sendo assim, os hortifrutícolas ao serem lavados, inclusive com instalação de tratamento de água (foto abaixo), descascados, cortados, passado pelo processo de branqueamento (que é diferente de congelamento), congelados e embalados, bastando tirar do congelado e levá-los à panela, foram aperfeiçoados para consumo. Isto é processo industrial que tem a isenção vedada tanto pelo § 1º, do Convênio 44/75 como o art. 265, I, “a” RICMS/BA.

No que diz respeito a alegação de que o congelamento tem objetivo o transporte, menciona que não condiz com a realidade, e apresenta imagem do produto (Brócolis in natura congelado – d’aucy) à fl. 126, visando demonstrar que é uma embalagem de produto industrializado para consumo e não para transporte, inclusive podendo ser percebido no verso da embalagem o termo “INDUSTRIA BRASILEIRA”.

Ratifica que o § 5º, do art. 265, do RICM/12 só entrou em vigor a partir de 01/09/19.

Faz breve explanação diferenciando os convênios ICMS impositivos dos autorizativos, comentando que o Estado da Bahia adotou o Convênio 44/75 na forma original, quando não permitia isenção para produtos que passassem por processo de industrialização de beneficiamento e embalagem, e que apenas com o acréscimo do § 4º, na cláusula primeira através do Convênio nº 21/15 (autorizativo) a situação alterou com efeitos a partir de 01.07.15.

Assinala que o Estado da Bahia apenas recepcionou a isenção nas saídas dos produtos hortifrutícolas, ainda que ralados, exceto coco seco, cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, submetidos ao processo de branqueamento, desde que não cozidos e não tenham adição de quaisquer outros produtos que não os relacionados, mesmo que simplesmente para conservação, através do Decreto nº 19.184, de 23/08/19, DOE de 24/08/19, efeitos a partir de 01/09/19, ao acrescentar o § 5º ao art. 265 do RICMS/12.

Dessa forma, entende a autuante que os produtos hortifrutícolas resfriados ou com processo de resfriamento só têm direito à isenção nas operações internas a partir de 01/09/2019, por também ter passado por outros processos de industrialização.

Menciona que de acordo com o art. 111, II, do CTN interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Diz que como existe na legislação vedação expressa para isenção para produtos hortifrutícolas industrializados até 31/08/2019, considera que não existe correção a ser feita nas infrações 1 e 2.

Expõe que já existem decisões reiteradas quanto a tributação do hortifrute congelado e traz à

colação parte das decisões dos Acórdãos: nº 0097-02/20-VD (relativo à mesma empresa), nº 0020-04/22-VD, nº 0013-12/22-VD e nº 0117-05/22-VD.

Pontua que existem outros acórdãos que consideram estes produtos tributados, e cita ainda como exemplo os de nºs 0178-05/18 e 0213-12/15.

No que tange ao questionamento sobre o percentual da multa aplicada, diz que a mesma está estabelecida no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e que não existe previsão na legislação para que seja anulada o reduzida.

Cita, ainda, o que dispõe o art. 167, inciso I, do RPAF/BA c/c o art. 125 do COTEB.

Conclui a informação aduzindo que não se faz necessária a perícia técnica, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da lide.

Ao final, diz esperar o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento também compareceu e se manifestou, por meio de videoconferência, a autuante Crystiane Menezes Bezerra.

VOTO

Inicialmente verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto, sua base de cálculo e multa, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

No que diz respeito à Ordem de Serviço, registro que a mesma é um documento interno da administração fazendária, cuja emissão não interfere na constituição do crédito tributário. Como documento interno, a SEFAZ pode determinar a fiscalização de uma ou várias empresas, alterar período fiscalizado, etc, numa mesma Ordem de Serviço, sem óbice da legislação de que tal procedimento afete a formalidade necessária a autuação, ou mesmo traga prejuízo ao autuado, que exerceu seu direito de defesa sem qualquer cerceio.

Em relação ao questionamento do impugnante de que as notas e o livros fiscais que ensejaram a autuação não foram anexadas ao processo, como bem frisou a autuante em sua informação fiscal, isto em nada cerceia o direito de defesa do autuado, uma vez que as notas fiscais estão perfeitamente discriminadas nos demonstrativos anexados aos autos, inclusive constando as respectivas chaves de acesso, além do que os referidos documentos são de emissão da própria empresa, cuja posse lhe pertence, podendo ser consultado livremente. Em relação aos livros fiscais, também não cabe questionamento, tendo em vista que a Escrituração Fiscal Digital - EFD, é gerada pela própria autuada.

Destarte, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, não havendo do que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado no final da peça defensiva, nego o mesmo por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que

aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

O presente Auto de Infração acusa a falta de recolhimento de ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nas duas infrações.

O autuado alegou que que boa parte da autuação se refere a produtos hortifrutícolas com previsão de isenção na legislação, nos termos do Convênio ICMS 44/75 e art. 265, I, “a”, do RICMS/2012, “in verbis”:

Convênio ICM 44/75 -

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural: (grifo nosso)

(...)

RICMS/2012 -

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80)”.

Por sua vez a autuante esclarece que a autuação não é porque o produto não está em seu estado natural e sim porque passou por beneficiamento para melhorar o consumo, que é considerado pela legislação como industrialização.

Frisa que o § 4º, da cláusula primeira do Convênio 44/75 e o § 5º, do art. 265, do RICMS/BA, citados pelo autuado na impugnação, somente se aplicam a partir de setembro de 2019, e que o imposto reclamado foi até agosto de 2019, para tais produtos.

Inicialmente cabe transcrever o § 5º, do art. 265, do RICMS/BA, que apenas recepcionou o § 4º, da cláusula primeira do Convênio 44/75, a partir de 01/09/2019, através do Decreto nº 19.184, de 23/08/19:

§ 5º Em relação ao benefício previsto na alínea “a” do inciso I:

I - aplica-se também às saídas dos produtos ali indicados, ainda que ralados, exceto coco seco, cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, submetidos ao processo de branqueamento, desde que não cozidos e não tenham adição de quaisquer outros produtos que não os relacionados, mesmo que simplesmente para conservação

II - tratando-se de produtos resfriados, o benefício somente se aplica nas operações internas;

Vale destacar, que, como bem mencionou a autuante, o Convênio 44/75 tem caráter autorizativo e não impositivo, razão porque o Estado da Bahia somente resolveu isentar os produtos lá indicados, e que sofreram algum tipo de modificação do seu estado natural, a partir de 01/09/2019.

Dessa forma, considerando que a autuante reclama o imposto para as mencionadas mercadorias, que não estavam em seu estado natural conforme exigia o Convênio 44/75, apenas até agosto de 2019, a exigência é subsistente.

Em relação aos demais meses constantes do Auto de Infração, a exigência recai sobre produtos que sofreram processo de beneficiamento (industrialização) e/ou não tem previsão de isenção do imposto na legislação, a exemplo de: ameixa seca, banana chip, coco verde levisca, sal rosa do himalaia, vinho, mistura para bolo, pão de queijo coquet, dentre outros.

Vale ainda destacar, que sobre esta matéria, além de outras decisões no mesmo sentido por este CONSEF, no recurso interposto contra a Decisão contida no Acórdão JJF 165-01/17, a 1ª CJF deste Conselho, no Acórdão CJF 250-11/18 apreciou que:

De relação aos produtos considerados pelo Recorrente como “hortifrúti”, devo recorrer ao Regulamento do IPI, editado pelo Decreto nº 7.212/2010, para definir o que vem a serem “produtos naturais” e “produtos

industrializados”.

Estabelece o RIPI no seu Artigo 3º:

Art. 3º Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º).

Mais ainda, o mesmo RIPI esclarece no seu artigo 4º:

Art. 4º 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).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

No caso em apreço, verifíco tratar-se de produtos hortifrúti embalados por indústrias e postas à venda pelo Recorrente em que para que se chegasse ao mercado consumidor necessário se tornou a sua industrialização, sem o que estariam expostas em seu estado natural, o que não ocorre.

O RIPI diferencia os produtos hortifrutigranjeiros quando em estado natural, abarcados pelo Capítulo 07, e, quando resultantes de algum beneficiamento que os tornam “industrializados”, no Capítulo 20.

Não acolho a pretensão do Recorrente, julgando o reclamado de relação a estes produtos PROCEDENTE.

Destarte, concluo pela subsistência das infrações em análise.

No que diz respeito a arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, tal pretensão não subsiste. Não há que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento da obrigação tributária ora apurada.

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA, além do que, as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0010/22-4**, lavrado contra **WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 179.561,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

