

A. I. Nº - 281424.0003/20-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. A infração abrange diversos produtos, sendo que a impugnação se refere exclusivamente ao produto do gênero “ovos”. Todas as operações de saída de ovos têm como destino o Estado de Sergipe, e a isenção prevista no CONVÊNIO ICM 44/75, recepcionada pela legislação do Estado da Bahia, através do art. 264, Inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, para o produto “ovo”, é somente nas operações internas. Infração subsistente. Logo, estando afastadas as alegações de defesa de impugnação, relativas ao produto “ovo”, resta então subsistente, a autuação na sua totalidade, vez que, em relação aos demais produtos da autuação, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. Afastada também a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/03/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$162.832,07, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 7 a 117 dos autos, constantes do CD/Mídia à fl. 118, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Consta de informação complementar na descrição dos fatos, que o demonstrativo e documentos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 01 de Auto de Infração, cujas as cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo CD-R.

Lançado ICMS no valor de R\$162.832,07, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 126/133 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rod BA-093, nº. 4120, Palmares, Simões Filho/BA, CEP 43700-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 097.422.620/0146-15 e com Inscrição Estadual sob o nº. 134.883.850, vem respeitosamente, por seu advogado, que subscreve (doc. 01), com escritório na Rua do Brum, nº. 196, Bairro do Recife, na capital do Estado de Pernambuco, onde diz que receberá intimações e notificações, na forma do art. 121, II, c/c art. 123 do Decreto nº. 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA), apresentar impugnação do Auto de Infração em epígrafe, o que faz nos termos a seguir expostos:

I. DOS FATOS QUE ENSEJARAM A AUTUAÇÃO:

Registra que Auto de Infração foi lavrado sob a acusação da falta de recolhimento do ICMS

relativo a operações realizadas entre 31/01/2018 e 09/01/2019, provocada pela suposta aplicação de alíquota diversa da prevista em Lei, conforme descrição da infração:

Infração 01 – 03.02.02: “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.”

Preliminarmente, diz que o lançamento é nulo pelo cerceamento ao direito de defesa, decorrente da ausência de comprovação da infração, pois, a despeito de a planilha fiscal identificar o documento fiscal, o Autuante deixou de apresentar os cupons que deram origem ao lançamento, ou no mínimo, fornecer a respectiva chave de acesso.

E no mérito, diz que a exigência fiscal *in totum* é improcedente, e especialmente no tocante às operações com ovo, vislumbrou-se que o Autuante ignorou que as operações de saída internas e interestaduais com esse produto são isentas, por força do Convênio ICM 44/75, Cláusula 1ª, inciso II, não havendo que se cogitar a falta de recolhimento do imposto.

Assim, diz que o auto de infração combatido se não for declarado de pronto nulo, deverá ser julgado improcedente, consoante fundamentos seguintes.

II. DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO:

II.a) Da isenção nas operações internas e interestaduais com ovo: aplicação do CONVÊNIO ICM 44/75

Diz que, de acordo com o Autuante, teria aplicado alíquota diversa daquela prevista em Lei e com isso deixado de recolher o ICMS no montante supostamente devido.

Registra que o Autuante deixou de considerar que o CONVÊNIO ICM 44/75 dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, inclusive do ovo, nos termos da Cláusula Primeira, inciso II, que destaca:

[CONVÊNIO ICM 44/75]

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

(...) II - ovos, pintos de um dia, aves e produtos de sua matança, em estado natural, congelados ou simplesmente temperados; (Nova redação dada pelo Conv. ICM 14/78, efeitos a partir de 01.03.78)

Observa, então, que a exigência fiscal colide com as determinações do CONVÊNIO ICM 44/75, diante da expressa previsão de isenção, o qual Convênio foi celebrado e ratificado nacionalmente, por meio do Ato COTEPE-ICM 10/75, na forma da Lei Complementar nº. 24/75.

Diz que, como é sabido, a isenção, redução da base de cálculo ou quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais decorrem de Convênio celebrado entre as diferentes Unidades da Federação. E uma vez firmado e ratificado nacionalmente, não pode a Unidade da Federação signatária, unilateralmente, revogá-lo, sob pena de ferir as regras estabelecidas na Lei Complementar nº. 24/75.

Após traçar outras considerações, frisa que a primeira conclusão é a de que o Autuante, ao defender a falta de recolhimento do imposto por erro de tributação, rechaçou as regras do Convênio.

Registra a força imperativa do Convênio, ou seja, diz que a Carta Magna estabeleceu que cabe à Lei Complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, conforme teor do art. 155, inciso XII, alínea ‘g’.

Frisa que essa lei é a LC nº 24/75, que regula a concessão de benefícios fiscais pelos Estados, mediante Convênio, e assim destaca os artigos 1º e 7º.

Mais adiante, diz que, celebrado e ratificado pelos Estados Federados através do Ato COTEPE-ICM 10/75E, a situação prevista no CONVÊNIO ICM 44/75 é justamente a isenção nas operações com ovo, seja esta interna ou interestadual.

Por outro lado registra que o Estado ratificou o CONVÊNIO ICM 44/75. Diz que a ratificação do

Convênio pode ser tácita ou silente ou mesmo expressa, consoante o estabelecido pela Lei Complementar nº. 24/75, conforme disciplina seu artigo 4º:

“Art. 4º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação o poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.”

Aduz que o silêncio do Estado no prazo indicado na norma é também uma forma de aceitação. Portanto, observa que a isenção para as operações com ovo existe devido ao Convênio celebrado e ratificado tacitamente pelo Estado, dentro dos princípios e regras estabelecidas pela nossa Carta Política e pela Lei Complementar nº. 24/75.

Diz que, como não existe convênio autorizativo, no sentido de sujeitar a concessão de isenção ou benefício fiscal à vontade unilateral do Estado, tendo o CONVÊNIO ICM 44/75 sido efetivamente incorporado ao ordenamento jurídico, e não sendo previstas as restrições impostas no Decreto Estadual, improcede totalmente a exigência fiscal.

II.b) Da inexistência de revogação do CONVÊNIO ICM 44/75:

Registra que tanto a concessão como a revogação da isenção tem que ser expressa e estabelecia por Convênio, consoante os claros termos do artigo 1º da Lei Complementar nº. 24, de 07 de janeiro de 1975.

Após destacar trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 84-5, diz que, de modo incontroverso, exsurge que o benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS e suas regras não decorrem do Decreto, mas do Convênio. De igual modo, a revogação também não pode ser unilateralmente por Decreto, por iniciativa do Estado que a outorgou.

Consigna que, se por qualquer motivo o Decreto estadual unilateralmente revogou o direito garantido pelo Convênio, esta revogação, à evidência, é inválida porquanto afronta às regras constitucionais.

Diz que, primeiro, porque sendo a isenção concedida por Convênio, que é Lei em sentido material, não poderia o simples Decreto, que só tem o poder de regulamentar (art. 99 do CTN), arvorar-se na força de revogar o Convênio, por respeito ao princípio da hierarquia das normas jurídicas. E em segundo lugar, porque a revogação da isenção é obra exclusivamente de Convênio ratificado e celebrado pelos Entes Federados: Estados e Distrito Federal.

Após destacar outras considerações, aduz que, seja como for, uma coisa é certa: há isenção nas operações com ovo por expressa previsão do CONVÊNIO ICM 44/75. Assim, diz que improcede a denúncia fiscal.

Neste contexto, após destacar trecho da ementa do Recurso Extraordinário [STF, RE 98952/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25/03/83], diz que, não se pode aceitar a distinção entre Convênio autorizativo, nem a isenção de ICM concedida por Convênio poderá ser revogada por Decreto.

Portanto, encerra sua argumentação destacando que a isenção como relação às operações de saída com ovo, prevista no CONVÊNIO ICM 44/75, é impositiva e obrigatória aos Estados signatários, sendo forçoso concluir pela improcedência do lançamento fiscal, o qual se funda em suposta falta de recolhimento do imposto, inexistente no caso em tela.

III. DA EXORBITÂNCIA DA MULTA APLICADA

Diz 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.

Registra que duas as 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.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração pelo Fisco do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, quando se aplicou às indigitadas operações a isenção prevista em Convênio firmado pelo Estado da Bahia.

Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, 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 exigir comportamento contrário da Impugnante, não pode a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência!

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.

Afora isso (segunda questão), diz perceber 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, IV, da Constituição Federal.

Registra 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.

Após destacar entendimentos de estudiosos do direito, associado a decisões do STF, diz que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Consequentemente, requer-se, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

IV. DO PEDIDO

Ante o exposto, diante dos fartos argumentos pela impropriedade da exigência fiscal, pugna-se que seja declarada a nulidade e/ou improcedência do lançamento.

Sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Outrossim, requer que, em caso de dúvida, interprete-se a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

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

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 158/163, que a seguir passo a descrever:

Diz que o a empresa Autuada, inconformada com o procedimento fiscal, apresentou, tempestivamente, através de seu advogado legalmente constituído, impugnação ao lançamento do crédito tributário conforme documentos às fls. 126 a 151v, cujos fatos e fundamentos de mérito trazidos ao processo passam a ser analisados, em detalhes, a seguir.

a. Pedido de nulidade do auto de infração.

Pontua que Autuada inicia sua Defesa suscitando a nulidade do lançamento fiscal uma vez que “*o Autuante deixou de apresentar os cupons que deram origem ao lançamento, ou no mínimo, fornecer a respectiva chave de acesso*”.

Salienta, inicialmente, a inexistência de cupons fiscais. Diz que a totalidade da infração está amparada por notas fiscais eletrônicas.

Pontua que a Autuada cogita ter havido cerceamento de defesa pela não apresentação das chaves de acesso das NF-es. Diz que a afirmação da Impugnante não pode prosperar. Conforme se pode observar no demonstrativo analítico denominado “*Débito a menor em operações com NFe - Erro na determinação da alíquota - Demonstrativo analítico*” de fls. 08 a 10, parcialmente, e na sua

integralidade no CD-R de fl. 118, os documentos fiscais que lastreiam a infração em comento estão plenamente identificados.

Diz inferir do citado relatório a existência de dados que identificam, sem quaisquer dificuldades ou dúvidas, todos os documentos relacionados. Assim, nota-se que estão descritos, além de outros dados: “a data de emissão, o número do documento fiscal, a sua série, o CNPJ do destinatário, a unidade da federação do destinatário, CFOP, códigos dos produtos, descrições dos produtos” e todos os seus respectivos “valores e alíquotas”, ou seja, as notas fiscais eletrônicas estão individualizadas e totalmente identificadas.

Portanto, afirma que foram fornecidos à Autuada todos os dados necessários para que ela pudesse analisar a cobrança fiscal, ficando evidente a inexistência do cerceamento ao direito de defesa alegado, devendo ser plenamente afastado o requerimento de nulidade do presente auto de infração.

b. Suposta isenção nas operações internas e interestaduais com ovo.

Aduz-se, preliminarmente, que a infração em comento abrange diversos produtos: ALHO A GRANEL KG, JERKED BEEF TRASEIRO NE 400G, LING CALAB PERD 400G NE 400G, OVO GDE OMEGA 3 C/10 OMEGA GRANDE, MORT FGO SADIA 400G NE 400G, PIZZA REZENDE CALABR 460G (Div. descr.), QJ COTTAGE LACFREE NE 200G, CHARQUE DIANT 500G 500G, STEAK FRANGO REZENDE 100GR (Div. descr.), etc. sendo que a impugnação refere-se, exclusivamente ao produto do gênero ovos.

Registra que a impugnante inicia sua Defesa, quanto ao mérito, alegando que as operações de saída com o produto do gênero ovos estariam beneficiadas pela Isenção. Para tanto, cita, além do Convênio 44/75, o Art. 264, Inciso III, alínea “a”, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, a seguir transcrito:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

...

III - as saídas de (Conv. ICM 44/75):

a) ovos, nas operações internas;(grifos acrescidos)

Pontua que a defendente expõe que “...*inexiste disposição do Estado para afastar a isenção das operações internas e interestaduais com ovo*”.

Diz observar que, de fato, o Regulamento do ICMS ratificou expressamente a isenção com as operações internas, nos termos do art. 264, III, alínea “a”. Contudo, operou-se a ratificação tácita com relação às operações interestaduais, visto que não há disposição em sentido contrário.

Consigna que o entendimento da Defendente não pode prosperar, uma vez que, ao analisar as normais legais que fundamentam a questão, a Autuada ignorou o Convênio ICM 36/84, ratificação nacional DOU de 31.12.84 pelo Ato COTEPE-ICM 06/84, adiante transcrito, onde autoriza o Estado da Bahia e outros, a excluir da isenção do ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75, de 10.12.1975:

“CONVÊNIO ICM 36/84. Publicado no DOU de 13.12.84. Ratificação Nacional DOU de 31.12.84 pelo Ato COTEPE-ICM 06/84.

Autoriza os Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe a excluir da isenção do ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75, de 10.12.1975.

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 36ª Reunião Ordinária do Conselho de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 11 de dezembro de 1984, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira

Ficam os Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte,

Rondônia e Sergipe autorizados a excluir da isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, promovidas por contribuintes situados no território estadual.

Cláusula segunda

Este convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1985.

Brasília, DF, 11 de dezembro de 1984” (grifos acrescentados).

Portanto, diz que o Estado da Bahia foi autorizado a excluir da isenção do imposto as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75. Registra que o Art.264, inciso III, alínea “a”, do RICMS/BA, retromencionado, por sua vez, restringiu a isenção somente para as operações internas de saída de ovos.

Assim, aduz que se vislumbra, no demonstrativo analítico anexado aos autos, que todas as operações de saída de ovos têm como destino o Estado de Sergipe, e devem ser tributadas pela alíquota de 12%, em atenção ao conjunto de normas legais em vigor que fundamentam a matéria.

Registra que este tem sido o entendimento do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF – em suas decisões. Como exemplo, transcreve-se o ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/16, emanado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/16

e) Quanto ao Ovo

O Contribuinte invoca o artigo 14, VI, ‘a’ para subsidiar sua defesa. Para o deslinde da questão, faz-se cogente a transcrição da referida norma:

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

(...)

VI - nas saídas:

(...)

b) de ovos, nas operações internas, exceto se destinados a industrialização (Conv. ICM 44/75, 14/78, 20/78, 36/84 e 30/87, e Conv. ICMS 68/90, 09/91, 28/91, 78/91 e 124/93);

Diz que, como informado pela Fiscalização, as operações objeto dessa autuação são vendas para outra unidade da Federação. Do exame dos autos, vejo que todas são destinadas para o Piauí, fato que embasa a autuação e as excluem do âmbito da norma isentiva. Assim procede a autuação conforme julgamento de primo grau.”

Portanto, diz que, a isenção prevista no RICMS/BA, para o produto ovo é somente nas operações internas, sendo que foi cobrado neste auto de infração unicamente as operações interestaduais desse produto, não devendo prosperar, por conseguinte, as alegações da Impugnante.

c. Multa Aplicada

Registra que pprossegue, a Defendente, requerendo a improcedência da infração, no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Inicialmente salienta que a referida multa está amparada pelo artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Em seguida, diz que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, e falece competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei.

Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender à solicitação da Defendente.

d. Do princípio do in dubio pro contribuinte

Por fim, diz que a Autuada requer a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma.

No entendimento do autuante, não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que

não existem dúvidas quanto à infração imputada à Autuada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

e. Da Conclusão

Ante o exposto, e em virtude de que a empresa não trouxe elementos ao processo que pudessem elidir a presente acusação fiscal, solicita-se que seja o presente PAF julgado procedente em sua plenitude.

À fl. 165, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Dr^a Marcela Teresa Martins, OAB/PE nº 33.449, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Preliminarmente, suscita o sujeito passivo a nulidade do lançamento, por cerceamento ao direito de defesa, decorrente da ausência de comprovação da infração, pois, a despeito de a planilha fiscal identificar o documento fiscal, o Autuante deixou de apresentar os cupons que deram origem ao lançamento, ou no mínimo, fornecer a respectiva chave de acesso.

Não é o que observo dos elementos constitutivos do lançamento em lide, pois, como bem destacado pelo agente Autuante, a autuação em sua totalidade está amparada por notas fiscais eletrônicas e não por cupons fiscais; e os documentos fiscais que lastreiam a infração em comento, estão plenamente identificados no demonstrativo de débito, informando “a data de emissão”, “o número do documento fiscal”, “a sua série”, “o CNPJ do destinatário”, “a unidade da federação do destinatário”, “o CFOP”, “os códigos dos produtos”, “as descrições dos produtos” e todos os seus respectivos “valores e alíquotas”, ou seja, as notas fiscais eletrônicas estão individualizadas e totalmente identificadas.

Assim, foram fornecidos ao sujeito passivo, todos os dados necessários para que pudesse analisar a cobrança fiscal, ficando evidente a inexistência do cerceamento ao direito de defesa alegado, afastando, portanto, o requerimento de nulidade do presente auto de infração.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 18/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMERCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501016/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter recolhido a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2018, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 7 a 117 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 118. Lançado ICMS no valor de R\$162.832,07, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo arguiu que a exigência fiscal “*in totum*”, ou seja, na sua totalidade, é improcedente, e especialmente no tocante às operações com ovo, destacando que o agente Autuante ignorou que as operações de saída internas e interestaduais com esse produto são isentas, por força do Convênio ICM 44/75, Cláusula 1^a, inciso II, não havendo que se cogitar a falta de recolhimento do imposto.

Antes de adentrar na análise da arguição do mérito do sujeito passivo, como destacado pelo agente Fiscal Autuante, observo que a infração em comento abrange diversos produtos: “ALHO A GRANEL KG”, “JERKED BEEF TRASEIRO NE 400G”, “LING CALAB PERD 400G NE 400G”, “OVO GDE OMEGA 3 C/10 OMEGA GRANDE”, “MORT FGO SADIA 400G NE 400G”, “PIZZA REZENDE CALABR 460G (Div. descr.)”, “QJ COTTAGE LACFREE NE 200G”, “CHARQUE DIANT 500G 500G”, “STEAK FRANGO REZENDE 100GR (Div. descr.)”, etc. sendo que a impugnação se refere, exclusivamente ao produto do gênero “ovos”.

Nesse diapasão, registra, o sujeito passivo, que o agente Fiscal Autuante deixou de considerar que o CONVÊNIO ICM 44/75, dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, inclusive do ovo,

nos termos da Cláusula Primeira, inciso II, que destaca:

[CONVÊNIO ICM 44/75]

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

(...) II - ovos, pintos de um dia, aves e produtos de sua matança, em estado natural, congelados ou simplesmente temperados; (Nova redação dada pelo Conv. ICM 14/78, efeitos a partir de 01.03.78)

Observa então o sujeito passivo, que a exigência fiscal colide com as determinações do CONVÊNIO ICM 44/75, diante da expressa previsão de isenção, o qual o Convênio foi celebrado e ratificado nacionalmente, por meio do Ato COTEPE-ICM 10/75, na forma da Lei Complementar nº. 24/75.

Neste contexto, têm-se a redação do art. 264, Inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, a seguir transcrito:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

...

III - as saídas de (Conv. ICM 44/75):

b) ovos, nas operações internas;(grifos acrescentados)

Assim, em sede Informação Fiscal, o agente Autuante pontua que a defendente expõe que “[...] inexistência de disposição do Estado para afastar a isenção das operações internas e interestaduais com ovo”. Entretanto, observa que de fato, o RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, ratificou expressamente a isenção das saídas de “ovos”, tão somente com as operações internas, nos termos do art. 264, III, alínea “a” acima descrito. Contudo, diz ter operado a retificação tácita, ou seja, a exclusão tácita, com relação às operações interestaduais, visto que não há disposição em sentido contrário.

Entretanto, vê-se da arguição de mérito do sujeito passivo, que o benefício fiscal da isenção do imposto (ICMS), e suas regras, não decorrem do Decreto, mas do Convênio, no caso em comento, CONVÊNIO ICM 44/75. De igual modo, diz que a revogação não pode ser unilateral por Decreto, por iniciativa do Estado que a outorgou.

Consigna, que se por qualquer motivo o Decreto estadual unilateralmente revogou o direito garantido pelo Convênio, esta revogação é inválida, porquanto afronta às regras constitucionais.

Por sua vez, o agente Fiscal Autuante, registra assertivamente que o entendimento do sujeito passivo não pode prosperar, uma vez que, ao analisar as normas legais que fundamentam a questão, o defendente ignorou o CONVÊNIO ICM 36/84, com ratificação nacional DOU de 31.12.84, pelo ATO COTEPE-ICM 06/84, adiante transcrito, onde autoriza o Estado da Bahia e outros, a excluir da isenção do ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do CONVÊNIO ICM 44/75, de 10.12.1975:

“CONVÊNIO ICM 36/84. Publicado no DOU de 13.12.84. Ratificação Nacional DOU de 31.12.84 pelo Ato COTEPE-ICM 06/84.

Autoriza os Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe a excluir da isenção do ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75, de 10.12.1975. (Grifos acrescentados)

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 36ª Reunião Ordinária do Conselho de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 11 de dezembro de 1984, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira

Ficam os Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe autorizados a excluir da isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM as operações interestaduais dos produtos constantes do Convênio ICM 44/75, de 10 de dezembro de 1975, promovidas por contribuintes situados no território estadual.

Cláusula segunda

Este convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1985.

Brasília, DF, 11 de dezembro de 1984” (grifos acrescidos).

Portanto, está claro que o Estado da Bahia, diferentemente do arguido pela defesa, foi autorizado a excluir da isenção do imposto as operações interestaduais dos produtos constantes do CONVÊNIO ICM 44/75. Registra então, de forma assertiva também o agente Autuante, que o art. 264, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, retromencionado, restringiu a isenção somente para as operações internas de saída de “ovos”.

Neste sentido, compulsando o demonstrativo analítico de débito da autuação anexado aos autos, vejo que todas as “operações de saída de ovos” têm como destino o Estado de Sergipe, e a isenção prevista no CONVÊNIO ICM 44/75, recepcionada pela legislação do Estado da Bahia, através do art. 264, Inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, para o produto “ovo”, é somente nas operações internas. Assim, não deve prosperar, por conseguinte, as alegações da Impugnante.

Observo também, como já destacado acima, que a infração em comento abrange diversos outros produtos: “ALHO A GRANEL KG”, “JERKED BEEF TRASEIRO NE 400G”, “LING CALAB PERD 400G NE 400G”, “OVO GDE OMEGA 3 C/10 OMEGA GRANDE”, “MORT FGO SADIA 400G NE 400G”, “PIZZA REZENDE CALABR 460G (Div. descr.)”, “QJ COTTAGE LACFREE NE 200G”, “CHARQUE DIANT 500G 500G”, “STEAK FRANGO REZENDE 100GR (Div. descr.)”, etc. sendo que a impugnação se refere, exclusivamente ao produto do gênero “ovos”.

Logo, estando afastadas as alegações de defesa de impugnação, relativas ao produto “ovo”, resta então subsistente a autuação na sua totalidade, vez que, em relação aos demais produtos da autuação, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Quanto ao pedido de redução da multa imposta no percentual de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para o patamar de 20% ou 30%, ora em análise, deixo de analisá-lo, visto que esta instância de julgamento não mais possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, ou muito menos de obrigação principal, em conformidade com os §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foram revogados através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, e pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, respectivamente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 281424.0003/20-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$162.832,07**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA