

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0005/14-9
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0149-03/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-11/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE PASTEURIZADO. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. Restou comprovado que as operações de comercialização de leite longa vida adquiridos em outras unidades da Federação não se subsumem a redução de base de cálculo instituída pelo art. 1º do Decreto nº 7.826/00, que se aplicam as aquisições de leite fabricado neste Estado de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%. Os produtos de informática objeto da autuação não possuem as NCM's dos produtos elencados no Anexo 5-A do RICMS/97, que são beneficiados com a redução da base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido o pedido de cancelamento da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 16/12/14, exige ICMS no valor de R\$429.261,11, acrescido da multa de 60%, decorre de a empresa ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, (2010/2011).

Na Decisão proferida (fls. 125/131), a 3ª JF fundamentou que:

O presente lançamento fiscal trata-se de recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Analizando a infração e o levantamento fiscal que lhe dá suporte, vejo que o Impugnante reconheceu parcialmente o cometimento da irregularidade apontada, inclusive realizando o recolhimento do respectivo ICMS, entretanto, contestou os lançamentos referentes ao "leite longa vida" e a "produtos de informática".

Nas razões defensivas, o autuado alegou que segundo a acusação fiscal, teria considerado como indevida, a aplicação da base de cálculo reduzida prevista no Decreto nº. 7.826/00. Disse que a controvérsia quanto à correta tributação decorre da expressão “fabricado neste Estado” trazida no dispositivo, porquanto estabelece diferença tributária a ser aplicada entre bens, em função de sua procedência. Se oriundo do Estado da Bahia, a base de cálculo do ICMS é reduzida em 58,825% o que equivale à alíquota de 7%. Se procedente de outro Estado, a base de cálculo é integral, o que equivale à aplicação da alíquota de 17%. Afirmou que tal discriminação é vedada pelos arts. 150, V, e 152 da Constituição Federal de 1988.

Analizando a matéria em discussão, observo que não se trata de majoração de carga tributária como alegou o autuado, mas sim de um benefício destinado a incentivar internamente, os produtores de leite estabelecidos no estado da Bahia. Portanto, cabe a aplicação do disposto no decreto 7826/00, que determina a utilização do benefício da redução da base de cálculo nas aquisições de leite de fabricação interna e não de fabricação de outras unidades Federativas, conforme utilizado pelo autuado, conforme dispositivo in verbis:

*“Art. 1º - Fica reduzida em 58.825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, **fabricado neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento)” (grifo nosso).*

Destaco que como se depreende do dispositivo acima transcrito, a redação vigente do artigo 1º do Decreto nº 7.826/00 determina que a utilização da base de cálculo reduzida apenas poderá ser adotada nas aquisições de

leite de fabricação interna e não de fabricação em outras unidades da Federação, fato este não negado pelo recorrente, ou seja, que utilizou a redução da base de cálculo para operações com leite originados de outros Estados, insurgindo-se contra o dispositivo infra-legal por entendê-lo inconstitucional.

Constato que restou comprovado que o sujeito passivo utilizou indevidamente o benefício previsto no art. 87, XXXV, RICMS/97, vigente à época, nas vendas de leite longa vida, em relação às mercadorias produzidas fora do Estado da Bahia. A própria escrituração fiscal do sujeito passivo atesta a origem do leite, cuja redução da base de cálculo foi constrangida, ao efetuar o registro das saídas com alíquota de 7%, como provam os documentos trazidos aos autos.

Registro que na informação fiscal o autuante declarou que com relação à origem do “leite tipo longa vida”, as únicas marcas fabricadas no estado da Bahia e comercializadas pelo autuado são a Valedourado e a Alimba, que são produzidas pela empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob inscrição estadual 51.109.077 e CNPJ 09.342.379/0097-34. Afirmou que estas duas marcas foram devidamente excluídas do roteiro de auditoria realizado pela fiscalização de forma a não constar nenhuma delas nos relatórios da infração. Todas as demais marcas de “leite tipo longa vida” e que integram o levantamento fiscal são fabricadas fora do estado da Bahia.

Constato que cópias de cupons fiscais onde constam os produtos com as respectivas alíquotas aplicadas pela empresa, fls.14/34 e cópias de DANFES onde consta o citado produto com a respectiva alíquota aplicada nas aquisições interestaduais fls. 35/45, comprovam o acerto da autuação.

A restrição imposta pelo artigo 1º do Decreto nº 7.826/00 deve ser mantida, pois o autuado utilizou-se incorretamente do benefício trazido pelo aludido ato normativo, restando comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, originado de outro Estado. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do CONSEF que assim vem decidindo, como o fez no Acórdão CJP Nº 0224-12/09.

Fica consignado que 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, no presente caso àqueles relativos, não só à aplicação das aludidas multas, como também em relação aos atos normativos considerados inconstitucionais pelo autuado, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No tocante a sentença de primeiro grau transcrita pelo recorrente, dando conta de ação anulatória de débito fiscal, considero que se trata de Decisão precária, ainda não transitada em julgado, pendente de Recurso, observando que, ainda que mantida a Decisão de última instância judicial, deverá ser analisada o alcance da mesma, vez que proferida em ação anulatória de um determinado débito fiscal, surtindo efeitos entre aquelas partes e relativa ao objeto específico, qual seja, o débito que visou anular.

Por fim, considero ilegítima a alegação do defendente de abusividade das multas vez que adequadas às questões apuradas no lançamento e estão consignadas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No que tange aos “produtos de informática” citados na peça impugnativa, o Autuado afirmou que houve um equívoco quanto à classificação de alguns produtos. Mencionou que são produtos destinados à utilização em aparelhos de informática e automação, estando subsumidos ao item 8473.50, do Anexo V, do RICMS/BA, portanto, poderiam auferir o benefício da redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente fosse de 7%.

Compulsando os autos vejo que o contribuinte apontou em sua defesa os seguintes produtos: caixa de som, fones de ouvido, controle USB para computadores, headset e amplificador de som.

Observo que conforme afirmou corretamente o autuante em sua informação fiscal, o que define se um determinado produto de informática é beneficiado com a redução da base de cálculo é a sua Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). A subsunção do fato à norma posta, resulta da combinação entre os códigos e a respectiva descrição das mercadorias na NCM.

O art. 87, inciso V, c/c o Anexo 5-A, do RICMS/1997/BA (vigente até 31/03/2012), e o art. 266, XIII, do RICMS/2012/BA (vigência a partir de 01/04/2012), trazem, literalmente, todos os códigos das NCM's dos produtos de informática que são passíveis de redução da base de cálculo.

No presente caso para se identificar se os produtos de informática, consignados no levantamento fiscal podem se beneficiar da redução da base de cálculo, estabelecida no Anexo 5-A do RICMS/BA, deve-se examinar os documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da empresa autuada e sua respectiva NCM.

Observo nos DANFE's acostados aos autos em fls. 99 a 107, que as NCM's inerentes aos produtos em questão e especificadas pelos fornecedores, não fazem parte do rol elencado pela legislação do ICMS, isto é, não há consonância entre os códigos e a descrição das mercadorias constantes nas notas fiscais e aqueles relacionados no citado Anexo 5-A do RICMS/BA, portanto, não têm direito ao benefício da redução.

Neste passo, concluo que os produtos caixas de som, amplificador de som subwoofer, mini fone de ouvido, joystick, headset e joypad, não podem ter sua base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária incidente seja de 7%, devendo submeter-se à tributação normal de 17%.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 142/155) inicialmente ressalta a tempestividade do Recurso, discorre sobre a infração, Decisão da 3ª JF e diz que o julgamento está equivocado, pois ignora a verdade material e a peculiaridade de cada produto, conforme passou a expor.

Afirma que segundo a norma prevista no Decreto nº 7.826/00, vigente a época dos fatos geradores indica aplicação de alíquota de 7% sobre a operação de comercialização do leite longa vida “fabricado neste estado”, porém o art. 1º da CF 88 estabeleceu um elo de cooperação entre os estados, cujo art. 150, V, e 152 da CF 88, veda a instituição de diferenças tributárias entre bens e serviços de qualquer natureza em razão da sua procedência ou destino.

Aduz que o Estado da Bahia insiste na discriminação do leite oriundo de outro Estado da Federação, estabelecendo diferenças entre a tributação relativa ao leite produzido no Estado e fora do estado, entendimento que foi rechaçado pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, que questionava o recolhimento a menos de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível de leite longa vida, cujo teor da sentença (fl. 147), apesar de não ter sido transitado em julgado.

Argumenta que a legislação estadual deve obedecer à hierarquia das normas legais vigentes e considerando que o Estado da Bahia estabelece diferenciação entre a tributação incidente sobre as aquisições entre o produto produzido no estado e de fora do Estado, deve ser reformada a Decisão recorrida.

Quanto aos produtos de informática, afirma que o julgado não considerou os argumentos do recorrente de que se enquadram nos benefícios fiscais previstos no art. 87, V, do RICMS/97, descritos no seu Anexo 5-A, a exemplo de caixas de som, fones de ouvido, controle USB para computadores, dentre tantos outros, todos destinados à utilização em aparelhos de informática e automação, subsumidos ao item 8473.50, do referido Anexo V, o que pode ser constatado a partir dos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores, os quais “pugna de logo pela juntada posterior”.

Assevera que a lei utilizou critério residual, especificando que todas as máquinas, partes e acessórios que não estiverem expressamente compreendidos nos demais itens, enquadram-se nos itens que indica o benefício fiscal, não utilizando critério taxativo, motivo pelo qual requer a declaração da improcedência da autuação.

No tocante a multa aplicada de 60%, afirma que a mesma é desproporcional, confiscatória e inconstitucional, contrariando aos princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco, motivo pelo qual deve ser afastada, conforme preconiza a doutrina e a jurisprudência (ADI 551/RJ; REO 01.165560-5/MG e AMS 79825/PE. Requer o cancelamento da multa.

Ressalta que de acordo com o art. 112 do CTN, que no caso de dúvida de interpretação da norma jurídica, deve ser decidido em favor do contribuinte. Por fim, protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil e tudo mais que concorra para a prática da mais lícita justiça.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 160/165, ressalta que o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF é tempestiva e discute a aplicação da alíquota utilizada pelo contribuinte em relação aos produtos de informática e leite longa vida.

Quanto ao benefício fiscal estabelecido relativo ao leite longa vida, afirma que o benefício fiscal instituído é permitido, conforme art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), o que já foi apreciado no Acórdão nº 0030-12/09 (fl. 163).

No que se refere aos produtos de informática, que houve reconhecimento parcial por parte do autuado, afirma que de acordo com os documentos constantes dos autos e explanação dos autuantes não há como conceder a redução almejada por generalidade e sim de forma específica. Ressalta que a concessão de benefício fiscal deve ser interpretado a norma de forma literal e não pode alcançar os produtos objeto da autuação.

Quanto ao pedido de redução de multa destaca que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não se aplica às multas e que não cabe ao órgão julgador administrativo à apreciação de alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária (art. 167

do RPAF/BA), bem como inexistir previsão de dispensa ou redução de multa em decorrência de descumprimento de obrigação principal, a luz do art. 159 do RPAF/BA.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, observo que o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da defesa inicial, que já foi apreciado na Decisão proferida na primeira instância.

Com relação ao argumento de que a legislação tributária não pode estabelecer diferenças tributárias entre o leite longa vida produzido no Estado e oriundo de outros estados, entendo estar correta a fundamentação da Decisão de que a redução da base de cálculo de prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.826/00, é prevista apenas para o leite “*fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%*”. Logo, o benefício fiscal não se aplica as operações internas com leite adquirido em outras unidades da Federação.

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, conforme já apreciado nas Decisões contidas nos Acórdãos CJF 0224-12/09, CJF 0191-11/13 e CJF 0247-11/14, o 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.

No que se refere à sentença de primeiro grau relativa à ação anulatória de débito fiscal, de acordo com o fundamentado na Decisão ora recorrida, trata-se de “*Decisão precária, ainda não transitada em julgado, pendente de Recurso*”, sendo que a PGE/PROFIS informa que foi objeto de Apelação interposta pelo Estado da Bahia (0375591-23.2013.8.05.001 - fl. 162), que quando for proferida Decisão em última instância judicial, produzirá efeitos apenas com relação ao débito fiscal que pretendeu anular, e não vincula a apreciação da matéria em julgamento de processo administrativo fiscal.

Quanto à aplicação do benefício fiscal de Redução de Base de Cálculo (RBC) sobre as operações com produtos de informática, o recorrente alega que se enquadram no art. 87, V, do RICMS/97, descritos no seu Anexo 5-A, a exemplo de caixas de som, fones de ouvido, controle USB para computadores e outros, subsumidos ao item 8473.50 indiferente de máquinas ou aparelhos das posições 8471.

Por sua vez, a 3ª JJF fundamentou na sua Decisão que o que define o benefício fiscal é classificação da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), cujos códigos estão elencados no Anexo 5-A, do RICMS/97 e os DANFE's acostados às fls. 99 a 107, não se coaduna com os códigos das mercadorias relacionados no citado Anexo 5-A, a exemplo de caixas de som, amplificador de som subwoofer, mini fone de ouvido, joystick, headset e joypad.

Constato que as NCMs indicadas pelo recorrente se referem a:

8471 - Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições.

8473.50 - Partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as máquinas ou aparelhos de

duas ou mais das posições 8469 a 8472

Já os produtos de informática objeto da autuação (fls. 99 a 107) indicam:

Produto	NCM	Fls.
Mini fone, Caixa de som, Headset, Ampl. De som	8518	99, 100, 101, 104, 105, 106
Joystick, Joypad	9504	102, 103, 107

Pela análise da descrição da posição da NCM 8473.50 encartado no Anexo 5-A (art. 87, V do RICMS/97), prevê a RBC de “partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as máquinas ou aparelhos de duas ou mais das posições 8469 a 8472”.

De pronto os mencionados produtos não se enquadram nas posições 8469 - MÁQUINAS DE ESCRIVER; 8470 - MÁQUINAS DE CALCULAR E MÁQUINAS DE BOLSO e 8472 - OUTRAS MÁQUINAS E APARELHOS DE ESCRITÓRIO.

Com relação à posição “8471 - Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições”, que o recorrente alega se enquadrar os produtos acima relacionados, observo que a posição 8473.50 relacionado no citado Anexo 5-A remete para os produtos constantes da posição 8469 a 8472.

Já os produtos objeto da autuação estão relacionados no Capítulo 85 (Máquinas e aparelhos elétricos, de gravação ou reprodução de som, imagem e televisão) e 95 (Brinquedos, jogos, artigos para divertimento e esportes).

Assim sendo, conclui-se que os produtos objeto da autuação não estão enquadrados nos benefícios de RBC previstos no art. 87, V do RICMS/97, por não se enquadrarem nas NCMs relacionadas no seu Anexo 5-A e correta a Decisão proferida pela 3ª JF no Acórdão ora recorrido.

Por fim, no tocante à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que também foi apreciado pela primeira instância e não merece reparo, ou seja, sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, 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 Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração Auto de Infração nº **281424.0005/14-9**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$429.261,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS