

A. I. Nº - 281424.0001/15-1
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/03/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-03/16

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) MATERIAS PARA USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO b). BENS PARA O ATIVO FIXO. Fatos não contestados. Infrações comprovadas. Nos termos do art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em relação às infrações 02, 03 e 04. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2015, refere-se à exigência de R\$799.794,96 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 03.02.02. Recolhimento a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$310.100,68, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 09 a 11;

Infração 02 - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$443.057,21, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 42 a 98;

Infração 03 - 06.02.01. Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro a julho de 2013. Exigido o valor de R\$21.083,48, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 100 a 107;

Infração 04 - 06.01.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, julho, setembro e outubro de 2013. Exigido o valor de R\$25.553,59, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 130 a 134.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 160 a 163, apresenta impugnação, fls. 170 a 191, depois de frisar sua tempestividade e reproduzir o teor dos itens da autuação, articula os argumentos, em essência, resumidos a seguir.

Inicialmente, destaca que reconhece a procedência parcial da infração 01 e a totalidade das infrações 02, 03 e 04, ao tempo em que pugna pela juntada posterior dos respectivos comprovantes de pagamento.

Quanto ao mérito do item 01 da autuação que versa sobre recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação equivocada de alíquotas para os produtos comercializados, no que concerne à parte remanescente não reconhecida, improcede a exigência fiscal porque o Autuante acabou por incluir mercadorias cuja tributação foi feita pela alíquota correta, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados, por exemplo, estarem sujeitos à substituição tributária ou possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual se exige na autuação uma diferença indevida de ICMS.

Apresenta as mercadorias que tributou corretamente, cujas alíquotas a fiscalização considerou equivocadas:

a) Produtos sujeitos à substituição tributária:

Afirma que segundo item 27.5 do Anexo Único do RICMS-BA, os itens, Mochila Leadership Blue 4061, Mochila Leadership Red 4062, Mochila Targus CVR600 PT, Mochila Targus TSB194 PT e Mochila Leadership Black 4066, estão sujeitos ao regime de substituição. Observa que o dispositivo é bastante claro quando lista as classificações dos produtos que quer enquadrar no regime de tributação referido, especificando inclusive as subclassificações: apenas as NCMs 4202.1 e 4202.9, cuja descrição reproduz. Afirma não haver dúvidas de que os produtos em questão se assemelham aos artefatos para estudantes, o que se conclui até de maneira intuitiva, posto que se destinam, especificamente, para acomodação de notebooks e documentos, além de guardar outros objetos de uso cotidiano de estudantes ou empresários, por exemplo. Prossegue aduzindo que nesse sentido, não é difícil notar que o produto incluído no levantamento realizado pela fiscalização está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos importadores ou fabricantes. Arremata ponderando que por essa razão, não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado, em mais este ponto, improcedente no item do Auto de Infração;

b) Produtos isentos - “Alho Porró”:

Assegura que boa parte da presente autuação se refere a produto extrativo de origem vegetal (Alho Porró – código 1-000009916539, Alho Porro Orgânico - código 1-000009924647, etc.), frisa o que determina o art. 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA, cujo teor reproduz. Sustenta que esses produtos não figuram dentre as exceções listadas (“Alho”), posto que se tratam de vegetais diferentes, em que pese o nome parecido, o alho porró não se confunde com o alho. Lembra que de acordo com o art. 111, inciso II, do CTN interpreta-se restritivamente a legislação tributária que trate de outorga de isenção, como no presente caso. Aduz não ser possível distorcer o teor do dispositivo para expandir o conceito de “alho” e abranger vegetal de espécie diferente (“alho porró”). Explica que, da mesma forma que se veda a possibilidade de concessão dessa causa de exclusão do crédito tributário por analogia, não se pode utilizar de interpretação extensiva para retirar o benefício concedido. Assegura que o legislador isentou as saídas dos produtos hortifrutícolas, dentre eles o alho porró, excluindo apenas “alho, *amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes*”. Arremata reiterando seu pleito para que essas mercadorias sejam retiradas do levantamento do fiscal, já que não há que se falar em aplicação equivocada da alíquota de ICMS nas suas respectivas saídas, posto estarem desoneradas do imposto, estando a fiscalização a exigir imposto sem base legal para tanto.

c) Produto “Leite Longa Vida” com suposto erro na adoção da alíquota de 7% ao invés de 17% :

Observa que segundo a acusação fiscal lhe imputa equívoco na forma do cálculo do imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%, sob a justificativa fiscal para a autuação está no fato

de que a legislação estadual no art. 87 do RICMS/97 só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado.

Afirma que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, inciso V, e art. 152, da CF/88 e atropela o pacto federativo, é ilícida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

Frisa que com base no 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”. Destaca que o Prof. Pinto Ferreira, leciona que “torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Assinala que tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.”

Revela que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, inciso II, da CF/88 também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Revela que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Pontua que, como os fundamentos trazidos na decisão recorrida em nenhum momento infirmam o tratamento diferenciado conferido aos produtos advindos de fora do Estado, favorecendo o produzido internamente, em afronta ao art. 150, incisos II e V e art. 152, todos da Carta Magna, não há como ser mantida a autuação.

Assevera que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Ressalta que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxa reduzida a 7%.

Assegura que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe-se a desconstituição da infração.

Depois de colacionar trechos de decisões sobre a matéria proferidos por Tribunais Estaduais e pelo STF, diz restar evidente que, por desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito, caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência.

Como visto, o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida encontra-se pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores. Aduz que o legislador estadual visa, única e exclusivamente, a arrecadação. Agindo dessa forma, corre o risco de ultrajar o critério hierárquico das normas, gerando conflitos (norma estadual x norma nacional) a serem sanados pelo poder judiciário.

Afirma que o conflito encontra-se estabelecido aos arts. 1º, 5º, 150, incisos II e V, 152 e 155, inciso II, §2º, inciso XII, alínea “g”, da CF/88, o Dec. nº 7.826/2000 e o RICMS, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a

7%. Continua destacando que os diplomas citados são incompatíveis entre si (antinomia). Tanto o são que o Poder Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme decisões que a título de exemplo carrega aos autos.

Explica que Antinomia, segundo o jurista Norberto Bobbio, é a “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.” Acrescenta que “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade.”

Registra ser esse exatamente o caso em questão, pois enquanto a Constituição permite uma tributação isonômica para operações internas e interestaduais, o Decreto Estadual proíbe, ficando restrito apenas as operações internas.

Pondera que, embora a questão encontre-se na esfera administrativa, não deve ser esquecido que todas as normas estão incluídas dentro de um mesmo ordenamento jurídico, uma vez que, tanto a norma estadual quanto a nacional fazem parte de um todo e é nesse sentido que a norma deve ser apreciada, levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos.

Esclarece que, em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra. Sugere que, no presente caso, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual, aplicando-se, portanto, a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional. Arremata mencionando que agindo, dessa forma, evitar-se-á a onerosidade tanto para o contribuinte, que não terá que arcar com as despesas de um processo judicial, como, e principalmente, para o Estado que não será condenado em sucumbência.

Diz que a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, incisos II e inciso V, 155, inciso II, §2º, inciso XII, alínea “g” e 152, todos da CF/88, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Afirma que o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Por fim, assinala que, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

d) Redução de base de cálculo dos acessórios de computadores:

Revela que o autuante pretende cobrar ICMS em relação às operações com JoyPad Bright PC/PS2 0056, aplicando a alíquota de 17%, desconsiderando que tais produtos são beneficiados pela redução de base de cálculo para que a carga tributária incidente corresponda a 7%, segundo disposição do art. 266, inciso XIII, do RICMS/BA. Assevera não restar dúvida de que o item em questão se amolda perfeitamente à previsão acima transcrita, posto que se trata de controle/acessório adaptado para vídeo game e computador (posição 84.71). Firma que, enquanto perdurar o benefício previsto no art. 266, inciso XIII, do mesmo diploma legal, as operações internas com os referidos produtos não sofrerão tributação, face à redução na base de cálculo do imposto.

Conclui restar insubsistente a cobrança em relação aos itens mencionados, posto ser notório que se enquadram na previsão contida nos dispositivos aludidos, razão pela qual carga tributária efetiva incidente sobre eles é zero, sendo este o ponto de maior expressão da infração em comento e que deve ser afastado.

Pondera que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Destaca que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Diz ser cediço que a aplicação de tais penalidades dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Explica que, longe de haver fraude ou dolo, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo lhe exigir comportamento contrário, não pode ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regimentos de regência.

Cita trecho de decisão proferida pelo órgão Federal, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF para destacar que, em casos semelhantes os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante.

Frisa que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Ressalta que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, inciso IV, da CF/88. Prossegue frisando que por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes. Prossegue relatando que sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, dispõe que “os critérios para a fixação das multas tributárias devem obedecer aos padrões do princípio da razoabilidade, isto é, devem levar em conta também se a situação ocorrida foi agravada com dolo ou culpa”.

Explica que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência do STF, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Assevera que, como não poderia ser diferente, o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios.

Sustenta que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que concerne à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Pondera que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, eis que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Destaca o entendimento dos Tribunais Superiores exemplificando com trecho da decisão STJ no RESP nº. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561.

Afirma que, pelo desenvolvimento dos argumentos expendidos, resta evidenciado sua manifesta certeza em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da improcedência da Autuação.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável, conforme previsto no art. 112 do CTN.

Conclui requerendo o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal e não sendo acolhido seu pedido anterior, pugna pela redução ou afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

O autuante presta informação fiscal às fls. 218 a 229, articulando as seguintes ponderações.

Inicialmente observa que o autuado reconhece integralmente a procedência das infrações 02, 03 e 04 e que a impugnação refere-se parcialmente à infração 01.

Informa que o autuado efetuou pagamento parcial da infração 01, impugnando o lançamento desse item somente em relação aos produtos “Mochila”, “Alho Porró”, “Alho Porró Orgânico”, “Leite Longa Vida” e “Joypad”.

Especificamente em relação aos produtos “Mochila Leadership Blue 4061, Mochila Leadership Red 4062, Mochila Targus CVR600 PT, Mochila Targus TSB194 PT e Mochila Leadership Black 4066”, lembra que o autuado alega que estes produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária, o que não representa a realidade. No entanto, esclarece que esses produtos são mochilas para notebook, e não se destinam à guarda de documentos ou à guarda de livros e materiais escolares, não se enquadrando no item 27.5 do Anexo Único, do RICMS-BA/12. Revela que esta questão já se encontra devidamente pacificada pelo CONSEF, conforme se observa no Acórdão CJF Nº 0164-11/14. Arremata asseverando restar claro, portanto, que os produtos questionados pela Autuada sofrem tributação normal e o lançamento foi efetivado de forma correta.

No que diz respeito aos produtos “Alho Porró” e “Alho Porró Orgânico”, aduzido pela defesa de que estes produtos estariam acobertados pelo benefício da isenção, e não estariam dentro das exceções listadas pela alínea “a”, inciso I, do art. 265 do RICMS-BA/12, assevera que esse entendimento não pode prosperar, uma vez que os produtos elencados devem fazer parte das exceções previstas na norma acima descrita. Para corroborar sua assertiva traz a colação posicionamento a Diretoria de Tributação - DITRI, através do Parecer nº 26089/2012, que parcialmente reproduz às fls. 222 e 223, no qual consta expressamente que os produtos “Alho” devem ser tributados normalmente.

Arremata asseverando que o produto “Alho Porró” deve ser tributado normalmente, estando correto o lançamento.

Em relação às saídas de “Leite Tipo Longa Vida” para as quais o autuado aplicou uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja produto fabricado no Estado da Bahia, ou não, foi infringido o art. 268, XXIX, do RICMS-BA/12, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados neste estado.

Diz que a alegação do autuado de que há uma “limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais”, 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. Observa que o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Quanto a alegação de que a Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, sustenta não caber nem ao autuante, nem ao Conselho de Fazenda a análise da

constitucionalidade do lançamento tributário. Revela que o próprio RPAF-BA/99, em seu art. 167, inciso I, faz esta restrição.

Pondera restar evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia e, por ser norma de benefício fiscal, a regra supra aludida deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, §2º c/c art. 111, do CTN.

Observa que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino e frisa que este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JJF.

Explica que com relação à origem do “Leite Tipo Longa Vida”, as únicas marcas comerciais fabricadas no Estado da Bahia são a Valedourado e a Alimba, 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. Informa que estas duas marcas foram devidamente excluídas do roteiro de auditoria realizado pela fiscalização de forma a não constarem nos relatórios da Infração 01, já todas as demais marcas de “Leite Tipo Longa Vida” e que integram a Infração 01 são fabricadas fora do Estado da Bahia. Frisa que esse também tem sido o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões sobre o mesmo assunto, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico contra o próprio autuado que ratifica seu entendimento. Arremata sustentando que, pelo expendido, não devem ser acolhidos os argumentos da Autuada concernentes ao produto “leite tipo longa vida”.

Em relação ao produto “Joypad Bright PC/PS2 0056”, apontado como sendo beneficiado pela redução de base de cálculo para que a carga tributária incidente corresponda a 7 %, e que estaria na posição (NCM) 84.71, frisa que, apesar das afirmações, o defendente não traz aos autos qualquer prova de suas alegações.

Observa que para o produto questionado, “Joypad”, já existe entendimento consolidado pelo CONSEF no sentido de não pertencer ao rol de produtos que podem se beneficiar com a redução de base de cálculo prevista no art. 266, Inciso XIII, do RICMS-BA/12, conforme se pode observar nos Acórdãos JJF Nº 0149-03/15 e CJF Nº 0245-12/15. Acrescenta registrando que, além do entendimento consolidado no CONSEF, o próprio autuado efetuou saídas do produto questionado com tributação normal no exercício de 2013, conforme se observa na cópia do cupom fiscal anexada à fl. 227, o que demonstra a completa incerteza e fragilidade de suas alegações. Remata assegurando que o lançamento efetuado para o produto neste processo reveste-se de plena correção.

Quanto ao pedido da improcedência da infração, no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%), salienta que a referida multa de 60% está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Afirma que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou redução pleiteada, e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Arremata explicando que, ante a existência de norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação da defesa.

No tocante ao pedido do autuado para aplicação da interpretação que lhe seja mais favorável caso haja dúvida na interpretação da norma, afirma que não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto às infrações imputadas à Autuada, nos termos do art. 112 do CTN.

Conclui asseverando que, em virtude do impugnante não ter trazido aos autos quaisquer elementos que pudessem elidir as presentes acusações fiscais, pugna pela procedência do Auto de Infração.

Consta às fls. 232 e 233 extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, referente ao pagamento de parte do imposto apurado no presente Auto de Infração correspondente ao débito reconhecido pelo defendente.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, consoante descrição enunciada pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

Inicialmente consigno que, ao analisar os elementos que compõem os autos, constato que o presente lançamento está fundamentado em expressa disposição legal, sendo que a infração está estritamente baseada na Lei 7.014/96, não se configurando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica e da verdade material. Verifico também que o PAF afigura-se revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquiná-lo de nulidade autuação.

Indefiro o pedido para realização de perícia pugnado pelo defendente com base no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

Em sede defesa o impugnante reconheceu a procedência parcial da infração 01 e a totalidade das infrações 02, 03 e 04, tendo inclusive procedido ao recolhimento do montante reconhecido, consoante demonstrativo do SIGAT acostado às fls. 222 e 223.

O mérito do item 01 da autuação versa sobre recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação equivocada de alíquotas para os produtos comercializados.

O impugnante contestou as operações arroladas no levantamento fiscal que apurou a exigência da infração 01 atinentes aos seguintes produtos:

- i) - **Mochila Leadership Blue 4061, Mochila Leadership Red 4062, Mochila Targus CVR600 PT, Mochila Targus TSB194 PT e Mochila Leadership Black 4066** - por ter sido considerados como não sujeitos ao regime de substituição;
- ii) - **Alho Porró e Alho Porro Orgânico** - por ter sido considerado na exceção do inciso I do art. 265 do RICMS-BA/12;
- iii) - **Leite Longa Vida** - por ter adotado a alíquota de 17%, ao invés de 7% e;
- iv) - **Joypad Bright PC/PS2 0056** - por não ter sido considerada a Redução de base de cálculo dos acessórios de computadores.

No que diz respeito às mochilas supra identificadas o impugnante sustentou que esses itens encontram incluídos no regime de substituição tributária sob o fundamento de que constam do item 27.5 do Anexo Único do RICMS-BA/12 que cuida de “Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes - 4202.1 e 4202.9”, previsto nos Protocolos ICMS n°s 109/09 e 28/10, que cuidam especificamente de operações interestaduais com artigos de papelaria. Da análise da descrição e denominação dos produtos constata-se nitidamente que se referem a mochilas para notebook, uma vez que as marcas Leadership e Targus são tradicionais fabricantes nacionais de acessórios para computadores, além de ser informado pelo próprio autuado.

É pressuposto basilar para a inclusão de uma mercadoria no regime de substituição tributária a sua inequívoca convergência não só da NCM correspondente, como também da descrição e da destinação preconizada na norma de incidência simultaneamente.

Ademais, como frisado pelo autuante ao proceder a informação fiscal essa questão já se configura pacificada no âmbito do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF N° 0164-11/14.

Assim, entendo que assiste razão ao autuante e não deve prosperar a pretensão do defendente, haja vista que os produtos mochilas questionados não são alcançados pelo regime de substituição

tributária, eis que não se destinam à guarda de documentos ou à guarda de livros e materiais escolares e se submetem a tributação normal. Saliento que entendimento prevalente neste CONSEF para a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária se faz necessário a convergência simultânea da NCM à descrição e a destinação especificadas pelo legislador e constantes da norma incidência. Neste termos, não merece reparo, sob esse aspecto, o lançamento.

Quanto aos produtos Alho Porró e Alho Porró Orgânico, ao compulsar os elementos atinentes a esses itens impugnados pelo autuado, por entender que estariam acobertados pelo benefícios da isenção preconizada na alínea “a” do inciso I do art. 265, do RICMS-BA/12, constato que deve prosperar.

Verifico que, ao contrário do sustentado pela autuação, o item “alho”, constante do código NCM 0703.20 da TIPI, excepcionado no Convênio ICM/07/80, [alho, amêndoas, avelãs, castanha da Europa e nozes] e os produtos “alho Porró” e “Alho Porro Orgânico - NCM 0703.90, se tratam de produtos hortifrutícolas em estado natural, porém de distintas finalidade e aplicação, em relação ao item “alho”. Portanto, é o que se depreende da intenção do legislador ao nominar especificamente o produto “alho” na exceção. Ressalto também que ao compulsar detidamente o teor da conclusão do Parecer DITRI nº 26089/12, fl. 222, constato que nela não figura expressa e explicitamente os itens, “Alho Porró” e “Alho Porró Orgânico”, e sim, “Alho”.

Logo, entendo que os produtos “Alho Porró” e “Alho Porró Orgânico” devem ser excluídos do levantamento fiscal, os quais constam mensalmente no demonstrativo colacionado às fls. 09 a 11.

Ao compulsar o aludido demonstrativo de apuração, depois de identificar para cada período de apuração as operações com os itens, “Alho Porró” e “Alho Porró Orgânico”, procedi a exclusão dos correspondentes valores lançados mensalmente [jan - R\$220,21; fev - R\$114,81; mar - R\$106,36; abril - R\$79,25; maio - R\$200,77; jun - R\$124,20; jul - R\$243,51; ago - R\$216,09; set - R\$180,75; out - R\$271,93; nov - R\$283,00; e dez - R\$227,96] que totaliza a redução no montante de R\$2.268,84.

No tocante Leite Longa Vida o argumento articulado pelo impugnante para refutar esse item da autuação gravitou exclusivamente em torno da alegação de que a legislação tributaria estadual viola a vedação constitucional disposta no art. 150, inciso V, e art. 152, da CF/88, atropela o pacto federativo, tornado ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

O inciso XXIX do art. 268 do RICMS-BA/12 é taxativo ao preconizar a redução da base cálculo *“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)”*.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação verifico que, efetivamente, somente constam do levantamento fiscal as operações com “Leite Tipo Longa Vida” oriundas de fabricantes não localizados no Estado da Bahia.

Ressalto a impossibilidade legal de enfrentar as alegações alinhadas pelo defendente, todas de cunho atinente a inconstitucionalidade da norma estadual posta, por falecer competência a este Órgão julgador, consoante expressa determinação do inciso I do art. 167 do RPAF-BA/99.

Assim, não acolho as razões de defesa e considero correto o lançamento em relação a esse item da autuação. Aliás, esse tem sido o entendimento prevalente sobre a matéria em reitera decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JIF nº 293-02/12 e JIF nº 56-05/14.

Em relação ao produto Joypad Bright PC/PS2 0056 o autuado sustentou que o produto de NCM, “84.73.30” e descrição “Partes e acessórios das máquinas da posição 84.71.”, se amolda perfeitamente ao preconizado no inciso XII, do art. 266 do RICMS-BA/12 e tem a base de cálculo reduzida.

Além do impugnante não carrear aos autos qualquer comprovação inequívoca de sua alegação, ao compulsar a posição NCM 8471 elencada no inciso XIII do art. 266 do RICMS-BA/12, observa-se que nenhum dos itens elencados nessa posição correspondem ao controle/acessório adaptado para vídeo game e computador indicado na defesa, cuja foto acosta à fl. 183, *in verbis*:

“NCM 84.71 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, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet).”

A não aceitação da redução da base cálculo, prevista no inciso XIII do art. 266 do RICMS-BA/12, para o produto “Joyypad”, também já se constitui entendimento consolidado neste CONSEF como se verifica nas decisões prolatadas nos Acórdãos JJF Nº 0149-03/15 e CJF Nº 0245-12/15.

Ante o exposto, mantenho os lançamentos relativos a esse item da autuação por entender correto o procedimento adotado pela fiscalização, haja vista que o produto “Joyypad” não é alcançado pela redução de base cálculo prevista no supra aludido dispositivo regulamentar.

Nestes termos, concluo pelo subsistência parcial da infração 01, nos termos demonstrativo de débito.

Demonstrativo de Débito da Infração 01			
Dat. Ocorr	Base de Cálculo	Alíquota	ICMS DEVIDO
31/01/13	171.340,29	17,0%	29.127,85
28/02/13	144.530,47	17,0%	24.570,18
31/03/13	183.829,35	17,0%	31.250,99
30/04/13	145.064,65	17,0%	24.660,99
31/05/13	179.073,47	17,0%	30.442,49
30/06/13	156.012,06	17,0%	26.522,05
31/07/13	181.527,47	17,0%	30.859,67
31/08/13	148.150,06	17,0%	25.185,51
30/09/13	140.344,82	17,0%	23.858,62
31/10/13	113.849,59	17,0%	19.354,43
30/11/13	112.774,76	17,0%	19.171,71
31/12/13	134.278,53	17,0%	22.827,35
TOTAL			307.831,84

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0001/15-1**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$797.526,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$354.468,91 e de 100% sobre R\$443.057,21, previstas no art. 42, inciso II, “a” e “f” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR