

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0024/12-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0017-03/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0247-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Correção de equívocos no levantamento fiscal implicou na redução do débito. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Utilização indevida [leite] e de forma incorreta [produtos de informática] de reduções de base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Preliminar de nulidade não acolhida. Indeferido o pedido de cancelamento da multa por falta de amparo legal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** com relação às infrações 3 e 4, e **NÃO PROVIDO** com relação à infração 5. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal em razão de ter desonerado parte do débito relativo às infrações 3 e 4, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, e de Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b”, tudo do RPAF/BA, com vistas a reforma da Decisão em relação às infrações 3, 4 e 5.

O Auto de Infração lavrado em 16/04/12 acusa o cometimento de cinco infrações totalizando valor de R\$4.928.733,31 sendo que são objeto dos recursos as seguintes:

3. *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%.*
4. *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%;*
5. *Recolheu a menos o ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Exigido o valor de R\$2.954.368,80, 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/97.*

No tocante a estas infrações a 3ª JJF (fls. 399/412), inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada relativa à infração 3, fundamentando que não há dúvida de que as operações foram praticadas no mercado interno, por se tratar de estabelecimento distribuidor da rede no Estado da Bahia e não foi trazido qualquer prova de que tenha praticado operação interestadual.

Da mesma forma, a nulidade suscitada com relação à infração 5, visto que as notas fiscais de aquisição de leite identificam os dados cadastrais dos fornecedores, cujas notas fiscais são de posse do estabelecimento autuado, podendo fazer provas quanto suas alegações, inexistindo

cerceamento de defesa. E ainda, que tomou conhecimento dos esclarecimentos contidos na informação fiscal, quanto aos fornecedores e foi concedido prazo de dez dias para manifestação.

Fundamentou que em relação à arguição de inconstitucionalidade referente à adoção de tratamento tributário diferenciado entre produtos fabricados no Estado e de outros, tal previsão é normatizada na legislação estadual, o que exclui da competência dos órgãos julgadores quanto a sua apreciação (art. 167, I, do RPAF/99).

Indeferiu o pedido formulado para a realização de diligência e perícia, por entender que os elementos constantes dos autos serem suficientes para a formação da sua convicção (art. 147, I e II, “a”, do RPAF/BA).

No mérito, ressaltou que as infrações 1 e 2 foram reconhecidas e consideradas Procedentes.

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 ocorreria 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 impropriedade. Portanto, resta evidenciado que o autuado não carrou 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 - I N F R A Ç Ã O - 0 3					
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 ocorrera 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.

Constato 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
30/11/201	09/12/07	200.611,76	17%	60%	34.104,00
31/12/201	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 informática estão alcançados 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 incontestas 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.*

A 3ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 424/450), no qual discorre sobre a autuação, defesa, julgamento e necessidade de reforma da Decisão, pelos argumentos que passou a expor.

Reafirma os argumentos de nulidade da infração 3, por acusar utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS (feijão, arroz, pepino...), que não se trata de produtos isentos e sim tributados com alíquotas de 7% e 17% (artigos 50 e 51) ou beneficiados com redução de base de cálculo em 100% (art.78-A do RICMS/BA).

Suscita a nulidade da infração por entender que há incerteza quanto ao seu cometimento.

Quanto à infração 4, ressalta que apesar da Decisão ora recorrida ter feito a exclusão de parte dos produtos, foi mantido a exigência relativo a produtos “que não estão sujeitos à antecipação” (art. 353 do RICMS/97), ou, “se sujeitos, tiveram a tributação normal na saída”, a exemplo de:

- a) Caju seca e acondicionada - NCM 0801.32.00; são sujeitos à ST os da NCM 2008.11.11.00 e 2008.19.00 (item 29.3) -
- b) Massa para pizza - NCM 1902.30.00 que não consta no art. 353, II.
- c) Produtos de confeitaria - NCM 1704.90.20; são sujeitos a ST os da NCM 1704.90.10 (item 8.5).
- d) Cacau em pó ... e preparações alimentícias – NCM 1806.10.00 e NCM 1904.20.00 que não são sujeitos à ST (Estão sujeito os das NCM 1806.31.10; 1806.31.20; 1806.32.10; 1806.32.20; 1806.90.00; 1904.10.00 e 1904.90.00.

Ressalta que comercializa mais de 20.000 itens o que dificulta adequar-se às alterações constantes da legislação tributária, mas que a despeito de ter aproveitado os créditos fiscais relativos às entradas, efetuou tributação dos produtos nas operações de saídas, não provocando qualquer prejuízo à Fazenda Pública Estadual, a exemplo de cópias de DANFES (doc. 03) que junta ao Recurso para tentar comprovar “a tributação dos mesmos pelas saídas”.

Afirma ser imprescindível a realização de diligência fiscal ou perícia para certificar-se dos efeitos econômicos e fiscais, em busca da verdade material, ignorando os débitos lançados o que caracteriza exigência em duplicidade (crédito indevido, sem compensar com o débito).

Atenta que não deve ser fundamentado o direito de restituição de indébito, por ser inadmissível e agredir o ordenamento jurídico, pernicioso à empresa/contribuinte, conforme decisões proferidas por Tribunais Superiores (fls. 433/434), face não ter causado prejuízo ao Erário Público.

Acrescenta que mesmo admitindo a utilização de procedimento em desacordo com a legislação (*creditar se pelas entradas e tributar pelas saídas*), cabia à fiscalização refazer a escrita fiscal da empresa em especial o livro RAICMS “para apontar a existência ou não de créditos tributário nos concernentes períodos” de acordo com o previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Quanto à infração 5, que acusa aplicação da alíquota errada de 7% na comercialização de leite longa vida e computador de mesa ou computador portátil (notebook), argumenta que:

- a) Leite Longa Vida - Aplicou corretamente a alíquota de 7% como previsto no do art. 87, XXXV do RICMS/BA, que prevê uma RBC para o leite fabricado na Bahia, porém os autuantes não especificaram a origem do leite adquirido e que a prova cabe a quem acusa.
- b) Se adquirido em outro estado, entende ser aplicável o mesmo dispositivo, por ser incabível conferir tratamento diferenciado a produção de fora do estado (art. 150, V, e 152, da CF/88).

- c) Computador de mesa e notebook reproduz o art. 87, XLIV do RICMS/97 para tentar demonstrar que a RBC corresponde a 12%, mas os incisos V e VI do mesmo artigo prevê RBC nas operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados... (Anexo 5-A) ou programas para computadores ... que equipare a 7% (Convênio ICMS 84/96).
- d) Entende 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 à 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*”.

Conclui que improcede à acusação relativa a esta infração.

Discorre sobre os princípios norteadores do Processo Administrativo, meios de prova, aspectos das presunções, a busca da verdade material, o excesso de formalismo, economia administrativa e primado da eficiência (art. 37 CF), transcreve decisões de julgados e formula quesitação (fls. 445) que espera serem respondidas na realização de diligência ou perícia.

Ressalta que a multa aplicada de 60% é confiscatória, não cumpre a função educativa e sim atenta contra o patrimônio do contribuinte, conforme tem decidido os Tribunais Superiores.

Cita doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que a multa aplicada atenta contra os princípios constitucionais de vedação do confisco e da capacidade contributiva.

Por fim, invoca o benefício da dúvida previsto no art. 112, do CTN, afirmando que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Requer reforma da Decisão por preterimento do direito de defesa, conversão do feito em diligência e no mérito que seja julgado improcedente as infrações combatidas. Alternativamente que a multa seja reduzida ou afastada.

A 1ª CJF converteu o processo em diligência (fls. 485/486), para que os autuantes fizessem exclusão dos valores relativo a mercadorias (fls. 452/479), que constem NCM de produtos não relacionadas no art. 353, II do RICMS/97 (infração 4 - demonstrativos às fls. 329 a 369).

Com relação à infração 5, dado ao volume de operações contidas no arquivo magnético (CD à fl. 146 - cópias da primeira e última folha 130 a 142), que esclareçam se contemplam mercadorias que configurem aparelhos, máquinas e acessórios (processamento de dados) e façam a exclusão.

Na informação fiscal (fl. 496/508), com relação à infração 4 os autuantes disseram que o produto:

- a) massa para pizza tem NCM 1902.19.00 - produto submetido ao regime de Substituição Tributária (ST – NF fl. 490). Entretanto, o autuado emitiu documentos fiscais com a NCM 19.02.30.00 - fora do regime de ST (fl. 454). Em atendimento a orientação da diligência, elaborou demonstrativo (janeiro a dezembro/11) totalizando valor de R\$21.970,07;
- b) chocolate em pó - reconhecem que não integra o regime ST, que contempla chocolate em barra. Elaborou demonstrativo que totaliza R\$1.061,51;
- c) chocolate branco - NCM 1704.90.10 - submetido ao regime da ST (fls. 492/495). A empresa tributou as operações com o produto (fl. 491), elaborou demonstrativo que totaliza R\$28.882,02;
- d) castanha de caju - a empresa tributou as operações com o produto (fl. 491), motivo pelo qual elaborou demonstrativo que totaliza R\$11.007,10.

Concluem afirmando que com as reduções promovidas, refizeram o demonstrativo original contemplando as reduções já promovidas de R\$213.055,04 (fls. 329 a 369) e desta diligência no valor de R\$62.920,70, o que reduz o valor lançado de R\$2.954.368,80 para R\$2.678.393,06.

Informam que para cumprir a diligência não intimou a empresa, tendo em vista que os arquivos magnéticos, NFes e a os arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), possibilitaram identificar os dados necessários a consecução dos trabalhos.

Com relação à infração 5, afirmam que a empresa alega que a CPU (fl. 441) configura acessório de

informática e deveria ser contemplada com redução de base de cálculo (RBC) de modo que se equiparasse a uma carga tributária de 7%. Contestam que, a Unidade Central de Processamento é a parte principal do computador e não configuram acessórios de informática contemplado com a RBC prevista no art. 87, V do RICMS/97, restrito aos listados no Anexo 5-A, e sim com a RBC prevista no art. 87, XLIV que prevê carga tributária de 12%. Mantiveram a infração 5.

No dia 27/12/13 o recorrente peticionou a juntada de Termo de Confissão de Dívida (fl. 511), no qual aproveitando o benefício fiscal previsto na Lei nº 12.903/13, tendo indicado que o valor recolhido refere se exclusivamente às infrações 3, 4 e parte da 5 (total R\$1.433.077,71).

Em 25/04/14, a empresa foi cientificada do resultado da diligência (fls. 520/521) tendo o mesmo se manifestado (fls. 524/526) afirmando que com relação à infração 5, o art. 87, XXV do RICMS/97 prevê RBC do leite longa vida fabricado no Estado para equiparar ao percentual de 7%.

Argumenta que a fiscalização na planilha original não indicou a origem do leite e somente na informação fiscal justificou que somente o leite da Valedourado é fabricado no Estado da Bahia. Requer a nulidade da infração, nos termos dos artigos 2º, 18, II e IV, “a” do RPAF/BA.

Alega que mesmo que o leite tenha sido adquirido em outros estados, a legislação tributária não pode estabelecer tratamento diferenciado entre produção do Estado e de outros estados, por afrontar os dispositivos dos artigos 12º, 37, 150, V e 152 da CF 88. Requer a improcedência da parcela remanescente.

A PGE/PROFIS no Parecer à fl. 529, inicialmente discorre sobre a diligência efetuada e observa que as infrações 1 a 3 foram reconhecidas e pagas, remanescendo a discussão sobre os créditos tributários das infrações 4 e 5, objeto de diligência fiscal, que resultaram em redução de débito.

Quanto à irresignação do recorrente, em relação ao leite longa vida, afirma que não se aplica a RBC nas aquisições fora do Estado e sim sobre o que foi industrializado no Estado.

No tocante à infração 5, ressalta que a CPU não está listada como acessório de informática no Anexo 5-A, motivo pelo qual a mercadoria é tributada em 12% (art. 87, XLIV do RICMS/97).

Por fim, quanto às multas aplicadas, afirma que são adequadas às infrações, conforme disposto no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 532/537 detalhes do pagamento relativo ao lançamento.

VOTO

Conforme descrito no relatório, a empresa reconheceu integralmente às infrações 1 e 2, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 3 e 4 e Recurso Voluntário relativo às infrações 3, 4 e 5.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício face à desoneração de parte dos valores exigidos nas infrações 3 (crédito indevido/isenção) e 4 (crédito indevido/ICMS pago antecipado).

No tocante à infração 3, verifico que na defesa foi alegado que os produtos com a denominação de arroz com diversos sabores (tomate, napolitano, primave, a grega, curry, carreteiro, galinha, brocoli, funghi, ervilha finto) são refeições semiprontas, não são isentos e sim tributados com alíquotas de 7% e 17%, bem como, o produto “pepino ting”, que se trata de conservas (tributado) e não produto “in natura” (isento), conforme notas fiscais acostadas às fls. 264 a 274.

Os autuantes reconheceram que as refeições semiprontas são tributadas e incluíram os valores correspondentes (arroz/sabor), reduzindo o débito em R\$4.213,20 (fl. 327/328).

Não acataram o produto Pepino Ting 200G, por entender que é produto isento (fl. 328).

Por sua vez a 3ª JJF acatou os valores excluídos e excluiu também os valores exigidos relativos ao produto Pepino Ting, totalizando R\$133,35.

Pelo exposto, com relação às refeições semiprontas constata-se que os documentos às fls. 264 a

274 comprovam que são produtos tributados pelo ICMS pela alíquota de 17%.

Com relação ao produto Pepino Ting, o art. 14, I “a” do RICMS/97 contempla isenção de “produtos hortícolas e frutícolas em *estado natural*” (Convênio ICM 44/75). Conforme documento ilustrativo à fl. 379, o produto objeto da autuação é produto de conserva. Portanto, correta a exclusão promovida na Decisão da primeira instância.

Dessa forma, considero correta a Decisão ora recorrida em que reduziu o débito original de R\$14.465,58 para R\$10.119,03 na infração 3.

A infração 4 acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Os autuantes acataram as alegações defensivas e excluíram os produtos (fls. 239/369):

- a) Massa para pastel que não é contemplado com a NCM 1902.1 (art. 353, II, it. 11.4.1 do RICMS/97);
- b) Leites fermentados, bebidas lácteas (Chamyto, Activia, Ninho petit suiss, Danoninho, Danette), que não são iogurtes com NCM 0403.10.00 (art. 353, II, item 3.3 do RICMS/97).

Pelo exposto, restou comprovado que a desoneração dos valores exigidos se deve a inclusão no levantamento fiscal de produtos que não estão enquadrados no regime de substituição tributária, fato reconhecido pelos próprios autuantes, cujo crédito fiscal foi utilizado corretamente.

Assim sendo, não merece qualquer reparo à Decisão que reduziu o débito original de R\$259.599,10 para R\$213.055,04, conforme demonstrativos às fls. 329 a 369.

No tocante ao Recurso Voluntário, ressalto que o mesmo foi interposto no dia 18/03/13 (fls. 424/450), referindo-se às infrações 3, 4 e 5, cujo julgamento da primeira instância relativo a estas infrações totalizava R\$3.177.542,87 (R\$10.119,03 + R\$213.055,04 + R\$2.954.368,80).

No dia 27/12/13 o recorrente peticionou a juntada de Termo de Confissão de Dívida (fl. 511), no qual aproveitando o benefício fiscal previsto na Lei nº 12.903/13, recolheu valor total R\$1.433.077,71 que de acordo com a cópia do DAE à fl. 513 corresponde ao valor do principal de R\$1.378.327,11, no que se refere exclusivamente às infrações 3, 4 e parte da infração 5.

Pelo exposto, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 12.903/13, a confissão de dívida possui caráter definitivo e irretratável, judicial e extrajudicial (artigos 348, 353 e 354 do CPC), o que ensejaria na desistência do Recurso apresentado, tornando-o ineficaz, conforme previsto pelo art. 122, IV do RPAF/BA e extinto o Processo Administrativo Fiscal, nos termos do art. 156, I do CTN.

Entretanto, considerando que após ter sido cientificado do resultado da diligência, o recorrente se manifestou apenas com relação à infração 5, e também, o detalhamento do pagamento à fl. 536 corresponde ao valor integral da infração 3 (fl. 2) e o remanescente jugado da infração 4 (fl. 410).

Assim sendo, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado com relação às infrações 3 e 4, inclusive da nulidade suscitada em relação à infração 3 (fl. 428).

Passo então a apreciar as razões recursais em relação à infração 5, que o sujeito passivo reconheceu parte dos valores exigidos, conforme Termo de Confissão de Dívida (fl. 511), comprovante de pagamento (fl. 513 e fls. 536/537).

A infração acusa utilização indevida do benefício fiscal de RBC, notadamente os produtos leite longa vida adquirido em outros estados e computadores de mesa ou portátil. O valor total exigido é de R\$2.954.368,80, tendo a empresa reconhecido parte, totalizando R\$961.096,59 (fls. 536/537).

O recorrente suscitou a nulidade desta infração sob o argumento de que na planilha original não foi indicado a origem do leite. Verifico que conforme demonstrativo original às fls. 130 a 142 (CD às fls. 146/147) foram relacionados os leites das marcas Italac, Cotoches, Elege, Bom Gosto, Batavo, etc. Na descrição da infração foi indicado que o leite longa vida possui RBC “*apenas para os fabricados no Estado da Bahia*”, conforme disposto no art. 87, XXXV do RICMS/97.

Pelo exposto, entendo que a descrição da infração, indicação do enquadramento e planilhas de cálculo do imposto demonstram que os valores exigidos se referem a produtos adquiridos fora do Estado que não são contemplados com a RBC. Também, que já na defesa a empresa alegou ser incabível conferir tratamento diferenciado entre os produtos fabricados no Estado e de outros estados, o que demonstra ter o sujeito passivo compreendido e se defendido do que foi acusado.

Ainda que, na informação fiscal foi esclarecido que somente o leite Vale Dourado é fabricado no Estado, tendo sido cientificado a empresa. A indicação das marcas dos produtos na planilha original possibilitou ao recorrente identificar a origem dos produtos adquiridos. Concluo que não houve fato impeditivo de exercício do contraditório motivo pelo qual rejeito a nulidade suscitada.

No mérito, com relação a esta infração, o recorrente apresentou dois argumentos:

- a) Inconstitucionalidade da legislação estadual ao conferir tratamento tributário diferenciado entre o leite fabricado no Estado e de outros estados;
- b) Que os produtos objeto da autuação são contemplados com a RBC prevista no art. 87, V e VI RICMS/97.

Verifico que estas alegações foram apreciadas na Decisão da primeira instância, fundamentando que o leite longa vida contemplado com RBC é o produzido no Estado e que os produtos CPU e NETBOOK não são acessórios de informática e não estão relacionados no Anexo 5-A do RICMS/97, logo não são contemplados com a RBC que se equipare a 7% (Convênio ICMS 84/96).

Para facilitar a interpretação, transcrevo os incisos do art. 87 do RICMS/97 que trata da RBC:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos ("hardware"), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

VI - das operações com programas para computadores, em meio magnético ou ótico (disquete ou CD Rom), de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (Conv. ICMS).

XXXV - 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);

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

No tocante ao produto leite longa vida, com relação à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, observo que conforme disposto no art. 155, II da CF 88 compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS, facultando ao Senado Federal (inc. V, "a" e VI) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados.

Por sua vez, o disposto no art. 155, XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Conforme decidido pelo Plenário do STF, a natureza jurídica da redução de base de cálculo, configura uma espécie de isenção parcial (AI-AgR 449051/RS-29/06/06 e AI-ED 497755/PR 13/12/05).

Logo, a RBC de 58,825% estabelecida no art. 87, XXXV do RICMS/97, para comercialização do leite produzido no Estado, equipara a 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados na região Sul e Sudeste, não conflitando com a regra constitucional.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Com relação aos produtos de informática objeto da autuação (CPU, NOTEBOOK, NETBOOK), verifico que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, não configuram aparelhos, equipamentos, periféricos ou suprimentos de uso em informática, visto que não estão

relacionados no Anexo V-A, conforme indicado no art. 87, V do RICMS/97.

Consequentemente, tais produtos são enquadrados como computador de mesa ou portátil, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%, nos termos do inciso XLIV do art. 87 do RICMS/97, situação em que foi considerado a exemplo da Nota Fiscal nº 343608, na qual foi aplicado RBC de 29,41% equiparando a 12% na comercialização e CPU (fl. 138).

Pelo exposto, com relação à infração 5, não acolho as alegações de que utilizou corretamente a redução de base de cálculo, estando correta a Decisão proferida pela primeira instância de que a RBC com relação ao produto leite se restringe ao produto fabricado no Estado e que, o sujeito passivo aplicou a RBC sobre computadores de mesa e portátil de forma que a carga tributária se equiparasse a 7%, cuja carga tributária é de 12%, visto que não se trata de aparelhos, equipamentos de processamento de dados e seus periféricos como prevê a legislação do ICMS.

Ressalto que esta interpretação já foi manifestada no julgamento do AI 269352.0019/11-2, cuja Decisão contida no Acórdão JJF 0274-02/12, foi mantida no Acórdão CJF 0287-13/13.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 5 a 9), se atendido as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário no tocante às infrações 3 e 4 e pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo com relação à infração 5, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado com relação às infrações 3 e 4 e **NÃO PROVER** quanto à infração 5, homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração Auto de Infração nº 269352.0024/12-4, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.711.331,72**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS