

A. I. Nº - 281424.0004/18-5
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JUÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.11.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-02/18

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA. MERCADORIAS ESCRITURADAS. Impugnação parcial ao Auto de Infração, mas insuficiente para elidir a acusação fiscal provada nos autos. Rejeitada a nulidade suscitada e indeferido o pedido de diligência e/ou perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 18/06/2018 para reclamar crédito tributário no montante de R\$868.717,49, em face da seguinte infração:

1 – 03.02.02 - Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, estando tudo discriminado conforme Demonstrativo de Débito constante nos Anexos 01 e 02, juntado ao presente PAF, sob a forma de mídia gravada (CD). Período: Janeiro a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação (fls. 87 a 104).

No item 3. Dos fundamentos de mérito, argui a improcedência da acusação dizendo que os produtos listados pela fiscalização estão sujeitos à não incidência, a isenção ou submetidos ao regime de substituição tributária, com liberação na saída, de modo que não há falar em erro de tributação ou falta de recolhimento do imposto, conforme os individualiza:

• Produto sujeito à substituição tributária:

- a) MOCHILA LEADERSHIP BLCK 4066; MOCHILA LEARDRSHIP RED 4062; MOCHILA NOTEBOOK TARGUS 16 TSB193US; MOCHILA NTB TARGUS 15,6TSB785USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15.6TSB515USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15.6TSB516USNAC (Div. descr.); MOCHILA NTB TARGUS 16TSB516 USNAC (Div. descr.); MOCHILA TARGUS TSB194 PT:

Diz que estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme item 27.5 do Anexo Único, reproduzido, não havendo dúvida de que os produtos em questão se assemelham aos artefatos para estudantes, posto que se destinam, especificamente, para acomodação de notebooks e documentos, além de guardar outros objetos de uso de estudantes ou empresários, por exemplo, estando livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos importadores ou fabricantes, entendimento que diz pacífico no âmbito do CONSEF, que se vê no Acórdão CJF nº 0289-12/17, cuja ementa reproduz.

- b) UVA MIX PET 1LT:

Diz que o mesmo ocorreu em relação a esse produto da linha Del Valle, cuja tributação ocorrem por ST. Pedindo a exclusão do item, reproduz DANFE da NF de transferência entre estabelecimentos do autuado, sem destaque de ICMS.

- c) BP SACO BOBINA FRZ 2L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 3L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 5 L C/100:

Diz que também não há que falar em erro na aplicação da alíquota para o produto “saco de lixo”, cuja tributação ocorre de forma exclusiva pela antecipação tributária, nos termos previsto no item 25.36 do Anexo I do RICMS/2012.

• **Produtos/operações não sujeitas a incidência do ICMS:**

Diz haver vício material no lançamento por terem sido tributados com alíquota de 17%, as seguintes mercadorias:

BP OLEO SOJA 900ML; CHARQUE PA EMBL MARFRI KG (Div. Descr.); FILÉ FRANGO PARME SÁDIA 550G; LASANHA BOLONHESA SEARA 600G; LEITE DAMARE INT 1L; LEITE DESN SAB UHT 1L; LEITE INTEG BETANIA 1L; LEITE INTEG LV MANAC 1L; LEITE INTEG SABE UHT 1L; LEITE INTEG VDOURADO 1L, LING CALABRESA REZEN DE KG; LINGUIÇA DE FRANGO A GRANEL; LINGUIÇA TOSCANA A GRANEL; OLEO DE SOJA LIZA 900ML; OLEO SOJA PRIMOR FRITUR 900ML; OLEO SOJA SOYA; OREGANO KITNO 3G; OREGANO KITAPACK KITANO 10G;

Diz que tais mercadorias não saíram com alíquota “zero”. Foram consumidos no refeitório do estabelecimento autuado. Portanto, não que se falar em incidência do ICMS.

Diz que registrou a saída com o CFOP 5949 (Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços não especificados) para efeito de baixa do estoque e que não havendo operação de revenda não há que falar em falta de recolhimento do imposto.

• **Da exorbitância da Multa Aplicada – Afronta o Princípio Constitucional do Não Confisco (art. 150, IV, da CF/88):**

Diz que a multa de 60% é desproporcional e que não cumpriria a função de aplicar justiça fiscal desencorajando a transgressão à legislação tributária.

Transcrevendo excertos de doutrina e reproduzindo trechos de decisões judiciais, discorre sobre o princípio da proporcionalidade e requer o reconhecimento da improcedência da multa fixada ou, subsidiariamente, sua redução para 20% sobre o valor do imposto.

Reproduzindo o art. 112 do CTN e citando decisão judicial pede que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Concluindo, requer o provimento da Impugnação para que seja decretada a nulidade e/ou improcedência do AI e, sucessivamente, se assim não se entenda, que a multa fixada seja reduzida para 20% do valor do imposto exigido.

Também pede que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe for mais favorável, bem como a realização de perícia técnica e diligência fiscal-contábil.

A Autoridade Fiscal autuante presta Informação Fiscal às fls. 189-198. Salienta que do valor autuado (R\$ 868.717,49) o sujeito passivo pagou R\$ 833.966,14.

Rebate as alegações defensivas na seguinte forma:

1) MOCHILA LEADERSHIP BLCK 4066; MOCHILA LEARDRSHIP RED 4062; MOCHILA NOTEBOOK TARGUS 16 TSB193US; MOCHILA NTB TARGUS 15,6TSB785USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15,6TSB515USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15,6TSB516USNAC (Div. descr.); MOCHILA NTB TARGUS 16TSB516 USNAC (Div. descr.); MOCHILA TARGUS TSB194 PT;

Discorda do argumento defensivo de que tais produtos se enquadram no item 27.5 do Anexo Único do RICMS/BA (Subitens 4202.1 e 4202.9).

Diz ser notório o conhecimento de que a inclusão de produto na ST pressupõe a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Os itens são mochilas para notebook e a especificidade atribuída pela descrição as exclui da ST, por ser diversa da indicada no item 27.5 (Maletas e pastas para documentos e de estudante e artefatos semelhantes) que se destinam à guarda ou transporte de material escolar.

Informa que o tema foi matéria do Parecer DITRI nº 25041/2013 reproduzido que confirma seu entendimento, bem como precedentes julgamentos do CONSEF (Acórdãos JJP Nº 0093-04-18 e JJP Nº 0065-04/15).

2) UVA MIX PET 1L

Diz que o Impugnante não aporta prova de que a mercadoria se sujeita à ST, pois apenas anexa o DANFE nº 3.403.057 (fl. 92) que acoberta uma operação de transferência para filial.

Afirma que, conforme se observa nos documentos da indústria (DANFES de fls. 170-171) se trata de REFRESCO/UVA MIX GARRAFA PET CAIXA C/12X1L, produto sujeito ao regime de tributação por conta corrente fiscal.

Aduz que observando a EFD de 2014, das 575 operações com tal mercadoria o sujeito passivo escriturou 557 no regime de conta corrente fiscal e apenas 18 são objeto da exação fiscal.

- 3) BP SACO BOBINA FRZ 2L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 3L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 5 L C/100;

Discorda do entendimento defensivo que tais mercadorias se submetem exclusivamente à tributação antecipada, nos termos previsto no item 25.36, do Anexo I, do RICMS/BA.

Além disso, diz que os itens objeto de autuação não são “sacos de lixo”, mas como se vê da descrição são sacos para armazenagem de alimentos no FREEZER e que, por isso, não se enquadram na ST, como alega o Impugnante. Aduz que também nesse caso há várias operações de saídas normalmente tributadas pelo contribuinte autuado.

- 4) BP OLEO SOJA 900ML; CHARQUE PA EMBL MARFRI KG (Div. Descr.); FILÉ FRANGO PARME SÁDIA 550G; LASANHA BOLONHESA SEARA 600G; LEITE DAMARE INT 1L; LEITE DESN SAB UHT 1L; LEITE INTEG BETANIA 1L; LEITE INTEG LV MANAC 1L; LEITE INTEG SABE UHT 1L; LEITE INTEG VDOURADO 1L, LING CALABRESA REZEN DE KG; LINGUIÇA DE FRANGO A GRANEL; LINGUIÇA TOSCANA A GRANEL; OLEO DE SOJA LIZA 900ML; OLEO SOJA PRIMOR FRITUR 900ML; OLEO SOJA SOYA; OREGANO KITNO 3G; OREGANO KITAPACK KITANO 10G;

Informa que na qualidade de Centro de Distribuição, se creditando do imposto destacado nas NFs, tais mercadorias foram adquiridas pelo autuado para transferência às suas filiais e que quando há consumo dentro do estabelecimento adquirente, há que haver emissão de NF para baixa no estoque efetuando-se, conseqüentemente, o estorno do crédito deve ser efetuado e nas operações autuadas as saídas (baixas) ocorreram sem tributação e sem estorno do crédito e que as operações autuadas também são exceções, já que também há várias operações com mesma destinação e natureza (CFOP 5949) com as mesmas mercadorias, mas com destaque do imposto nas respectivas NFs, como se observa nos DANFE's de fls. 178-185.

DA SUPOSTA EXORBITÂNCIA DA MULTA APLICADA

Fala que não há previsão legal autorizando a não aplicação ou redução pleiteada e falece competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade mencionada pelo Impugnante.

DO INDÚBIO PRÓ CONTRIBUINTE.

Diz que o pedido não prospera porque não há dúvida quanto à infração.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 868.717,49.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 02, 03, 11, 12, 81 e 82, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais

autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 09-12 e CD de fl. 80); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Não estando nos autos vícios que comprometam a eficácia da autuação fiscal, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99, rejeito a arguição de nulidade e por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, caso existam, estão na posse do requerente e cuja prova simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, bem como a prova não depender do conhecimento especial de técnicos, com fundamento no art. 147 do RPAF, indefiro o pedido de diligência e/ou perícia.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

No mérito, a lide se resume aos seguintes pontos: Produto sujeito à substituição tributária:

MOCHILA LEADERSHIP BLCK 4066; MOCHILA LEADERSHIP RED 4062; MOCHILA NOTEBOOK TARGUS 16 TSB193US; MOCHILA NTB TARGUS 15.6TSB785USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15.6TSB515USNAC; MOCHILA NTB TARGUS 15.6TSB516USNAC (Div. descr.); MOCHILA NTB TARGUS 16TSB516 USNAC (Div. descr.); MOCHILA TARGUS TSB194 PT:

Alega o Impugnante que são mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária enquadráveis no item 27.5 do Anexo Único, do RICMS-BA/2012, pois se assemelham aos artefatos para estudantes, posto que se destinam, especificamente, para acomodação de notebooks e documentos, além de guardar outros objetos de uso de estudantes ou empresários, por exemplo e, por isso, as saídas ocorreram sem tributação de ICMS.

Por sua vez, a Autoridade Fiscal entende que as mercadorias são tributáveis pelo regime de conta corrente fiscal, já que as mercadorias objeto da autuação são mochilas para notebook, cuja especificidade e destinação são distintas das mercadorias indicadas no item 27.5 do Anexo Único do RICMS-BA/2012.

Tal questão não é novidade no âmbito do CONSEF, há vários precedentes e ainda que haja uma única decisão favorável ao entendimento do contribuinte – caso do Acórdão que cita na peça defensiva, Acórdão CJF 0289-12/17, a jurisprudência administrativa majoritária a que me alinho é desfavorável – por exemplo: Acórdãos CJF Nº 0164-11/14, CJF Nº 0343-12/17, JJF Nº 0065-04/15, JJF Nº 0106-05/15 e JJF Nº 0093-04/18.

Neste ponto, ponderando a acusação fiscal e a alegação defensiva, constato razão assistir ao Fisco e para evitar dispensável repetição, reproduzo no que interessa ao caso, parte do Voto exarado pela JJF no Acórdão 0014/06/14, cuja decisão foi mantida pela instância revisional no Acórdão CCJ nº 00164-11/14:

(...)No mérito, a acusação fiscal versa, conforme anteriormente afirmado, sobre falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

A base legal para tal cobrança vem a ser o Protocolo ICMS 109/2009, celebrado entre os Estados da Bahia e São Paulo, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com artigos de papelaria, estabelecendo em sua cláusula primeira que nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no seu Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de São Paulo ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade

pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Dispõe, ainda, em seu § 1º que a substituição tributária aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos, e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso ou consumo.

Já a cláusula quinta determina que o imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regularmente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subseqüente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), na forma do Convênio ICMS_81/93, de 10 de setembro de 1993, ou outro documento de arrecadação autorizado na legislação da unidade federada destinatária.

Isso significa dizer que nas operações de vendas de material para papelaria em geral, listado no Anexo do mencionado Protocolo, cabe a substituição tributária, com o seu respectivo recolhimento ao estado destinatário das mercadorias. No caso da autuação, observo que as notas fiscais nele arroladas, se referem a tais produtos, tais como cartolinas, cadernos de diversos tipos (brochuras e espirais), agendas, dentre outros, com suas respectivas NCM's nºs (48025799, 48202000, 48201000), de acordo com cópias dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas constantes das fls. 87 a 174.

Assim, a matéria, diante do fato de sob o aspecto jurídico, não haver questionamento, frente à ausência de qualquer contestação do autuado, deve ser analisada apenas e tão somente no tocante ao princípio da verdade material, frente aos argumentos postos na peça defensiva.

O autuante, nas suas diversas intervenções ao longo do feito, efetuou os ajustes que entendeu pertinente, embora o autuado não se conformasse em sua totalidade. Dessa maneira, passo a analisar os seus argumentos, principalmente aqueles de sua última manifestação.

As Notas Fiscais nºs 50.587 e 51.845, encartadas, respectivamente, às fls. 243 e 244, dizem respeito a materiais com NCM nºs 42022900, 42021210, constantes nos itens 2 e 5 do Anexo ao Protocolo ICMS nº 119/2009, sendo que em relação às bolsas, interessante mencionar-se o teor da resposta à consulta formulada à Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, acerca de matéria correlata, respondida em 04 de outubro de 2013:

"PARECER Nº 25041/2013 DATA:03/10/2013

ICMS. PROTOCOLOS 109/09 e 28/10.

EMENTA: Nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de maletas e pastas para estudantes e para guarda de documentos. A inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente.

O Consulente, atuando neste Estado comércio varejista de equipamentos para escritório - CNAE 4789007 (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à aplicabilidade do regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, na forma a seguir exposta:

Informa a Consulente que irá comprar os produtos abaixo relacionados, e precisa saber se os mesmos deverão ser enquadrados no regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, bem como no art. 289 e Anexo I do RICMS/BA, ou se devem sofrer tributação normal do imposto:

- BOLSA P/ NOTE E NETEBOOK: NCM 42021220, 42022900, 42022210, 42022220, 84716053.

- MALA P/ NOTEBOOK: NCM 42022220, 42021900, 42021220, 42022900.

- **MOCHILA P/ NOTEBOOK: NCM 42022900, 42029200, 42022220, 42021220, 42023900, 42022020.**

- BOLSA JUVENIL ESCOLAR: NCM 42022220, 42029200.

- MOCHILA ESCOLAR: NCM 42029200.

- SACOLA P/ VIAGEM: NCM 42022220, 42029200..

- PASTA FINA C/ELASTICO: NCM 42021210.

- PASTA AZ: NCM 48203000.

- PASTA CATALOGO: NCM 42021210.

- PASTA CLASSIFICADOR: NCM 42021210.

- PASTA MALOTE: NCM 42021210.
- PASTA RISQUE RABISQUE: NCM 42021210.
- PASTA P/DOCUMENTOS C/ZIPER: NCM 42021900.
- PASTA SAFONADA: NCM 42021210.
- PASTA SUSPENSA: NCM 48209000, 42021210.
- PAD P/MOUSE: NCM 40169990, 39261000, 42050000, 40161090.
- CASE PARA CAMARA DIGITAL: NCM 42022900, 42022100, 42022210.
- CASE PARA IPAD: NCM 42021220, 42023200, 84716052.
- CASE PARA IPHONE: NCM 42023200, 39269090, 76169900.
- CASE PARA NET E NOTEBOOK: NCM 42029900, 42022210, 42021210, 42022900, 42021900, 42029900, 42021220.
- CASE PARA TABLET: NCM 42023200, 42021210, 42022210, 42021900, 42029900, 42021220
- CASE PARA HD: NCM 84733039, 42021210, 84733099.
- JOYPED: NCM 84716059, 95045000.

RESPOSTA

Da análise da presente consulta, ressaltamos inicialmente que por força do Protocolo 109/2009 (alterado pelo Protocolo 70/2010), celebrado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, as operações interestaduais com artigos de papelaria especificados no Anexo Único do referido acordo estão sujeitas ao regime de substituição tributária, cabendo ao remetente o recolhimento do imposto incidente nas operações subseqüentes a serem realizadas pelo adquirente. Com o advento do Protocolo 28/10, estabeleceu-se a substituição tributária em tela também para as operações realizadas entre a Bahia e Minas Gerais, tratamento este que, em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia, passou a vigorar a partir de 1º de março de 2010.

Nesse contexto, e no tocante aos produtos especificados no Anexo Único dos citados Protocolos (bem como no Anexo I do RICMS/BA), temos que se encontram inseridos no regime de substituição tributária ali disciplinado os produtos classificados nas NCMs 4202, e descritos como 'Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes'.

Diante do exposto, nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de maletas e pastas para estudantes e para guarda de documentos (a exemplo de pasta classificador, pasta malote, pasta suspensa, pasta sanfonada, pasta c/ elástico, entre outros); ao contrário, tratando-se de malas e/ou sacolas para viagem, destinadas ao transporte de bagagem, ou mochilas, bolsas e case para netebook e notebook, case para ipad e iphone, entre outros, produtos estes que não se destinam à guarda de documentos ou à guarda de livros e materiais escolares, não será aplicável o regime de substituição tributária previsto nos citados protocolos e/ou no RICMS/BA, devendo tais mercadorias sofrer tributação normal.

Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição. Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador".

Embora não vincule a terceiro, conforme entendimento pacificado, tanto doutrinariamente, quanto administrativamente, a resposta concedida, no presente caso, serve de parâmetro para o julgamento de matéria similar, e assim sendo, entendo que a cobrança é legítima, devendo tais documentos serem mantidos no lançamento. (grifos não originais).

- UVA MIX PET 1L

Sem indicar o item do Anexo do RICMS-BA ou específica norma de enquadramento, a alegação defensiva é que essa mercadoria também está enquadrada na substituição tributária. Como prova, aporta apenas cópia do DANFE da NF de transferência entre estabelecimentos do autuado, sem destaque de ICMS (fl.92).

Por sua vez, a Autoridade autuante afirma que, conforme se observa nos documentos da indústria (DANFES de fls. 170-171) se trata de REFRESCO/UVA MIX GARRAFA PET CAIXA C/12X1L, produto sujeito ao regime de tributação por conta corrente fiscal. Aduz que observando a EFD de 2014, das

575 operações com tal mercadoria o sujeito passivo escriturou 557 no regime de conta corrente fiscal e apenas 18 são objeto da exação fiscal.

Pois bem, o regime de tributação geral do ICMS é o modelo de compensação entre débitos e crédito decorrente da movimentação comercial do contribuinte, o que comumente se chama de “tributação normal”. Por consequência, o enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária requer específica normatização no sentido da adequada especificidade descritiva, de modo a estancar dúvida sobre a forma em que será tributada. Nesse caso, a identidade do modelo de tributação das operações com a alegação defensiva havia que ser provada pelo sujeito passivo, o que não foi feito.

Ora, no caso em apreço, como bem observa a Autoridade autuante, a própria escrituração fiscal e dados documentais elaborados pelo contribuinte autuado depõem contra o Impugnante e ratifica a acusação fiscal, já que das 575 NFs contendo tal mercadoria, apenas 18 não foram comercializadas sob regime de conta corrente fiscal. Assim, para este item, também reconheço a pertinência da exação fiscal.

- BP SACO BOBINA FRZ 2L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 3L C/100; BP SACO BOBINA FRZ 5 L C/100;

Alega o Impugnante que não há que falar em erro na aplicação da alíquota para o produto “saco de lixo”, cuja tributação ocorreria de forma exclusiva pela antecipação tributária, nos termos previsto no item 25.36 do Anexo I do RICMS/2012. O autuante discorda desse entendimento afirmando que a exação fiscal não se refere a “sacos de lixo”, mas como se vê da descrição são sacos para armazenagem de alimentos no FREEZER e que, por isso, as mercadorias não se enquadram na ST. Aduz que também nesse caso há várias operações de saídas normalmente tributadas pelo contribuinte autuado.

Ora, pela mesma fundamentação dada ao item anterior, também aqui cabe razão ao fisco e a exação deve ser mantida.

- Produtos/operações não sujeitas a incidência do ICMS:

BP OLEO SOJA 900ML; CHARQUE PA EMBL MARFRI KG (Div. Descr.); FILÉ FRANGO PARME SÁDIA 550G; LASANHA BOLONHESA SEARA 600G; LEITE DAMARE INT 1L; LEITE DESN SAB UHT 1L; LEITE INTEG BETANIA 1L; LEITE INTEG LV MANAC 1L; LEITE INTEG SABE UHT 1L; LEITE INTEG VDOURADO 1L, LING CALABRESA REZEN DE KG; LINGUIÇA DE FRANGO A GRANEL; LINGUIÇA TOSCANA A GRANEL; OLEO DE SOJA LIZA 900ML; OLEO SOJA PRIMOR FRITUR 900ML; OLEO SOJA SOYA; OREGANO KITNO 3G; OREGANO KITAPACK KITANO 10G;

Diz que tais mercadorias não saíram com alíquota “zero”. Foram consumidos no refeitório do estabelecimento autuado. Portanto, não haveria incidência do ICMS.

Diz que registrou a saída com o CFOP 5949 (Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços não especificados) para efeito de baixa do estoque e que não havendo operação de revenda não há que falar em falta de recolhimento do imposto.

Tendo em vista que a ação fiscal da qual resultou o AI foi no sentido de certificar ou não a veracidade dos procedimentos prévios da movimentação empresarial do contribuinte com repercussão no ICMS à cargo do sujeito passivo, mais precisamente com respeito ao cumprimento de seus direitos e deveres tributários, o PAF tem o ônus probatório assim repartido: a) à Autoridade Fiscal autuante, cabe fazer o AI acompanhado dos demonstrativos, levantamentos fiscais e das provas necessárias à demonstração do fato arguido (RPAF: art. 41), o que aqui foi feito com o aporte dos documentos constantes às fls. 07-80 dos autos; b) sob pena de preclusão, ao sujeito passivo cabe fazer sua impugnação acompanhada da prova documental de suas alegações, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos.

No intento e para o caso específico, como prova favorável à alegação defensiva, o Impugnante apenas copiou parte do DANFE 13.504, emitido em 03/12/2014, registrando a saída de mercadorias

tributáveis, cuja natureza da operação é “OUTRAS SAÍDAS”, CFOP 5949 – Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, sem destaque de ICMS.

Ocorre que, quicá inadvertidamente, o próprio Impugnante também aportou aos autos os DANFES de fls. 178-185 com idênticos registros de saídas, porém, com o devido destaque do ICMS e sendo o caso da maioria das operações, faz cair por terra a sua própria alegação defensiva.

Ademais, como diz sua descrição, o CFOP 5949 serve a qualquer saída não especificada de mercadoria e quando é o caso de desvio da destinação original da revenda, como é o caso de consumo do próprio estabelecimento, o estorno do crédito lançado por ocasião da entrada é obrigatório (RICMS-BA/2012: Art. 312).

Contudo, considerando a insuficiência probatória da alegação defensiva e que as mercadorias são tributáveis, correta também é a exação fiscal neste item, convicção a que chego atendendo aos fatos e circunstâncias constantes neste PAF, as alegações e argumentos das partes, ponderadamente apreciados.

Quanto à multa proposta: a) é a legislada para o caso; b) por tratar de descumprimento de obrigação tributária principal, prejudicado está o pedido de seu afastamento ou redução; c) em face do disposto no art. 167 do RPAF, o argumento de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma em vigor não pode ser apreciada no âmbito deste órgão administrativo judicante.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0004/18-5**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$868.717,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR