

A. I. Nº. - 279459.0001/08-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTONIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0374-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Documentos juntados com a defesa comprovam a regularidade da aplicação da alíquota em parte das operações. Infração elidida em parte. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual contempla às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando os produtos adquiridos em outros Estados. Infração não elidida. Indeferido o pedido de perícia e rejeitados os pedidos de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 16/06/2008, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 1.043.053,98, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos ICMS no valor de R\$693.411,36 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo ao período janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007 e fevereiro a abril de 2008;

02 – recolheu a menos ICMS no valor de R\$349.642,62 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo a período maio a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a abril de 2008;

Consta na descrição dos fatos que na ação fiscal foram apuradas as seguintes irregularidades:

BEBIDAS ALCÓOLICAS: Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota. O contribuinte aplicou erradamente as alíquotas de 17% ora 7% nas saídas internas de mercadorias como bebidas alcoólicas desde out/2005 e até o momento em que se fechou este PAF; isto para todos os estabelecimentos ativos localizados na Bahia. Conforme art. 87, inciso XXVI do RICMS a base de cálculo é reduzida em 30% nas operações internas com bebidas alcoólicas e, considerando a alíquota de 25% + 2% do Fundo da Pobreza = 27% (art. 50, inciso II, c/c art. 51-A, inciso II), chega-se a uma carga tributária de 18,90%.

OUTRAS MERCADORIAS: Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota. Nos exercícios de 2003 e 2004 houveram saídas de algumas mercadorias com alíquotas erradas, como exemplo: sabonetes, shampoo, desodorante, condicionador para cabelo, vinagre, creme de pentear, margarina, tintura, etc.

Conforme RICMS art. 50, inciso I, todas essas mercadorias neste período (2003/2004) tiveram como alíquota o percentual de 17%, mas o contribuinte praticou indevidamente as alíquotas ora 0% ora 7%.

LEITE LONGA VIDA: Infração 02 – Redução indevida da base de cálculo. Para o leite de gado, o dec. nº 7826 de 21 de julho de 2000, diz que fica reduzida a base de cálculo em 58,825% na operação de saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%. Como prova de que o leite foi comprado fora do Estado, anexou-se cópias de algumas notas fiscais de compra desta mercadoria realizadas pelo Centro Distribuidor da empresa e transferida às lojas. Anexou-se também planilha demonstrativa da relação dessas notas fiscais evidenciando fornecedor, UF, nº NF, CFOP, tudo de conhecimento da empresa, conforme ciência dada às fls. 20/44.

PROVAS PROCESSUAIS: Período de outubro/2005 a abril/2006 – Cupons fiscais. Além de minucioso levantamento realizado através de planilhas demonstrativas que tiveram como fonte de dados os arquivos SINTEGRA da empresa, buscou-se e se colocou como prova os cupons fiscais emitidos pelas ECFs, onde se pode atestar as erradas aplicações das alíquotas (fls. 135/209).

Devido à impossibilidade de se imprimir todos os cupons fiscais das saídas das mercadorias elencadas, relativas às bebidas e ao leite, imprimiu-se alguns deles relativos aos meses jan, dez de 2006 e dez de 2007, gerando-se uma mídia com esses três meses inteiros (fl. 225). Esses cupons fiscais foram gerados através de arquivos MFD (arquivos gerados nas ECFs) fornecidos pela empresa e pelo programa gerador da credenciada BEMATECH.

Período de janeiro/2003 a setembro/2005 – Bobinas. Para os exercícios de 2003/2004 e parte 2005, como ainda não havia a geração dos arquivos MFD, como substituto, anexou-se CD como os arquivos SINTEGRA (TXT) completo, fornecidos pela empresa via internet (fl. 225).

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação ao lançamento tributário às fls. 281 a 297, arguindo preliminar de nulidade por ausência de descrição legal precisa e preterição ao direito de defesa com suporte no art. 18, II e IV, “a”, do RICMS (?), porque nenhum dos dispositivos “enquadrados” especifica, com precisão, a infração cometida pela Impugnante. Diz que todos os dispositivos, se infringidos, o foram de forma reflexa, pelo que entende não serem suficientes à caracterização da infração e, conseqüentemente, não fornecerem segurança ao Auto de Infração.

No caso, a Infração 01 tem por fundamento legal o art. 50 (dispositivo genérico que trata das alíquotas do ICMS); e, art. 124, I (que trata do prazo de recolhimento do ICMS). Todavia não faz referência em que inciso dos artigos citados é referente às alíquotas destinadas ao caso.

Quer dizer, a Impugnante é acusada de ter recolhido a menor ICMS por erro na aplicação da alíquota; não obstante, a Autoridade lançadora não menciona os dispositivos que determinam a tributação respectiva das mercadorias.

Fala que a acusação é genérica e não oferece a segurança que requer a segurança jurídica, além de restringir o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma forma genérica entende encontrar-se o enquadramento da Infração 02: o art. 11 do RICMS é dispositivo genérico que trata do aspecto temporal do ICMS quando do benefício fiscal e o art. 1º do Dec. nº 7.826/2000 trata da redução da base de cálculo nas operações internas de leite, revogado a partir de 27/03/2008. Ocorre que nenhum desses dispositivos dispõe que o “leite longa vida” tem essa ou aquela disciplina tributária, ou que não podem ter sua base de cálculo reduzida por esse ou aquele motivo.

Reproduz considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema para concluir pedindo a declaração de nulidade do Auto de Infração por força do art. 18, II e IV “a” do RPAF.

Diz, ainda, que o processo afronta o art. 142 do CTN por inverter o ônus da prova vez que o fisco é que deve provar: Em relação à Infração 01, que as mercadorias saíram com aplicação da alíquota errada, e em relação à Infração 02, que o leite longa vida foi adquirido fora do Estado e comercializado com redução de base de cálculo, não podendo o fisco “acusar por acusar”.

Aduz que ainda em relação à Infração 01, o crédito tributário relativo ao período janeiro a maio de 2003 está extinto por força de decadência fundada no art. 156, V, c/c 150, §4º, do CTN vez que tomou ciência do auto em 16/06/2008, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo fisco, dos lançamentos (antecipados) relativos ao período janeiro a maio de 2003, salientando que ao caso em questão não se aplica a regra geral de que o prazo para o lançamento conta-se do primeiro dia do exercício seguinte (CTN, art. 173, I) e não do fato gerador porque, no caso específico de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a regra é a disposta no art. 150, §4º, do CTN, porque mais específica, inclusive, já tendo o STJ se manifestado neste sentido.

Conclui que considerando que tomou ciência do AI em 16/06/2008, quando, entende, já estavam tacitamente homologados os lançamentos e pagamentos de janeiro a maio de 2003, que são objeto de cobrança, impõe-se a desconstituição da cobrança daquele período para a Infração 01.

No mérito, pede a improcedência das infrações dizendo que a autuação tomou por base a análise dos arquivos magnéticos sem atentar para a verdade dos fatos constantes dos documentos fiscais respectivos e esse critério utilizado pelo autuante o levou a uma conclusão equivocada.

Em relação à Infração 01 fala que o sistema operacional dos ECFs em razão do enorme volume de itens cadastrados, aproximadamente 40 mil, apresenta erros na emissão do cupom, mas que em nada trouxe de prejuízo para o Erário, porque o imposto total recolhido, ainda que se analisando exclusivamente as operações com bebidas alcoólicas, corresponde à correta carga tributária imposta ao produto, conforme documentos que anexa (cupons fiscais, mapas-resumo e livro de saída).

Diz que não foi observado pelo autuante, também, o fato da impugnante proceder ao ajuste da carga tributária no livro de apuração.

Quanto às outras mercadorias listadas pelo autuante, também improcede o argumento fiscal, pois o que de fato ocorreu foi erro de geração do SINTEGRA, fato que não importou em recolhimento a menor do ICMS, cuja comprovação protesta por juntada posterior.

Aduz que não foi considerado o crédito decorrente do estoque existente em 30/09/2005 de bebidas quentes e aguardentes, quando o Decreto nº 9.547/2005 confere o direito ao crédito tanto do valor do imposto da operação normal quanto do antecipado e que o autuante se esqueceu de compensar o ICMS já recolhido e quer cobrar novamente o mesmo imposto em prejuízo da impugnante.

Acrescenta que não realizando a recomposição da escrita fiscal, o autuante tornou inexistentes os créditos fiscais da impugnante, levantando valores não condizentes com a verdade material, além de desobedecer, especialmente, o princípio da não cumulatividade.

A seguir reproduz ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e de julgados do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco para concluir que improcede a infração por não ter o autuante realizado a composição da escrita fiscal do contribuinte.

Em relação à Infração 02, dizer que a saída do leite apontado no Auto de Infração não goza da redução, por ter sido adquirido fora do Estado é incabível porque confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, estabelecendo, desta forma, limite ao tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, providência vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88, para o que traz excertos doutrinários nessa linha de entendimento.

Concluindo, diz que a autuação merece ser desconstituída por falta de provas documentais salientando que as evidências do equívoco fiscal foram lançadas por amostragem, o que, por si,

invalida o Auto de Infração, ao tempo que protesta por perícia ou diligência e posterior juntada de provas, pedindo:

1. A nulidade do Auto de Infração porque não esclarece as infrações de forma minuciosa, pelo que cerceia o direito de defesa da Impugnante;
2. Ultrapassado o pedido anterior, a desconstituição do Auto de Infração porque desobedeceu ao art. 142 do CTN, segundo o qual o dever de prova é da Autoridade Fiscal, sendo certo que no caso em questão houve a análise por amostragem dos documentos fiscais, bem como dos arquivos magnéticos, com a inversão do ônus da prova para a Impugnante;
3. Ultrapassado o pedido anterior, o reconhecimento da extinção do crédito da Infração 01 em relação ao período de janeiro a maio de 2003 pela decadência; e,
4. No mérito, a improcedência das Infrações 01 e 02 porque a acusação fiscal é de todo improcedente, conforme argumentos constantes da peça defensiva, que são corroborados pelos documentos acostados, com a conseqüente desconstituição do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 780 a 784, salientando que tendo o contribuinte apresentado defesa vem explicar com detalhes seus procedimentos para a exigência fiscal.

Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota – Bebidas Alcoólicas – Período outubro/2005 a abril/2008:

Diz que conforme art. 87, inciso XXVI do RICMS nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, a base de cálculo é reduzida em 30%, efeitos a partir de 01/10/2005 e considerando a alíquota de $27\% = 25\% + 2\%$ do Funda da Pobreza (art. 51, inciso II, “b”, c/c o art. 51-A, inciso II do RICMS), a carga tributária final é de 18,90%.

Lembra que anteriormente a 01/10/2005 as bebidas alcoólicas estavam no regime de substituição tributária, portanto com tributação de 0% nas saídas, e que através de minucioso levantamento gerou planilhas demonstrativas que tiveram como fonte de dados os arquivos SINTEGRA da empresa, sendo esses demonstrativos dados ao contribuinte para a devida conferência em 02 de abril de 2008, conforme fl. 211, oportunidade em que observou a necessidade da intervenção nos ECFs para a devida alteração do cadastro indevido da alíquota de 17%, mas na Defesa a autuada apresenta inadequados argumentos como o de não constituir provas das acusações. Diz que usando o programa gerador de cupons fiscais da credenciada Bematech e de posse dos arquivos MFD (memória da fita detalhe) do contribuinte, produziu e imprimiu diversos cupons fiscais para comprovar a errada aplicação da alíquota de 17% nas saídas internas de bebidas alcoólicas (fls. 135/209)

Salienta que os mapas-resumo e livros fiscais juntados pela Impugnante são do período janeiro/2003 a junho/2004, quando as bebidas estavam no regime de substituição tributária e as cópias dos livros de registro de apuração do ICMS dos meses de outubro/2005 a dezembro/2007 não constata qualquer ajuste (fls. 700/724).

Quanto ao crédito fiscal do Dec. 9.547/2005, este foi lançado normalmente nos meses de out a dezembro de 2005 no total de R\$113.331,42.

Informa que o Centro Distribuidor Bompreço, I.E. 40.721.448, é que realiza as compras de quase a totalidade das mercadorias, transferindo-as para as lojas e foi este estabelecimento que se creditou do ICMS oriundo do Dec. 9.547/2005, acrescentando que reconhecendo a procedência desta infração, a autuada corrigiu seus ECFs a partir de janeiro de 2008, porém para o período de jan a abr/08, o fez indevidamente, porque além de já ter efetuado a cobrança do débito neste PAF, a empresa estava sob ação fiscal.

Outras mercadorias - Período janeiro/2003 a setembro/2005:

Diz que a apresentação de cópias de alguns cupons fiscais lhe ensejou a fazer nova pesquisa nos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, onde constatou nos registros 60R a tributação correta dessas mercadorias (material de higiene) com 17%, pelo que anexa no Demonstrativo de Débito tendo em vista a exclusão dos débitos dessas mercadorias.

Infração 02 – Período março/2004 a abril/2008 – Redução indevida da base de cálculo do leite longa vida.

Expressa que o Decreto nº 7.826 de 21 de julho de 2000 diz que fica reduzida a base de cálculo em 58,825% nas operações de saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%, sendo que para o produto comprado fora do Estado a alíquota é 17% e que fez minucioso levantamento fiscal demonstrando que o leite fora comprado fora do Estado pelo Centro Distribuidor da autuada, ao tempo que anexou diversos cupons fiscais além de arquivos em CD comprovando a venda do leite à indevida alíquota de 7%, informando, inclusive, que a autuada no primeiro semestre de 2003 já aplicava indevidamente a alíquota de 7%, mas vendo o erro fez denúncia espontânea para o débito daquele período, normalizando a alíquota no segundo semestre daquele ano, mas voltou a praticar a alíquota indevida de 7% em 2006. Finalmente, reconhecendo a procedência desta infração, informa que a autuada promoveu a regularização da alíquota nos seus ECFs no mês de abril de 2008 (fls. 742/745), sendo, portanto, devido o débito pela infração no período março de 2004 até parte de abril de 2008.

Intimado para ciência da Informação Fiscal, o autuado se manifesta às fls. 787 a 792 reiterando as preliminares da Defesa e quanto ao mérito também reitera seus argumentos dizendo quanto à Infração 01 que aplicou a alíquota de 17% ao produto aguardente, alíquota inclusive maior que a devida (11,9%), reafirmando que a não recomposição da escrita pelo autuante torna inexistentes os créditos fiscais, ao tempo que diz ter feito o ajuste da carga tributária a partir de janeiro de 2008 nos livros registro de apuração de ICMS, pelo que entende que se algo for devido resulta da diferença entre as alíquotas de 18,9% a 17%, pois tributou todas as bebidas alcoólicas a 17%.

Quanto à Infração 02, reafirma ser indevida em face de estabelecer limite de tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, providência vedada no art. 150, V e 152, da CF/88.

Por fim, ratifica o pedido de julgamento pela nulidade e improcedência do Auto de Infração.

À fls. 794 e 795 o autuante volta a informar que tendo o contribuinte se manifestado volta a explicar com detalhes seus procedimentos para exigência a fiscal.

Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota – Bebidas alcoólicas – Período outubro/2005 a abril/2008:

Período outubro/2005 a dezembro/2007 - valor R\$280.729,72: Autuado efetuou pagamento conforme informativo de fl. 796;

Período janeiro a abril/2008 – valor R\$28.121,11: Excluiu do demonstrativo de débito em virtude deles terem sido liquidados conforme extrato de recolhimento anexo, com receita de “Fundo de Pobreza” – código 2.036 (R\$23.638,52), devidamente ajustado como “Outros Débitos”, conforme cópias do livro registro de apuração de ICMS em anexo.

Outras mercadorias – Período janeiro/2003 a setembro/2005:

Diz que a apresentação de cópias de alguns cupons fiscais lhe ensejou a fazer nova pesquisa nos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, onde constatou nos registros 60R a tributação correta dessas mercadorias (material de higiene) com 17%, pelo que anexa no Demonstrativo de Débito tendo em vista a exclusão dos débitos dessas mercadorias.

Infração 02 – Período março de 2004 a abril de 2008 – Redução indevida da Base de Cálculo do Leite Longa Vida

Diz que o Decreto nº 7.826/2000 reduz a base de cálculo em 58,825% nas operações com saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%, mas para o leite comprado fora do Estado, a alíquota é 17%.

Acentua que fez minucioso levantamento gerando planilhas demonstrativas que tiveram como fonte os dados dos arquivos SINTEGRA da empresa, os quais foram disponibilizados ao contribuinte para conferência e questionamentos em 02 de abril de 2008, conforme fl. 211.

Aduz que para fazer prova, imprimiu cupons fiscais e anexou CD dos meses de abril, junho e dezembro de 2006, dezembro de 2007, janeiro e fevereiro de 2008.

Informa que no 1º semestre de 2003 o autuado aplicava indevidamente a alíquota de 7%, mas fez denúncia espontânea para o débito e normalizou a alíquota no 2º semestre de 2003, aplicando 17% até abril de 2006, quando voltou a aplicar 7%, e, finalmente, reconhecendo a procedência desta infração, o autuado promoveu em abril de 2008, alteração no cadastro do leite longa vida de todas as marcas no seu sistema, aplicando a tributação de 17%, como demonstrado nas fls. 742/745.

Às fls. 787 a 792, o autuado volta a se manifestar dizendo que na Informação Fiscal o autuante silenciou a respeito das preliminares argüidas. Aduz que em relação à Infração 01 a interpretação do autuante no que diz respeito às bebidas alcoólicas não condiz com a realidade da operação, pois, precisamente no que tange ao produto aguardente, não houve prejuízo para o Erário, uma vez que promovendo o levantamento das operações cupom a cupom e o correspondente imposto debitado, comparando-o com o devido pela incidência da carga tributária de 11,9%, ficou claro que não houve recolhimento a menor de ICMS, mas sim a maior e que não procedendo à recomposição da escrita fiscal, por equívoco de entendimento, tornou inexistentes os créditos fiscais da Impugnante, levantando valores que não condizem com a verdade material, além de desobedecer aos princípios constitucionais e as normas estaduais relativas ao ICMS, especialmente o da não-cumulatividade.

Salienta que efetuou ajuste da carga tributária no livro de apuração a partir de janeiro de 2008, o qual foi constatado pelo autuante e realizado antes do fechamento de cada mês, procedendo ao recolhimento, nada mais sendo devido.

Diz que em momento algum houve saída de bebidas alcoólicas com tributação de 0% ou 7%, mas tão somente de 17%, mas na planilha fiscal o autuante aponta saídas a 0% e 7%, pelo que, se algo for devido é a diferença entre 17% e 18,9%.

Quanto à Infração 02, dizer que a saída do leite longa vida não goza da redução por ter sido o mesmo adquirido fora do Estado, é incabível por conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, situação vedada pelos arts. 1º, 5º, 150, V e 152 da CF/88.

Às fls. 794 e 795, o autuante se manifesta na seguinte maneira:

Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota – Bebidas alcoólicas – período outubro/2005 a dezembro/2007.

Conforme DAE anexo, os débitos do período outubro/2005 a dezembro/2007 foram pagos.

Também excluiu do demonstrativo de débito os valores do período janeiro a abril de 2008, em virtude de eles terem sido liquidados conforme extrato de recolhimento em anexo, com receita de “Fundo de Pobreza” – código 2.036, devidamente ajustado como “Outros Débitos” sob o título “Bebidas Quentes”, cfe cópias do livro Registro de Apuração do ICMS em anexo.

OUTRAS MERCADORIAS – Período janeiro de 2003 a setembro de 2005.

A apresentação de cópias de alguns cupons fiscais lhe ensejou a fazer nova pesquisa nos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, onde constatou nos registros 60R a tributação correta dessas mercadorias, material de higiene com 17%, fazendo com que elaborasse novo Demonstrativo de Débito excluindo os débitos dessas mercadorias.

Infração 02 – Período março de 2004 a dezembro de 2007 – Redução indevida da Base de Cálculo do Leite Longa Vida.

Para o leite comprado fora do estado, a alíquota a ser aplicada nas saídas internas é 17% e gerou planilhas cujo conhecimento foi dado ao contribuinte para conferência em 02 de abril de 2008 e que o autuado, no mês de abril de 2008, promoveu alteração no cadastro do leite longa vida para aplicação da correta tributação com a alíquota de 17%.

Conforme fl. 822, tendo em vista que a nova Informação Fiscal de fls. 794 a 795, apresentando novos números, não foi levada a conhecimento do contribuinte, o PAF foi convertido em diligência ao autuante para as seguintes providências:

- a) Esclarecer por que na Informação Fiscal indica a exclusão dos débitos relativos ao período janeiro a abril de 2008 quando os valores recolhidos sob o rótulo de fundo de pobreza que marca nos extratos de fls. 797 e 798 não coincidem com os valores dos demonstrativos de débito seja o inicial (fls. 08 a 13) ou o refeito (fls. 810 a 813);
- b) Explicar o porquê do manuscrito de fl. 814 mandando desconsiderar a Informação Fiscal de fls. 780 a 784, se nessa Informação Fiscal trata das duas infrações autuadas.

Às fls. 832 e 833, atendendo à diligência, o autuante informa que este PAF faz parte de um trabalho para os 45 estabelecimentos do grupo para verificação da aplicação de alíquota nas saídas por ECF e compreendeu o período 01 de janeiro de 2003 a 31 de dezembro de 2007, mas por ser este o maior estabelecimento foi o primeiro AI a ser lavrado estendendo-se a exigência até abril de 2008, sendo que o contribuinte tomando conhecimento do erro na aplicação da alíquota nas saídas das bebidas alcoólicas, a partir de janeiro de 2008 procurou fazer a correção via livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 799/802) e recolhimento do Fundo de Pobreza em valores superiores ao que vinha recolhendo (fls. 797/798 e 828/831).

Assim, excluiu os débitos da Infração 01, bebidas alcoólicas do período janeiro a abril de 2008, para não obrigar o autuado estornar os débitos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e recolhimentos via receita do Fundo de Pobreza. Assevera que o demonstrativo de débito de fls. 810/813 já refletia a exclusão dos valores referentes ao período janeiro a abril de 2008 da Infração 01 e, fazendo o confronto entre os valores recolhidos e os cobrados no 1º demonstrativo de débito e, posteriormente excluídos, verificou que houve recolhimento a maior pó parte do autuado, conforme informa na fl. 827.

Para esclarecer, refez o demonstrativo de débito, conforme fls. 825/826, informando se referiu unicamente à Infração 01 – Erro na aplicação da alíquota nas saídas das bebidas alcoólicas, pois estava dando uma Informação Fiscal em 12 de agosto de 2008, a respeito da infração que até então não havia sido paga e quando tomou conhecimento do pagamento prestou nova Informação Fiscal frisando que a Informação Fiscal de 12 de agosto estava sem utilidade em relação à Infração 01, pois a Infração 02, que trata da redução indevida da Base de Cálculo do leite longa vida, continua sendo exigida, pois embora o contribuinte tenha ajustado a alíquota para 17% a partir de abril de 2008, defende os valores autuados.

Às fls. 836/838 o autuado se pronuncia sobre a conclusão da Diligência Fiscal dizendo que a discussão remanescente se restringe à suposta redução indevida da Base de Cálculo do leite (Infração 02), isso porque toda a Infração 01, ou foi excluída pelo autuante (débitos do período janeiro 2003 a setembro 2005, e do período janeiro a abril de 2008) ou foi pago pelo autuado (débitos do período outubro 2005 a dezembro 2007).

Diante disso, afirma, sendo a discussão da Infração 02 matéria exclusivamente de direito, lhe resta reiterar os termos da defesa inicial, notadamente o pedido de improcedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos por pessoa com reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntadas ao processo cópias dos livros de apuração do ICMS e não há necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

Noto que o impugnante suscitou preliminares de nulidade do Auto de Infração, a respeito das quais passarei a tratar. Quanto à alegação de preterição do seu direito de defesa, sob o entendimento de que a autuação não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, assim como que os dispositivos atinentes ao enquadramento das infrações não as especifica com precisão, ressalto que essa arguição está destituída de fundamento, haja vista que as acusações constantes da peça inicial estão de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, haja vista que as infrações estão descritas de forma minuciosa e tanto é assim que o autuado entendeu perfeitamente as acusações correspondentes a cada uma das imputações. Noto que os demonstrativos elaborados pelos autuantes evidenciam de forma clara de que infrações o contribuinte foi acusado, tendo em vista que estando identificados todos os documentos fiscais objeto do levantamento e apurados os valores do imposto devido, foram identificados os fatos geradores que originaram a exigência tributária em questão.

Vejo que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contém os elementos suficientes para se determinar, com precisão, as infrações e o infrator, tendo em vista, ademais, que o levantamento foi elaborado com base nos documentos fiscais e arquivos magnéticos apresentados pelo próprio contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve as infrações e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes às multas aplicadas.

No que se refere à arguição de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando foram utilizados os Acórdãos JJF nº. 2027/00 e CJF nº. 0384-12/02 saliento que no primeiro caso a nulidade decorreu da falta de apresentação, pelo fisco, dos demonstrativos analíticos do levantamento, bem como do cálculo da antecipação tributária, o que se constituiu em cerceamento de defesa e em afronta ao princípio da legalidade. Já o segundo julgamento teve como determinante da nulidade da autuação o fato de o levantamento fiscal ter se mostrado inconsistente, sendo feito através de método incompatível com a legislação e destituído de provas. Deste modo, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, afasto também estas alegações do autuado, uma vez que foi exercido o seu direito de ampla defesa e do contraditório, tendo apresentado impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal.

Quanto à alusão do impugnante de que teria ocorrido inversão do ônus da prova, por entender que cabia ao fisco provar o quanto alegado, saliento que tendo em vista que em relação a todas as infrações o autuante apresentou demonstrativos nos quais são apontados os documentos fiscais em que foram detectadas as irregularidades praticadas, sendo que esses documentos correspondentes estão na posse do próprio autuado, caberia a este, com base nos elementos de que dispõe, oferecer as contestações pertinentes, se fosse o caso, o que não ocorreu no presente processo.

O autuado, em sua peça defensiva, pugnou pela desconstituição dos créditos tributários correspondentes ao período de 01/01/2003 a 31/05/2003, sob a argumentação de que se encontravam alcançados pela decadência tendo em vista que só tomou ciência da autuação em 16/06/2008.

Observo que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a março de 2003) se iniciou em 01/01/2004, com prazo final em 31/12/2008. Como a ação fiscal se iniciou em 31/03/2008, data de emissão do Termo de Início de Fiscalização e o lançamento ocorreu em 16/06/2008, não há falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:

“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, portanto antes de operar a decadência.”

Em reforço ao entendimento aqui apresentado, saliento que em outras decisões mais recentes, a exemplo do Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do insigne relator Nelson Antonio Daiha Filho transcrevo abaixo em parte, este Conselho de Fazenda continua mantendo o mesmo juízo a respeito dessa discussão:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No mérito, observo que o Auto de Infração se refere a duas imputações, a respeito das quais passarei a tratar em separado, conforme realizado pelo impugnante. Saliento, a princípio, que os procedimentos fiscais relativos a todas as imputações foram realizados atendendo as orientações

legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta, haja vista que está amparada em demonstrativos, tendo estes sido lastreados nos arquivos magnéticos, na documentação e nos livros fiscais do contribuinte. Realço que, em relação às argumentações defensivas de que os dados constantes nos arquivos magnéticos não guardavam correlação com os documentos e livros fiscais correspondentes, em relação à Infração 01, por força de revisão em novos arquivos transmitidos, o autuante constatou regularidade na tributação no item “Outras Mercadorias” – material de higiene, registros 60R, e refez o demonstrativo de débito excluindo as ocorrências inicialmente verificadas no período janeiro de 2003 a setembro de 2005, o que acolho.

Ademais, convém lembrar que conforme protocolo de entrega de fl. 211 o autuado recebeu todas as planilhas elaboradas e a memória de cálculo utilizada, isto antes da lavratura do Auto de Infração, para que as analisasse, sem, entretanto, ter apresentada contestação nem questionamento a respeito, não havendo insurgência por parte da defesa quanto a inconsistência nos arquivos após o ajuste efetuado pelo autuante. Enfatizo que apesar de afiançar que o trabalho fiscal se baseou apenas na análise dos registros magnéticos, o autuado não trouxe elemento de prova de que esses dados não foram cotejados pela fiscalização com a sua documentação e com seus livros fiscais.

Com relação à infração 1, verifico que conforme reconhecido pelo autuante na Informação Fiscal de fls. 794/795, o autuado indicou de forma incorreta as alíquotas no arquivo SINTEGRA que inicialmente serviu de base para a elaboração dos demonstrativos juntados pelo autuante no período de janeiro/03 a setembro/05 (fls. 86 a 118), porém este, em verificação em novos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, constatou nos registros 60R a tributação correta e excluiu as ocorrências relativas ao período janeiro 2003 a setembro 2005.

O autuante, conforme explica na manifestação por conta de diligência a ele solicitada (fls. 832/833), também excluiu da Infração 01, as ocorrências do período janeiro a abril 2008 por ter constatado que nesse período o contribuinte recolheu imposto a maior, conforme demonstra na fl. 827, em face de correção via livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 799/802) e recolhimento do Fundo de Pobreza em valores superiores ao que vinha recolhendo, ajuste que acolho..

No que se refere à alegação de que não foi considerado o crédito fiscal decorrente do estoque existente em 30/09/05 relativo a bebidas alcoólicas quentes e aguardentes, observo que o art. 5º do Dec. 9.547/05 previa a utilização do crédito fiscal tanto do valor do ICMS normal como o antecipado das mercadorias que foram excluídas do regime de substituição tributária. Logo, estando o contribuinte inscrito no cadastro do ICMS na condição de normal, o crédito fiscal aludido se creditado foi compensado no débito gerado pelas operações de comercialização de mercadorias tributadas, inclusive as bebidas alcoólicas e não é cabível a compensação do débito ora exigido em decorrência de erro na aplicação das alíquotas.

Pelo exposto, considero comprovada a regularidade dos fatos geradores relativo ao período outubro 2005 a dezembro 2007 e acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 810 e 811, ficando reduzido o valor inicial da infração 1 de R\$693.411,36 para R\$280.729,72 valor este que foi reconhecido e pago pelo defendente, conforme DAE à fl. 791 e detalhe do pagamento às fls. 816/820. Infração elidida em parte.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo recolhimento de ICMS a menos em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do leite longa vida, em conformidade com demonstrativos e cópias de documentos fiscais acostados ao processo e entregues ao autuado.

O sujeito passivo em sua impugnação contesta o fato de a saída do leite adquirido fora do Estado não gozar de redução da base de cálculo, porque isso confere tratamento diferenciado aos produtos fabricados no Estado, o que entende ser vedado no art. 150, V e 152 da CF/88. A seu turno, o Auditor Fiscal, autor do feito, disse que o Decreto 7.826/00 estabelece redução de base de cálculo em 58,825% para as operações de saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de modo que a carga tributária corresponda ao percentual de 7% e que o leite longa vida adquirido fora do Estado fica sujeito à tributação de 17%, nas operações internas. Afirma que o levantamento fiscal foi feito a

partir dos arquivos magnéticos fornecidos pelo impugnante; que juntou cópias das notas fiscais de aquisição do leite provando sua procedência e cópias dos cupons fiscais que atestam saídas com carga tributária reduzida,

Compulsando os autos do processo e a legislação que rege à espécie, considerando à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, observo que conforme disposto no art. 155, II da CF/88 compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), facultando ao Senado Federal (inc. V, “a” e VI) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, sendo que, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Por sua vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a natureza jurídica da redução de base de cálculo configura uma espécie de isenção parcial do imposto (AI-AgR 449051/RS em 29/06/2006 e AI-ED 497755/PR em 13/12/2005).

No presente caso, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos arquivos magnéticos elaborados pelo próprio estabelecimento autuado e os demonstrativos produzidos pela fiscalização foram entregues ao impugnante possibilitando a aferição da quantificação (base de cálculo) e operações tributadas incorretamente na visão da acusação. Caberia ao recorrente, se fosse o caso, identificar e instruir a sua defesa com provas que ensejassem comprovar eventuais irregularidades no levantamento fiscal, o que não fez, limitando-se a contestar apenas o aspecto legal da exigência, já que a entende como inconstitucional.

Neste contexto, o Decreto Estadual nº 7.826 de 21/6/2000 estabeleceu a redução de base de cálculo do ICMS em operações de saídas internas de leite, no seu artigo primeiro, na redação original:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento)”.

Com o advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 (Alteração nº 38, RICMS/BA), efeitos a partir de 01/01/2003, a redação deste artigo restringiu a redução apenas para o leite fabricado neste Estado:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento) e somente para o leite tipo longa vida (esterilizado) e leite em pó”.

O ICMS exigido refere-se às vendas de leite tipo longa vida (esterilizado), produzido fora do Estado, no período de maio/04 a abril/08, quando já se encontrava em vigor as determinações do Decreto nº 8.413/02, não podendo mais, no período da autuação, ser aplicada a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida fabricados fora do Estado da Bahia.

É cediço que a concessão e revogação de benefícios fiscais de ICMS constam da alínea “g”, inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88, que assim expressa: “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”. Estados e o DF devem reunir-se para deliberar sobre concessão e revogação de benefícios fiscais, no âmbito do CONFAZ e as matérias citadas são objeto de convênios celebrados entre os Estados e o DF. Referencia aqui à Lei Complementar 24/75, já que o artigo 27 de LC 87, de 13.09.96, que tratava do assunto foi vetado pelo Presidente da República. As razões do veto declaram textualmente que a matéria continua regulada pela LC 24/75.

Para o produto leite longa vida, objeto da presente lide, o benefício em questão tem amparo no art. 37, § 2º, art. 38, Lei nº 7.014/96, lastreada no Convênio ICMS 121/89, não havendo qualquer ilegalidade para a redução da base de cálculo (isenção parcial), somente para o leite produzido na Bahia,

restando afastada a tese da quebra do princípio da isonomia e suposta limitação de tráfego de bens (art. 152, CF/88; 11, CTN).

Art. 37 - As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto somente serão concedidos ou revogados conforme as disposições das leis complementares que tratem dessas matérias, observado o disposto no §6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

§ 2º O regulamento indicará as isenções, incentivos e benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu (Convênio ICM 25/83 e ICMS 121/89).

Art. 38 - Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Portanto, as disposições do Decreto Estadual nº 8.413, de 30/12/2002, que concede “redução de base de cálculo ao leite de gado fabricado neste Estado da Bahia”, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, vigente e de eficácia plena, concessiva de benefício fiscal condicionado. No caso presente, conforme anteriormente discutido, não o vislumbro em ofensa ao artigo 152, CF/88, como apela o autuado. Dentro do ordenamento tributário estadual, esta norma não conflita com outra, não podendo, portanto, deixar de ser aplicada. Além disso, não compete as instâncias administrativas a apreciação de inconstitucionalidades, a teor do art. 167, inc. I, do RPAF-BA /BA (regulamento do processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia). É nesse sentido a decisão da 2ª Câmara de Julgamento desse Conselho no Acórdão CJF 0461-12/05.

A redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Dec. 7.826/00 para comercialização do leite produzido no Estado equipara à alíquota de 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados nas regiões do Sul e Sudeste do país, não conflitando com a regra constitucional. Além do mais, esse não é procedimento exclusivo do Estado da Bahia, uma vez que os demais Estados, também o praticam, objetivando proteger a indústria local de laticínio. O Estado de São Paulo, à guisa de exemplo, publicou o Decreto 52.824, de 20.03.08, reduzindo a base de cálculo do leite produzido no Estado paulista em 61,11%, de sorte que a carga normal de 18% seja reduzida para o equivalente a uma alíquota de 7%.

Nesse caso, o autuante juntou elementos para, entre outros objetivos, demonstrar que o leite adquirido em outros Estados foi comercializado com aplicação indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido no Estado. Nesse item, o autuante juntou ao processo:

- a) Arquivo magnético gravado em COMPACT DISK (CD) no qual indicou o código do produto, a alíquota aplicada incorreta (7% ao invés de 17%), o ICMS recolhido, correto e diferença devida;
- b) Cópias de notas fiscais de compra de leite em outros Estados;
- c) Cópia de cupons fiscais de leite adquirido fora do Estado comercializado com aplicação alíquota de 7% e não de 17%, como previsto na legislação do ICMS/BA.

Entendo que seria redundante juntar ao processo inúmeras notas fiscais de compras e cupons fiscais de vendas, como argumentou o impugnante, uma vez que todos estes documentos estão na posse do próprio sujeito passivo. Por sua vez, o autuado, deveria juntar à sua defesa, se fosse o caso, os elementos que pudessem comprovar erro no procedimento fiscal. Neste caso, sua recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que dispõe importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/BA).

Além do mais, conforme ressaltado pelo autuante na informação fiscal, após a lavratura do Auto de Infração, o estabelecimento autuado passou a tributar o leite adquirido em outros Estados com a alíquota de 17% o que denota ter passado a cumprir o que determina a legislação do ICMS. Ressalto que segunda instância deste Conselho na decisão contida no Acórdão CJF Nº 0461-12/05, já manifestou posicionamento de que o leite adquirido em outro Estado é tributado em 17%.

Por tudo que foi exposto, concluo que os elementos contidos no processo demonstram que o autuado adquiriu leite em outros Estados e o comercializou aplicando indevidamente o benefício fiscal da redução da base de cálculo restrito às aquisições do produto (leite longa vida) no Estado, estando correto o procedimento fiscal e caracterizada a Infração 02, sendo, portanto, subsistente a exigência fiscal do valor R\$349.642,62.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0001/08-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$630.372,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR