

A. I. N º - 269352.0024/12-4
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/02/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-03/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações reconhecidas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERADORIAS ADQUIRIDAS COM INSENÇÃO DO IMPOSTO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Correção de equívocos no levantamento fiscal efetuada pelos autuantes resultou na redução do débito. Infrações parcialmente caracterizadas. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/04/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$4.928.733,31, em razão de:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Exigido o valor de R\$1.384.054,54, acrescido de multa de 60%.

Consta que “A empresa, em saídas interestaduais, apresentou divergências entre as notas fiscais eletrônicas emitidas, que estão preenchidas corretamente com a tributação devida, contudo, nas informações dos Livros de Saída em sua EFD – ESCRITURAÇÃO DIGITAL FISCAL, estas mesmas notas fiscais estão com Base de Cálculo ZERADAS e sem incidência de ICMS, o que ocasionou menor apuração do imposto devido no período, haja vista que estes mesmos valores do Livro de Saídas foram transportados ao Livro de Apuração sem tributação”;

Infração 02: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Exigido o valor de R\$103.190,25, acrescido de multa de 60%;

Infração 03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com isenção do imposto. Exigido o valor de R\$14.465,58, acrescido de multa de 60%;

Infração 04: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Exigido o valor de R\$472.654,14, acrescido de multa de 60%;

Infração 05: Recolheu a menos o ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. A empresa efetuou indevidamente redução de base de cálculo sobre algumas mercadorias, notadamente sobre os produtos abaixo:

1. LEITE TIPO LONGA VIDA - possui redução de base de cálculo apenas para os fabricados no Estado da Bahia Art. 87, XXXV, RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97;
2. COMPUTADOR DE MESA OU COMPUTADOR PORTÁTIL (Notebook) - possui redução de base de cálculo para uma carga efetiva de 12% e não de 7% - Art. 87, XLIV, RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97;

Exigido o valor de R\$2.954.368,80, acrescido de multa de 60%

O autuado apresenta peça defensiva, fls. 149 a 166, por advogado devidamente habilitado com instrumento às fls. 168 e 169, inicialmente, assevera que reconhece os equívocos cometidos apontados das infrações 01 e 02, e informa que realizou o pagamento em relação à essa parte do Auto de Infração.

Em relação à infração 03, suscitou preliminar de nulidade e a improcedência da mesma, alegando que os referidos produtos (feijão carioq miral tipo i; arroz alcarroz tipo i; arroz tjoao tomate m csabor 250g; arroz t joao napolit csabor; arroz t joao primave csabor 175g; arroz integ u bens; arroz ritto 7 cereia branco 21; arroz int maeterra cateto; arroz parbo; arroz int 7 cereais raris; arroz int maeterra cateto; arroz a grega t joao; arroz c curry t joao; arroz carreteiro t joao; arroz galinha t joao; arroz c funghi t joao; arroz c brócolis t joão; arroz c erv fin tio joao; e pepino ting), não são isentos, mas tributados com alíquotas de 7% e 17%, nos termos dos arts 50 e 51 do RICMS/BA, que transcreve.

Afirma que improcede a acusação fiscal, bem como, que o feijão e o arroz, nos termos do art. 78-A do RICMS/BA, têm redução de 100% na base de cálculo do ICMS nas operações internas. Ressalva que, no relatório fiscal, não há nenhuma menção se os produtos em comento tiveram como destinação o mercado interno ou interestadual_o que, por si só, invalida a autuação fiscal, consoante determina o art. 18, II e IV, 'a', do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), em razão da ofensa ao art. 2º e 39, III, também do RPAF. Por esse motivo, improcede a denúncia fiscal.

Registra que na lista já citada dos produtos que não contém benefício fiscal algum e, mesmo assim, foram considerados como isentos. Destaca que os referidos produtos, a despeito de terem em sua denominação a palavra “arroz”, são, na verdade, refeições semiprontas que possuem, em sua composição, além de outros ingredientes, o arroz. Esclarece que não são, portanto, arroz, sujeitos à alíquota de 7% e com redução de base em 100% nas operações internas. Reafirma que são refeições semiprontas, tributadas normalmente nas saídas a 17% (doc. 04) e, por conseguinte, com direito ao crédito fiscal do ICMS. Exemplifica os produtos colacionando cópias de dados informativos descrevendo os ingredientes, peso, obtidos na web em sítios dos respectivo fabricantes.

Quanto à infração 04, pede pela improcedência, dizendo que os artigos 352 a 369 do RICMS/BA dispõem sobre a antecipação tributária nas operações internas, cabendo ao art. 353 listar, de forma taxativa, as operações/produtos sujeitas à antecipação. Destaca que os produtos da marca DANONE, que está disposto no art. 353, II, 3.3, prevê a hipótese de antecipação tributária sobre as bebidas não alcoólicas iogurtes, classificadas no NCM 04.03.10.00.

Afirma que os iogurtes classificados no NCM 0403.10.00 é que estão sujeitos a antecipação tributária do ICMS, todavia, assinala que a fiscalização glosou o crédito fiscal de quase todos os produtos adquiridos pelo autuado da marca DANONE, independente do produto e, principalmente, do seu NCM de fato.

Destaca que no catálogo Anexo doc. 05, fls. 208 a 230, além dos iogurtes (NCM 0403.10.00), há outros produtos que, apesar de listados na relação fiscal dos créditos glosados, são, na verdade, produtos com classificação fiscal diversa. É o caso, por exemplo: “actvia”, “densia” e “actimel”, “danoninho leite fermentado”, “danoninho polpa”, “corpus”, “danup”, “danone”, cujo NCM é 0403.90.00; a linha “danoninho petit suisse” que tem como NCM 0406.10.00; “danoninho promo”, “Danoninho 540g”, NCM 04.06.10.90; “danette”, NCM 0410.00.00. Observa que este equívoco se deu a partir do momento que o autuado classificou equivocadamente tais produtos, no qual caberia ao fiscal verificar, por sua vez, que os referidos produtos saíram com tributação, ou seja, mesmo que o fiscal não tivesse ido atrás da verdadeira classificação fiscal das mercadorias e observado que elas não estão no rol do art. 353 do RICMS/BA deveriam ter verificado que tais mercadorias saíram do estabelecimento com tributos (doc. 06), fl. 232.

Assinala que mesmo não tendo ocorrido a verificação pelos autuantes, não só para os produtos da marca DANONE – bem como para todos os produtos listados em sua relação (enquadrados ou não no art. 353 do RICMS/BA) se houve a tributação na saída e se, efetivamente, houve algum prejuízo ao Estado, esclarece que não tem qualquer restrição com o regime de antecipação tributária. Ao contrário, afirma que esse instituto potencializa a livre concorrência na medida em que força a incidência de impostos sobre operações de sonegadores, os quais, sem a tributação, vendem produtos a preços inferiores aos praticados pelos contribuintes responsáveis.

Registra que a única dificuldade, em relação ao instituto, está na operacionalização. Isso porque, para aquele comerciante que opera com um único produto, ou um número inexpressivo, ao ter conhecimento da norma, tem condição imediata de implementar a nova regra no sistema. Assinala que estando determinado produto sujeito à tributação normal num primeiro momento (com débito e crédito de ICMS) e passando, depois, a se sujeitar à antecipação tributária, aquele que comercializa apenas aquele produto tem condições de implementar a nova regra “num piscar de olhos”, eliminando o (débito e crédito). Entretanto, declara que no seu caso que comercializa mais de 20 mil produtos, muitas vezes ocorre que a norma altera a regra de tributação e só é possível, operacionalizar a alteração em seus sistemas algum tempo depois.

Ressalta que essa prática não causa qualquer prejuízo financeiro para o Fisco, apenas de controle e, que, de fato, se o produto está sujeito à antecipação tributária, as operações seguintes estão livres de tributação, porque antecipada. Essa é a regra que deve ser adotada. No entanto, se por equívoco, faz-se o crédito, com débito posterior, nesse caso, a despeito do erro (acessório), não há prejuízo para o Fisco, na medida em que o crédito é anulado pelo débito.

Ressalta, ainda, que a apuração do ICMS é composta pelo total do ICMS devido pelas saídas ocorridas no mês, depois de abatidos os créditos de ICMS incidente sobre a aquisição das mercadorias revendidas (não-cumulatividade). Quer dizer que não é o simples fato de haver crédito indevido que importa recolhimento a menos do ICMS, como acusa o Fisco. Tendo havido, igualmente, débito indevido, um anula os efeitos do outro. Há, pois, um estorno automático e os efeitos do crédito indevido desaparecem, não caracterizando recolhimento a menos do ICMS.

Explica que se aproveitou dos créditos das entradas, o que teria importado recolhimento a menos de ICMS. No entanto, a acusação deixa de observar que houve débito de tais mercadorias na saída, fato que importou na anulação dos efeitos do crédito indevido, tendo havido o estorno automático do crédito indevido, este não produziu efeitos, de forma que não se pode falar em falta de recolhimento de ICMS, sendo que o desajuste na tributação apenas acarretou infração acessória, por registro equivocado nos livros fiscais.

Reproduziu parte de decisão da 2ª JJF desse Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF através do Acórdão JJF nº 0113-02/05 (Auto de Infração nº 207494.0004/04-0), no qual afirma que a própria autoridade lançadora neste Estado reconheceu que a tributação na saída afasta a acusação de recolhimento a menor de ICMS: “*Entretanto, acato que foi tributado na saída, não causando nenhum prejuízo aos cofres públicos, fato que o eliminei da planilha, elaborando outro demonstrativo*” (Auto de Infração SEFAZ/BA nº. 115484.0002/05-0)

Acrescenta que há ainda a glosa do crédito sobre os seguintes produtos que, diante da ausência de previsão no art. 353 do RICMS/BA, não estão sujeitos a antecipação como é o caso, por exemplo, das massas para pastel e pizza, colchonetes (o art. 353 restringe para colchões). Assim, diz ser improcedente a acusação fiscal na medida em que afirma, erradamente, a acusação descrita no Auto de Infração. Justificando que, primeiro porque listou produtos não sujeitos a tributação antecipada e, segundo, porque não observou que houve a tributação, na saída, dos produtos sujeitos à antecipação.

Ao tratar da infração 05, de início, pede pela nulidade/improcedência, no que concerne ao leite longa vida, ressalta que na saída desses produtos aplicou corretamente a alíquota de 7% (sete por cento), em virtude do que dispõe o inciso XXXV, do art. 87 do RCIMS/BA. Destaca que esta norma prevê que há uma redução na base de cálculo do ICMS de sorte que a carga tributária corresponda a 7%, sobre o leite longa vida fabricado na Bahia. No entanto, afirma que o autuante não especifica, em sua planilha, a origem do leite adquirido pelo autuado e que a prova, no caso, cabe a quem alega. Dessa forma, diz ser nula, de pronto, a alegação fiscal, nos termos dos arts. 2º, 18, II e IV, ‘a’, e 39 ambos do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), acima mencionados.

Explica que, mesmo tendo sido o leite adquirido em outra unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque é incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado e é uma forma de limitar o tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, providência expressamente vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88, o que afronta o preceito consagrado no art. 1º, da CF/88 quando dispõe que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...*”.

Assevera que esse preceito de cooperação entre os Estados é para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, sendo confirmado pelo art. 150, V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.”

Reproduz comentários do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho (extraído da obra A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, pág. 1049). Transcreve o teor do art. 152, da CF/88: “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”, no qual afirma que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecerem diferença tributária entre bens e serviços.

Assinala que também foram violados os arts. 1º, 150, V e 152, o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da CF, que também impede a adoção de tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Observa que o princípio da isonomia permeia todo o sistema jurídico e está sendo ignorado pelos autuantes, o que não pode contar com o crivo desse órgão julgador.

Sustenta que, de fato, ao conferir o privilégio de “redução de base de cálculo” para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais unidades da Federação seja tributado normalmente pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e art. 150, II, da Carta Magna. Para os Professores Ives Gandra e Celso Bastos, em sua obra “Comentários à Constituição do Brasil”. Razão pela qual afirma que o Auto de Infração é improcedente nesta parte.

Em relação ao computador de mesa e notebook, reproduz o art. 87, XLIV do RICMS e seus incisos V e VI para demonstrar que a redução da base de cálculo e a carga tributária correspondente a esses produtos é de 12%.

Observa ainda que a cobrança não se restringe aos computadores de mesa e notebooks, mas também aos aparelhos, máquinas e acessórios que, pelos dispositivos acima, estão sujeitos a alíquota (carga tributária) de 7%, tais como “*CPU SIM D1550 2GB, CPU CCE A220L 2GB 200HD ATM LN, CPU STI DVF316A PT-PR, NETB HP 110-3115 1GB 160HB ATM BR, ADAPT 2P+T 10A/250V*”. Sendo assim, improcede a acusação fiscal.

No que diz respeito à aplicação da multa confiscatória, dizendo que agrava ainda mais a situação do autuado o estabelecimento de multa de 60% sobre o valor do imposto e explica que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência das penalidades aplicadas, além da exigência fiscal.

Aduz que a penalidade tem que corrigir só a causa de danos ao contribuinte, posto que termina transferindo ilegalmente parte substancial do patrimônio do autuado para o Estado, no que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88). Cita entendimento consolidado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (ADIN 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58), contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional.

Sustenta que a penalidade vedada através do art. 150, IV da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte. Prossegue asseverando que a penalidade pecuniária deve ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve as empresas ao estado de insolvência. Faz referência à lição sobre o tema do Prof. José Carlos Graça Wagner, colaciona jurisprudência (TRF da 1ª Região, REO nº. 01.16560-5/MG, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ de 25.02.91, p. 2.856; TRF da 5ª Região, AMS79825/PE, Rel. Desembargador Ridaldo Costa, DJ de 21.09.05, p. 903/7). Requer a anulação da penalidade indicada.

Invoca o benefício da dúvida protestando pela aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte. Ressalta que o art. 112, do CTN, é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Reproduz entendimentos de tribunais superiores (STF, RE nº. 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825; STJ, RESP nº. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrata Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561) para ressaltar que essas decisões superiores evidenciam a sua certeza em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da ilegalidade da autuação, diante da insubsistência da cobrança, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal.

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção.

Conclui requerendo a improcedência das infrações 03 a 05.

Constam às fls. 260 a 325, o autuado ingressa com juntada de documentos, cópia de DAE informando pagamento parcial do débito, fl. 262, e cópias de notas fiscais de saídas, fls. 264 a 325.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 327 a 369, depois de transcreverem as infrações, observa que o autuado reconhece integralmente as infrações 01 e 02.

No que diz respeito à infração 03, assinalam que o autuado alegou que alguns produtos não são isentos, sendo assim permitido o creditamento admitiu. Admite que cometera o lapso em relação apenas aos produtos listados na tabela (consta: Data, N.Fiscal, IEs, Cód. Produto, Descrição do Produto, Vlr. do Produto, B. de Cálculo e ICMS devido), fls. 327 e 328, por se tratarem de arroz

recheado, não possuindo assim o benefício da isenção, que se aplica apenas ao arroz puro. Por isso, afirma que devem permanecer os demais itens, sendo apenas parcialmente correta a alegação. Asseveram que a infração deve ser reduzida do valor de R\$4.213,20, conforme discriminado na tabela de fls. 327 e 328.

Alertam que os demais produtos contidos nos relatórios desta Infração, a exemplo de arroz sem recheio (ARROZ RITTO 7 CEREIA BRANCO, e ARROZ INTEG U BENS, p. ex.) e PEPINO TING 200G, são produtos efetivamente ISENTOS, portanto a redução da infração é devida apenas parcialmente e não integralmente, como procura transparecer na peça defensiva, haja vista que a mesma não realiza nenhum comentário sobre os mesmos, citando apenas os que são efetivamente tributados.

Quanto à infração 04, em relação à MASSA PARA PIZZA, dizem que, ao contrário do que argumenta o autuado, está incluída na Substituição Tributária, conforme se verifica do Art. 353, II, subitem 11.4.1: “*..macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;*”.

Esclarecem que apenas as Massas de Pizzas recheadas (com sabor) é que estão fora da Substituição Tributária. Mas quando se trata de MASSA PARA PIZZA simplesmente, a mesma faz parte do mencionado instituto. Afiram que tanto é assim que o próprio autuado, conforme DANFE anexado à fl. 325, de emissão própria, dá o tratamento de encerramento de fase da tributação, em suas transferências, sem incidência do imposto, com a informação no corpo do documento fiscal de que o ICMS foi pago por Substituição Tributária.

No tocante aos produtos listados através da tabela (Mês, Data, Nota Fiscal, Item, Inscrição Estadual Remet., Código Produto, Descrição Produto, Valor Produto, Base Cálculo Prod, ICMS CRÉDITO) - somente em relação a eles -, sustentam que assiste razão à defendant, no que reafirmam o lapso cometido, tendo em vista que os mesmos, embora se pareçam com o iogurte, não o são em sua essência, bem como são classificados em NCM diversa da inserida na Substituição Tributária. Observam que se tratam, em verdade, de leites fermentados adicionados de polpa de fruta ou bebidas lácteas. Dizem que há também a massa de pastel que, por ser pré-cozida, estaria fora da Substituição Tributária. Afiram que foram induzidos ao erro devido à aposição incorreta da NCM nos arquivos magnéticos do SINTEGRA pela empresa. Informa que o total destes produtos a ser excluído desta Infração 04 perfaz um total de R\$213.055,04, conforme demonstrativo anexo, fls. 239 a 369. Assinala que através de verificação das notas fiscais dos fornecedores, anexadas às fls. 321 a 324, confirma-se que são de NCM fora da antecipação tributária.

Quanto ao restante da infração 04, asseveram que deve permanecer como fora lavrado, por se tratar de produtos, efetivamente, enquadrados no instituto da Substituição Tributária, sendo indevido o seu crédito.

Em relação à Infração 05, explicam que para haver redução da base de cálculo na saída de “Leite Tipo Longa Vida” a 7% o produto deve ser fabricado na Bahia de acordo com o art. 87, XXXV, do RICMS/BA. Por ser norma de benefício fiscal, esclarecem que a regra acima mencionada deve ser interpretada de forma literal, e o emprego da equidade não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Informam, acrescentando, que o único Leite tipo Longa Vida fabricado no Estado da Bahia é o de nome comercial VALEDOURADO, fabricado pela empresa ILPISA - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS, e nos relatórios constantes da Infração 05 somente constam as demais fornecedoras destes produtos destinados ao autuado, portanto somente Leite Longa Vida fabricado fora do Estado foi considerado nesta infração.

Quanto à alegação de que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, afirmam que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização

realizada no Estado. Mencionam que o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado. Prosseguem tratando da alegação de que a CF não permite tal distinção, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, assinalando que, não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. Destacam que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição.

Afirmam, em relação aos computadores (desktop) e notebooks, fl. 162, que a empresa comete um equívoco ao dizer que os produtos CPU e Netbook (NETB) são acessórios de informática, quando não o são. Esclarecem que acessórios de informática, beneficiados com a carga tributária de 7%, prevista no Art. 87, V, são apenas aqueles listados no Anexo 5-A do RICMS/97, onde não consta CPU e Netbook, pois o primeiro é parte principal do computador (desktop), sendo o 'cérebro' do computador pessoal, e o segundo (netbook) é um notebook menor, normalmente de 10 ou 11 polegadas. Mantém esta infração.

Concluem requerendo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Ao se manifestar acerca da informação prestada pelos autuantes o impugnante apresenta as seguintes ponderações.

Em relação às infrações 03 e 04, destaca que os autuantes reconhecem o equívoco, mesmo que parcialmente, e reduz, consideravelmente, as referidas infrações.

Quanto à infração 05, contudo, apesar dos fartos argumentos levantados na peça impugnatória, informa que não há nenhum reconhecimento pelos autuantes, de sorte que não houve redução na infração, permanecendo inalterado o valor levantado no auto de infração.

Sustenta que a Informação Fiscal não consegue justificar a manutenção do lançamento fiscal, motivo pelo qual reitera os termos da defesa inicial, na expectativa de que o Auto de Infração seja declarado integralmente improcedente, em relação à parte impugnada.

Ao tratar da infração 03, diz que pós a impugnação, os autuantes reconhecem, mesmo que parcialmente, o equívoco na autuação e entende que deve ser reduzida, dessa infração, o valor de R\$4.213,20. Relata que deve permanecer, nessa infração, algumas marcas de "arroz" a o Pepino TING 200G, sob o argumento de que os referidos produtos são "efetivamente" isentos. Reafirma que os referidos produtos autuados não são isentos, mas tributados na saída com alíquotas de 7% e 17%, nos termos dos arts. 50 e 51 do RICMS/BA.

Destaca que, como não há isenção na saída dos referidos produtos, improcede a acusação fiscal. Observa que o feijão e o arroz, nos termos do art. 78-A do RICMS/BA, têm redução de 100% na base de cálculo do ICMS nas operações internas. No entanto, acrescenta que no relatório fiscal muito menos na presente informação fiscal ora combatida, não há nenhuma menção se os produtos em comento tiveram como destinação o mercado interno ou interestadual o que, por si só, invalida a autuação fiscal, consoante determina o art. 18, II e IV, 'a', do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), em razão da ofensa ao art. 2º e 39, III, também do RPAF/99 que transcreve.

Assinala que em relação à destinação, os autuantes não se manifestaram quanto das Informações Fiscais o que se pode concluir pela concordância com os argumentos levantados na defesa. Até porque, não estamos efetivamente diante de produtos com isenção.

Observa que os autuantes mantêm, ainda, na autuação o produto PEPINO TING. Afirma que a isenção sobre esse produto é exclusiva quando a sua saída se der em estado natural, resfriado ou congelado, a teor do art. 14, I "a", 13, do RICMS/BA (da época dos fatos geradores),

Colaciona foto ilustrativa do produto PEPINO TING, para comprovar que na verdade trata-se de conservas, produto não beneficiado com a isenção, posto que não se confunde com o pepino em estado natural, resfriado ou congelado.

Arremata asseverando que improcede a acusação fiscal visto que o crédito fiscal referente a esses produtos é possível, haja vista sua tributação normal na saída.

Ao cuidar da Infração 04 observa que apesar do esforço fiscal, o fato é que a referida infração também improcede. Observa que essa improcedência foi admitida pelo autuante quando reconheceu, mesmo que parcialmente, o seu equívoco em R\$213.055,04.

Menciona que os artigos 352 a 369 do RICMS/BA dispõem sobre a antecipação tributária nas operações internas, cabendo ao art. 353 listar, de forma taxativa, as operações/produtos sujeitas à antecipação. Diz que o autuante, a princípio, só deveria “glosar” o crédito em relação aos produtos listados no referido artigo. Acrescenta explanando que, como o imposto em questão é não-cumulativo, deveria o autuante, primeiro, recompor a escrita fiscal para, segundo, exigir eventual saldo devedor do imposto.

Afirma que não pode a fiscalização simplesmente autuar sob o argumento de crédito indevido quando esse crédito, na verdade, foi estornado quando do débito, pelo contribuinte, na saída. Destaca que esse suposto crédito indevido, na prática, não causou qualquer prejuízo financeiro para o Fisco, apenas de controle.

Assevera que se o produto está sujeito à antecipação tributária, as operações seguintes estão livres de tributação, porque antecipada e essa é a regra que deve ser adotada. Observa que se por equívoco, faz-se o crédito, com débito posterior, nesse caso, a despeito do erro (acessório), não há prejuízo para o Fisco, na medida em que o crédito é anulado pelo débito. Ressalta que a apuração do ICMS é composta pelo total do ICMS devido pelas saídas ocorridas no mês, depois de compensados os créditos de ICMS incidente sobre a aquisição das mercadorias revendidas (não-cumulatividade). Prossegue esclarecendo que não é o simples fato de haver crédito indevido que importa recolhimento a menor do ICMS, tal como acusa o Fisco, pois, tendo havido, igualmente, débito indevido, um anula os efeitos do outro.

Diz que, consoante acusação fiscal, lhe fora imputado o aproveitamento indevido de créditos das entradas, o que teria importado recolhimento a menos de ICMS. No entanto, afirma que a acusação deixa de observar que houve débito de tais mercadorias na saída, fato que importou na anulação dos efeitos do crédito indevido. Ressalta que tendo havido o estorno automático do crédito indevido, este não produziu efeitos, de forma que não se pode falar em falta de recolhimento de ICMS.

Enfatiza que há ainda a glosa do crédito sobre os seguintes produtos que, ante ausência de previsão no art. 353 do RICMS/BA, não estão sujeitos a antecipação como é o caso, por exemplo, leites fermentados, bebidas lácteas, das massas para pastel e pizza, colchonetes (o art. 353 restringe para colchões).

Insiste na improcedência da acusação na medida em que imputa, erradamente, que “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária”, tendo em vista que foram listados produtos não sujeitos a tributação antecipada e não foi observado que houve a tributação, na saída, dos produtos sujeitos à antecipação.

Ao se reportar à infração 05 reafirma que o autuante acusa que foi aplicada a alíquota errada de 7% nos produtos Leite Longa Vida e computador de mesa ou computador portátil (notebook).

No que concerne ao Leite Longa Vida, ressalta que na saída desses produtos aplicou corretamente a alíquota de 7%, em virtude do que dispõe o inciso XXXV, do art. 87 do RCIMS/BA, que reproduz. Acrescenta que o referido dispositivo que prevê uma redução na base de cálculo do ICMS de sorte que a carga tributária corresponda a 7%, sobre o Leite Longa Vida fabricado na Bahia. No entanto, ressalta que o autuante não especifica, em sua planilha, a origem do leite adquirido, e que a prova, no caso, cabe a quem alega. Por isso, afirma que é nula, de pronto, a alegação fiscal, nos termos dos artigos 2º, 18, II e IV, “a”, e 39 ambos do Decreto nº 7.629/99

(RPAF). Ressalta que somente na informação fiscal, é que o autuante justifica que somente o VALEDOURADO é que é fabricado na Bahia e que a prova deveria estar carreada quando da acusação fiscal, momento oportuno e com prazo que tinha para se defender e não agora nas informações fiscais, onde o contribuinte dispõe de um prazo exíguo.

Assevera que mesmo que o leite tenha sido adquirido em outra Unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque é incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, consoante as razões já devidamente expostas na peça impugnatória. Prossegue enfatizando que não se pretende, nesse caso, como alega o autuante, requerer a constitucionalidade do referido dispositivo, mas que ele seja aplicado conforme a constituição, pois, se aplicado conforme a constituição, não haverá distinção quanto à origem do leite. Arremata observando que essa aplicação não é opção do julgado, mas obrigação nos termos dos artigos 1º, 37, 150, V e 152, todos da CF/88.

Destaca que em relação ao computador de mesa e notebook de fato, pelo art. 87, XLIV, incisos V e VI, do RICMS/97, carga tributária correspondente a esses produtos é 12%.

Observa que, pelo relatório fiscal, em relação à infração 05, a cobrança não se restringe aos computadores de mesa e notebooks, mas também aos aparelhos, máquinas e acessórios que, pelos dispositivos acima, estão sujeitos a alíquota (carga tributária) de 7%, tais como CPU SIM D1550 2GB, CPU CCE A220L 2GB 200HD ATM LN, CPU STI DVF316A PT-PR, NETB HP 110-3115 1GB 160HB ATM BR, ADAPT 2P+T 10A/250V.

Destaca que, em relação ao CPU, que não se trata do computador de mesa, como alega o autuante, mas em parte (equipamento) do computador, e sendo assim, improcede a acusação fiscal.

Conclui reiterando todos os fundamentos e pedidos formulados na defesa, em especial o julgamento do Auto de Infração em questão, preliminarmente, nulo e, no mérito, improcedente, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que os procedimentos encontram-se em perfeita harmonia com a legislação vigente, bem como por todas as demais razões trazidas à colação.

Em nova informação fiscal os autuantes destacam que a empresa não apresentou nenhum fato novo e reiteram os argumentos anteriores.

Constam às fl. 387 a 390, extratos do SIGAT discriminando o pagamento parcial do débito lançado de ofício.

VOTO

Inicialmente, rechaço a preliminar de nulidade suscitada na impugnação relativa à infração 03, sob a alegação de não constar no levantamento fiscal menção alguma de que os produtos elencados tiveram como destinação o mercado interno ou interestadual, tendo em vista que inexiste qualquer dúvida de que o estabelecimento autuado é um centro distribuidor da rede no Estado da Bahia, centralizando as aquisições e distribuindo internamente para suas filiais na Bahia. Tanto é assim, que em sede defesa, dispondo de oportunidade não carreou aos autos qualquer comprovação de ter praticado operação interestadual com as mercadorias em questão. Portanto, não vislumbro qualquer ofensa ao art. 18 do RPAF/99.

Do mesmo modo, não deve prosperar a nulidade suscitada em relação à infração 05 sob alegação da falta de indicação no levantamento fiscal da origem do leite adquirido pelo autuado, haja vista que se afiguram identificados todos os dados cadastrais dos fornecedores de cada operação, cujas notas fiscais encontram-se todas elas em poder do autuado. Logo, inexiste o alegado cerceamento de defesa. Ademais, o autuado manteve-se silente sobre essa matéria ao ser intimado a tomar ciência da informação fiscal prestada, onde consta reiterado que a única fornecedora de Leite Longa Vida instalada na Bahia não consta do elenco de fornecedores

arrolados no levantamento fiscal, ocasião em que fora concedido o prazo de mais dez dias para manifestação.

No tocante à arguição de constitucionalidade pelo fato de suposta adoção de tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados, atinente ao Leite Longa Vida adquirido em outros Estados na infração 05, ter violado os artigos 1º, 150, V e 152, o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da CF, constato que a imputação encontra-se embasada na legislação aplicável (art. 87 do RICMS/97), portanto, trata-se da aplicação do direito posto descabendo qualquer confronto no âmbito dos órgãos administrativos. Ademais, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, expressamente exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstengo de manifestar a respeito.

Quanto ao pedido formulado pelo autuado de diligência e perícia, indefiro, uma vez que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, incisos I e II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, constato que as infrações 01 e 02 foram reconhecidas pelo autuado. Assim, considero procedentes diante da falta de controvérsia.

A infração 03 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com isenção do imposto.

O impugnante em sede de defesa contestou o cometimento da infração sob o fundamento de que diversos produtos arrolados no levantamento fiscal não são isentos, mas tributados com alíquotas de 7% e 17%, por isso, requereu a improcedência da infração. Alegou também que as mercadorias foram tributadas nas saídas colacionando cópias de notas fiscais com destaque do imposto para comprovar sua assertiva, fls. 264 a 274.

Os autuantes informam que, efetivamente, se equivocaram na realização do levantamento fiscal da infração 03 e refez o levantamento excluindo os itens apontados na defesa com exceção do produto Pepino Ting. Com as exclusões reduziu o valor do débito em R\$4.213,20, conforme se verifica discriminado na planilha acostada às fls. 327 e 328.

Depois de examinar os elementos que compõem essa infração verifico que estão corretas as exclusões efetuadas pelos autuantes, haja vista que foram afastadas as operações com saídas tributadas. Entretanto, constato que o produto Pepino Ting, por se tratar produto em conserva, não se enquadra como produto *in natura*, portanto, é tributado nas saídas. Logo, também devem ser excluídas do levantamento as operações com o produto Pepino Ting, nos valores de R\$22,99, R\$23,00, R\$66,67 e R\$20,69, constantes do levantamento fiscal, respectivamente às fl. 111, fl.112, fl.133 e fl.114, que totalizam R\$133,35. Assim, somado com a redução de R\$4.213,20, apurada pelos autuantes totaliza o montante de R\$4.346,55, que resulta na redução da exigência da infração 03 para R\$10.119,03.

Quanto à alegação do impugnante de que ocorreu a tributação normal nas saídas, depois de compulsar as cópias das notas fiscais carreadas aos autos, verifico que realmente constam o destaque do imposto das mercadorias identificadas como refeições prontas a exemplo de “Arroz T João Napolitano CSABOR 175G”, fl. 265. Mercadorias essas já retiradas do levantamento original pelo autuante que reconheceu a improriedade. Portanto, resta evidenciado que o autuado não carreou aos autos comprovação alguma de que as mercadorias isentas e remanescentes do levantamento fiscal foram tributadas nas saídas.

Logo, resta parcialmente subsistente a infração 03, considerando as exclusões efetuadas pelos autuantes, fls. 327 e 328, bem como, com a exclusão das operações com o produto Pepino Ting, acima referidas que resulta na diminuição do débito exigido para R\$10.119,03, a seguir discriminado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO - 03

DATA OCORR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	M U L T A	DÉBITO
31/03/11	09/04/11	3.819,94	17%	60%	649,39
31/05/11	09/06/11	4.972,94	17%	60%	845,40
30/06/11	09/07/11	11.760,76	17%	60%	1.999,33
31/07/11	09/08/07	8.536,76	17%	60%	1.451,25
31/08/11	09/09/07	6.161,24	17%	60%	1.047,41
30/09/11	09/10/07	6.740,53	17%	60%	1.145,89
30/10/11	09/11/07	693,47	17%	60%	117,89
30/11/11	09/12/07	10.901,35	17%	60%	1.853,23
31/12/11	09/01/12	5.936,71	17%	60%	1.009,24
TOTAL DO DÉBITO					10.119,03

A infração 04 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

O impugnante refutou o cometimento da infração apontando diversos itens não sujeitos ao regime de Substituição Tributária que foram incluídos no levantamento fiscal que. Questionou que os autuantes não consideraram que as saídas dos produtos elencados no levantamento fiscal tiveram saídas tributadas e que, por isso, o fisco não teve prejuízo em decorrência falha cometida.

Os autuantes ao procederem a informação fiscal, com exceção do item, MASSA PARA PIZZA, acolheu todas as indicações elencadas pelo autuado, explicando que de foram induzidos ao erro que em virtude da aposição incorreta da NCM nos arquivos magnéticos do SINTEGRA pela empresa. E que por isso, cometera o equívoco apontado. Esclareceram que através de verificação das notas fiscais dos fornecedores, anexadas às fls. 321 a 324, confirmaram que são de NCM fora da antecipação tributária.

Verifico, depois de examinar as correções e ajustes realizados pelos autuantes que as exclusões estão de acordo com a correta caracterização das operações com mercadorias que não figuram no elenco dos itens sujeitos à Substituição Tributária. Ou seja, foram excluídos os leites fermentados, bebidas lácteas e massas para pastel, a exemplo, dos itens: “CHANYTO COM CEREAL COLORI”, fl. 336, “ACTIVIA LIQ AV DANONE 400G”, ACTIVIA L FERMENTADO BIFID. AV. DANONE”, NINHO PET. SUIS 2 E 1 MOR ME 320”, fl. 330, MASSA PARA PASTEL SABORIN 200G, fl. 361. Logo, não deve prosperar a alegação do autuado, desacompanhada de qualquer indicativo inequívoco, de que ainda remanescem glosa de crédito após as exclusões efetuadas com a intervenção dos autuantes na informação fiscal.

No tocante ao produto “MASSA PARA PIZZA” cuja NCM é 19021900, não assiste razão ao autuado, pois, conforme se verifica à fl. 325, estampada no DANFE 1311, encontra-se inequivocamente alcançado pelo subitem 11.4.14 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, portanto, concordo com a manutenção no levantamento fiscal.

Em relação ao produto “Colchonetes”, refutado pela defesa sob a alegação de que o subitem 41, elencado no inciso II do art. 353 do RICMS/BA ostentar a denominação COLCHÕES, cuja NCM é 9404.2, entendo que não deve prosperar a pretensão da defesa, tendo em vista que colchonete nada mais é do que uma espécie do gênero COLCHÃO que se diferencia somente pelo porte ou tamanho. Ademais, ao compulsar a TABELA TIPI, de onde se origina as NCM dos itens elencados no inciso II do art. 353 do RICMS/BA, verifica-se que a posição “Raiz” 94.04 contempla a seguinte abrangência: “Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias,

compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos.” Ou seja, indica que, inequivocamente, a posição 94.04.2 em questão inclui todos os tipos de colchões sem exceção alguma em relação ao porte.

9404.2	- Colchões:	
9404.21.00	-- De borracha alveolar ou de plásticos alveolares, mesmo recobertos	0
9404.29.00	-- De outras matérias	0
9404.30.00	- Sacos de dormir	0
9404.90.00	- Outros	0

Quanto à alegação da defesa de que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal tiveram suas saídas tributadas, não pode prosperar tendo em vista que, se efetivamente ocorreria a tributação nas saídas, apesar da documentação fiscal comprobatória se encontrar em poder do autuado, não foram carreadas aos autos provas inequívocas de suas alegações. As cópias das notas fiscais apensadas pelo autuado, doc. 03, fls. 276 a 325, demonstram que algumas operações foram tributadas nas saídas, entretanto, dizem respeito, somente às operações reconhecidas e excluídas pelo autuante como sendo atinentes a mercadorias não incluídas na Substituição Tributária. Ademais, convém salientar que, por se tratar de mercadorias de identificação genérica, não sendo possível se apurar individualizadamente quais as mercadorias arroladas na autuação, efetivamente, tiveram as saídas tributadas normalmente. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Constatou que os autuantes elaboraram uma planilha constando as exclusões das operações comprovadamente não alcançadas pela Substituição Tributária, fls. 329 a 369, totalizando um montante de R\$213.055,04, que deve ser abatido do total do débito apurado no levantamento fiscal original que resulta na exigência de R\$259.599,10.

Depois de constatar a correção das exclusões efetuadas concluo que a infração 04 está parcialmente caracterizada consoante valores discriminados no demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO - 04

DATA OCORR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	DÉBITO
31/01/11	09/02/11	76.545,24	17%	60%	13.012,69
28/02/11	09/03/11	29.913,12	17%	60%	5.085,23
31/03/11	09/04/11	64.140,35	17%	60%	10.903,86
30/04/11	09/05/11	67.744,12	17%	60%	11.516,50
31/05/11	09/06/11	85.569,24	17%	60%	14.546,77
30/06/11	09/07/11	118.305,00	17%	60%	20.111,85
31/07/11	09/08/07	151.466,53	17%	60%	25.749,31
31/08/11	09/09/07	143.129,88	17%	60%	24.332,08
30/09/11	09/10/07	110.680,76	17%	60%	18.815,73
30/10/11	09/11/07	222.060,12	17%	60%	37.750,22
30/11/2011	09/12/07	200.611,76	17%	60%	34.104,00
31/12/2011	09/01/08	256.887,41	17%	60%	43.670,86
TOTAL DO DÉBITO					259.599,10

A infração 05 imputa ao autuado o recolhimento a menos do ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

O autuado refutou a acusação em relação às operações com Leite LONGA VIDA e com COMPUTADORES e NETBOOKS CPU e outros materiais justificando que está correta a redução de 7% da base cálculo por ele adotada com base no art. 87 do RICMS/BA.

Em relação, especificamente às operações com Leite Longa Vida, sustentou que mesmo tendo sido adquirido em outra Unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque é incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado.

Argumentou que em relação ao computador de mesa e notebook de fato, pelo art. 87, XLIV, do RICMS/97, carga tributária correspondente a esses produtos é de 12%. Observou também que a cobrança não se restringiu aos computadores de mesa e notebooks, mas também aos aparelhos, máquinas e acessórios que, pelos dispositivos acima, estão sujeitos a alíquota (carga tributária) de 7%, tais como CPU SIM D1550 2GB, CPU CCE A220L 2GB 200HD ATM LN, CPU STI DVF316A PT-PR, NETB HP 110-3115 1GB 160HB ATM BR, ADAPT 2P+T 10A/250V.

Os autuantes mantiveram integralmente a imputação sustentando que, em relação ao Leite Longa Vida a redução prevista no inciso XXXV do art. 87 do RICMS/97, somente é destinada às aquisições internas e que todas as notas fiscais arroladas no levantamento se referem a operações oriundas de outras unidades da Federação.

No tocante, aos equipamentos, computadores e *notebooks* os autuantes afirmaram que a redução prevista é de 12% conforme consta expressamente no inciso XLIV do art. 87 do RICMS/97 e os demais acessórios de informáticas estão alcançadas pela redução de 7% prevista no inciso V, do aludido dispositivo regulamentar, e devem estar expressamente elencadas no Anexo 5-A do regulamento.

Depois de compulsar os elementos que fundamentam a infração 05, verifico que a acusação fiscal encontra-se devidamente lastreada em provas incontestes e em conformidade com a legislação pertinente, se não vejamos.

No que diz respeito ao Leite Longa Vida, restou efetivamente comprovado nos autos que somente foram arroladas as aquisições de indústrias instaladas em outros estados. Logo, em total consonância com a exigência estatuída no inciso XXXV do art. 87 do RICMS-BA, que restringe expressamente a aplicação da redução da base cálculo de 7% às operações internas. Entendo que foi estritamente aplicada a legislação vigente, ou seja, o direito posto. Descabe, portanto, qualquer discussão no âmbito administrativo de sua legalidade, como aduziu o autuado em sede de defesa.

Em relação às mercadorias, CPU e NETBOOK, convém salientar que estes itens não se constituem acessórios de informática previstos no Anexo 5-A do RICMS-BA que são alcançados com redução de base de cálculo de 7%, como, equivocadamente, procedera o autuado. É patente e de domínio do senso comum que uma CPU se constitui de uma unidade central de processamento que, apesar de ser a parte mais importante de um computador, isoladamente não pode ser considerada um computador. Eis que, não performa com autonomia como computador, pois depende de periféricos como, monitor, mouse e teclado para sua funcionalidade plena. Portanto, se computador fosse a CPU estaria amparada com a redução de 12% no inciso XLIV do art. 87 do RICMS-BA e, se considerada acessórios de informática, para ter a redução da base de cálculo de 7%, prevista no inciso V do mesmo artigo tem que estar expressamente elencada no Anexo 5-A do regulamento. Como o item CPU não consta do aludido anexo, afigura-se correto o lançamento relativo a esse item. Do mesmo modo, deve prevalecer a autuação em relação aos demais itens citados pelo autuado, a exemplo do item “ADAP 2P+T 10A/250V”.

Quanto aos itens atinentes a computadores portáteis(*Notebook* e *Netbook*), verifico que também deve prevalecer o lançamento efetuado, uma vez que o autuado não respeitou a redução de base de cálculo de 12% prevista no inciso XLIV do art. 87 do RICMS-BA e utilizou equivocadamente a redução estatuída no inciso V, que é descabida, pois esse item não está elencado no Anexo 5-A do regulamento.

Por tudo o quanto exposto, entendo que a infração 05 deve ser mantida, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto expressamente na legislação baiana. Infração subsistente.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, incisos VII “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE E PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0024/12-4**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.711.331,72**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, “f”, VII, “a” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR