

A. I. N° - 269352.0019/11-2
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JUNIOR e ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28.11.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0274-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. b) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal. Infrações caracterizadas. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$8.842.249,79, em razão de:

Infração 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$717.184,69, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Infração 02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 78.122,79, em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais.

Infração 03: Recolheu a menos o ICMS, no valor R\$8.046.942,31, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. A empresa realizou transferências interestaduais de mercadorias com Redução de Base de Cálculo de 100%, sendo que apenas nas operações internas o benefício é permitido, a exemplos de ARROZ, FEIJÃO, PESCADOS, DERIVADOS DE MILHO, dentre outros. Efetuou também transferências internas com Redução de Base de Cálculo indevida, com o leite LONGA VIDA, que somente possui o benefício para os fabricados em território baiano, conforme inciso XXXV do art. 87 do RICMS/BA, ou Redução de Base de Cálculo maior do que o legalmente permitido, como COMPUTADORES e NOTEBOOKS, que ao invés de tributar a uma carga tributária efetiva de 12% o fez a 7%, conforme estabelece o inciso XLIV do Art. 87 do RICMS/BA.

O autuado, folhas 344 a 354, impugnou o lançamento tributário integralmente.

Em relação a infração 01 diz que não procede a afirmativa fiscal, uma vez que o ICMS é debitado na saída subseqüente, anulando, assim, os efeitos fiscais do crédito, cuja comprovação protesta por juntada posterior de provas, em virtude do grande volume de produtos listados pela fiscalização, situação que também poderá ser visualizada com a realização de perícia/diligência.

Entende que o débito do imposto na saída representa forma de anulação do crédito fiscal, não cabendo nova cobrança do crédito fiscal porque este já havia sido anulado com a tributação na saída. Portanto, não houve prejuízo para o Ente Público, pois houve tributação do produto na saída. E é em homenagem ao princípio da não-cumulatividade (art. 155, II e § 2º, I, da Constituição Federal, c/c arts. 19 e 20, da Lei Complementar nº 87/96), que deve ser reconhecido o direito ao crédito fiscal na entrada em razão do débito da saída seguinte. Ou seja, pelo princípio da não-cumulatividade delimitado na CF/88 e na LC 87/96, é permitido o crédito do ICMS de cada operação.

A exigência em questão fere o princípio da não-cumulatividade instituído pela Constituição Federal e disposto na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto a infração 02 aduz que negar o direito ao crédito afastaria o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Logo, qualquer vedação ao crédito fiscal do imposto, destacado na nota fiscal, deve ser repelida em homenagem a Constituição. O represamento de crédito fiscal (destacado na nota fiscal de aquisição) é prática condenável e contraria os princípios da não-cumulatividade e do enriquecimento sem causa por parte do Estado.

Ressalta que mesmo que se admita como verdadeira a infração, chama a atenção para o fato de que, o RICMS não traz qualquer disposição que trate do procedimento a ser utilizado pelo contribuinte, no caso de destaque a maior do imposto pelo fornecedor. Mas, apenas faz referência aos casos de retorno e devolução de mercadoria. Diante dos fatos, observa-se a total improcedência da autuação.

Relativamente a infração 03 frisa que o autuante alega que a impugnante “recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.” Isso porque, menciona que as operações foram interestaduais e o benefício só seria concedido para as internas. Contudo, mas uma vez, o auto não prospera, pois, no caso do produto folhas de louro, o RICMS prevê a isenção, que não deixa de ser equivalente a redução da base de cálculo em 100%, sem mencionar se a operação é interna ou interestadual, transcrevendo o artigo 14, inciso I, “a”, item 5.

Quanto ao leite longa vida, salienta que o autuante alega que a carga tributária seria de 17% e não de 7%. Isso porque deduz, sem qualquer prova do fato, que o leite adquirido não foi fabricado dentro do Estado e que por isso o percentual não seria de 17%. Ou melhor, o percentual de 7% só seria válido para as operações de leite fabricado no Estado da Bahia (art. 87, XXXV do RICMS).

Argumenta que mesmo que houvesse comprovação de que o leite fora fabricado noutro Estado, que não é o caso, 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 expressamente vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88 e em afronta o preceito consagrado no art. 1º, da CF/88 quando dispõe que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...*”. Transcrevendo doutrina do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho, para embasar sua alegação.

Destaca que pelo art. 152, da CF/88 “*É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.*”

Aduz que não bastasse a violação aos arts. 1º, 150, V e 152, o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição Federal também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Atente-se que o princípio da isonomia permeia todo o sistema jurídico e está sendo ignorado pelo Autuante, o que não pode contar com o crivo desse órgão julgador.

Argumenta que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação seja tributado normalmente pelo ICMS, atropela, claramente, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e art. 150, II, da Carta Magna, citando os Professores Ives Gandra e Celso Bastos, em sua obra “Comentários à Constituição do Brasil”.

Argumenta que diante do quadro exposto, por amostragem, denota-se que o lançamento fiscal não preenche o requisito da certeza e liquidez. E devido ao grande número de produtos fiscalizados pelo Autuante e dos equívocos praticados quanto da classificação, é de suma importância à realização de perícia/diligência para esclarecer os seguintes aspectos: Há produtos com redução de base de cálculo ou alíquota? Quais são? O Autuante considerou essa situação ou

os tributou? A Impugnante reserva-se no direito de formular outros quesitos quanto da realização da diligência e/ou perícia.

Prosseguindo, tece comentários sobre a desproporcionalidade da multa aplicada, citando decisões de outros tribunais, requerendo redução ou o afastada da mesma.

Ao final, requer que a acusação fiscal seja declarada integralmente improcedente. Requer, ainda, que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica à impugnante, tal como preconiza o art. 112 do CTN. Por fim, protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 387 a 393, em relação a infração 01, frisam que não assiste razão ao autuado em relação a alegação de que o Estado não teria prejuízos por conta de ter havido concomitante com o crédito indevido nas entradas, os respectivos débitos nas saídas, pois a defesa não trouxe elementos de prova ao processo, de que tributou as saídas dos produtos cujas aquisições se deram sob o regime de Substituição Tributária. Em verdade o que ocorreu, diferente do afirmado pela autuada, foi que as notas fiscais de saída dos produtos da Substituição Tributária que tiveram seus créditos pelas entradas devidamente glosados, não sofreram nenhuma tributação, como restará demonstrado adiante.

Asseveram que isto é provado nos relatórios constantes do CD anexo à folha 364, denominados “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2009” e “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2010”, preparados a partir dos arquivos magnéticos do SINTEGRA da empresa e enviados à SEFAZ, em que se percebe claramente a relação detalhada das notas fiscais de saídas emitidas, referente aos produtos da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA que tiveram os presentes creditamentos indevidos, e nestas notas fiscais observa-se os campos “Alíquota” e “Base de Cálculo” ZERADOS, o que mostra que efetivamente não foram tributadas as mercadorias da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, diferentemente do afirmado pela empresa.

Como comprovação adicional anexaram, às fls. 365 a 381, amostragem de Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas – DANFE’s referente às notas fiscais eletrônicas emitidas e constantes dos relatórios “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2009” e “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2010”, em que confirmaram o já demonstrado, que é a NÃO-TRIBUTAÇÃO nas saídas das mercadorias referentes a Infração 01.

Argumentam que caso a empresa houvesse efetuado a tributação destas mercadorias da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA em suas saídas, como afirmado pela defendant, não seria cabível a improcedência da infração, mas sim, sua conversão à multa prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, equivalente a 60% do imposto não antecipado, pelo fato de haver dado o tratamento de produto com tributação normal, através de crédito e débito, ao invés de efetuar a antecipação do imposto pelas entradas.

Em relação a Infração 02 a empresa alega que assumiu o ônus financeiro da tributação indevida, sendo assim legítimo o creditamento nos valores constantes nos documentos fiscais, independentemente da correta aplicação da alíquota interestadual, conforme a origem. Ocorre que estabelece o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97, em seu Art. 93, § 5º, I, e § 6º, I e II, que somente será admitido o crédito fiscal do valor CORRETAMENTE calculado, em casos de destaque a maior nos documentos fiscais, conforme a origem, de acordo com a transcrição abaixo.

“Art. 93.

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal.

§ 6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;"

Sustentam que depreende então dos dispositivos legais acima que, embora o contribuinte tenha suportado o ônus financeiro da carga tributária no documento fiscal de aquisição, a mesma só pode ser admitida nos percentuais acima estabelecidos. Tão verdade é que necessário se faz em se estabelecer esta limitação, que o contribuinte REMETENTE pode, ou até já o fez, ter o direito a pedir restituição do imposto destacado a maior em seu Estado de Origem. Neste caso, o ônus a mais suportado pelo destinatário somente poderia ser resolvido entre as partes que o deram causa (remetente x destinatário), não podendo ser admitida em termos de crédito tributário.

Em relação a Infração 03 – Redução Indevida de Base de Cálculo, a mesma é composta de alguns tipos de redução indevida, conforme relatórios do ANEXO III, a saber:

1. Redução de base de cálculo de “Leite Tipo Longa Vida” para uma carga tributária efetiva de 7%, para produtos fabricados FORA do Estado da Bahia, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo nas saídas internas apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO;
2. Saídas de FOLHAS DE LOURO com suposta isenção prevista no Art. 14, I, ‘a’, 5, do RICMS/BA;
3. Redução de Base de Cálculo de 100% nas saídas INTERESTADUAIS de pescados, arroz, feijão, sal de cozinha e derivados de milho, quando esta redução é prevista apenas para as Operações INTERNAS, conforme dispõe os seguintes dispositivos do RICMS/BA: Art. 78-A (arroz e feijão), Art. 87, XXXVI (pescados), Art. 87, XXX (fubá de milho, farinha de milho e sal de cozinha);
4. Isenção nas saídas INTERESTADUAIS de Farinha de Mandioca, quando o benefício é previsto apenas para as Operações Internas conforme Art. 14, XVII do RICMS/BA;
5. Redução de Base de Cálculo a maior do que o legalmente permitido para COMPUTADORES e NOTEBOOKS, que ao invés de tributar a uma carga efetiva de 12%, o fez indevidamente a 7%, conforme estabelece o inciso XLIV do Art. 87 do RICMS/BA.
6. Bebidas Lácteas sem base de cálculo lançada nas saídas, pois foram tratadas indevidamente como Iogurte, que tem fase de tributação encerrada;

Asseveram que após este rol de reduções indevidas, é importante ressaltar que a empresa apenas questiona a Redução de Base de Cálculo referente ao LEITE TIPO LONGA VIDA (item 1 acima) e a isenção para a FOLHA DE LOURO (item 2).

Em relação ao LEITE TIPO LONGA VIDA preliminarmente informa que o único fabricado dentro do Estado da Bahia é o da marca comercial “VALEDOURADO”, que é produzido pela empresa INDÚSTRIA DE LATICINIOS PALMEIRA DOS INDIOS S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob Inscrição Estadual 51.109.077, CNPJ 09342379009734, e que no presente auto de infração apenas o Leite fabricado fora do Estado é que foi cobrado, por ser dos seguintes fornecedores e seus respectivos Estados de Origem, conforme informações dos arquivos magnéticos:

LACEL LATICINIOS CERES LTDA – CNPJ 01378322000131

Origem: GOIÁS

Produto: LEITE DESN LV MANACA 1L

BETALAC INDUSTRIA DE LATICINIOS LTDA - CNPJ 08542072000172

Origem: SERGIPE

Produto: LEITE INTEG BETANIA 1L

LATICINIOS BOM GOSTO S.A. – CNPJ 94679479002555

Origem: PERNAMBUCO

Produtos: LEITE UHT DESNATADO B GOST 1L; LEITE UHT INTEG B GOST e LEITE UHT SEMI DESN B GOST.

Frisam que às fls. 384 a 386 estão cópias do livro Registro de Entradas ou das notas fiscais eletrônicas que comprovam a origem destes produtos.

Quanto a alegação que o estabelecimento de uma redução de base de cálculo condicionada à fabricação dentro do Estado limita o tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há nenhuma majoração na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e o emprego da equidade não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Destacam que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição.

Em relação à FOLHA DE LOURO, o autuado invoca a previsão de Isenção contida no Art. 14, I, 'a', 5, do RICMS/BA. Argumentam que, conforme se verifica do dispositivo, a isenção é restrita apenas aos produtos hortícolas EM ESTADO NATURAL, diferentemente da FOLHA DE LOURO, que é industrializada, pois passa por processo de desidratação e embalagem. Combinado com § 6º do Art. 2º do RICMS/BA, esta questão se torna cristalina, pois este dispositivo declara que não se considera industrializado o produto que seja relacionado na TIPI (Tabela de Incidência do Imposto sobre produtos Industrializados) como "NT" (não-tributado). Verificando a SEÇÃO II da TIPI (fls. 382 e 383) verifica-se que o LOURO, embora tenha Alíquota 0 (ZERO), é considerado tributado, pois difere dos que possuem tributação "NT" (não-tributado) que não têm especificação de alíquota.

Salientam que o § 5º do mesmo Art. 2º do RICMS/BA estabelece:

§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como:

I - transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;

II - beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;

III - montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;

V - renovação ou recondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Destacam que não há dúvida que o produto FOLHA DE LOURO somente goza da isenção prevista no Art. 14, I, 'a', 5, do RICMS/BA caso esteja apenas em ESTADO NATURAL, o que não é o constatado no presente caso, pois são as apresentadas embaladas e desidratadas (secas). Frisa que em relação aos demais produtos da Infração 03 a empresa não faz questionamentos em sua defesa.

Ao final, opinam pela manutenção da autuação.

Considerando que na informação fiscal, fls. 391 e 393, os autuantes acostaram novos elementos para comprovar as infrações, folhas 365 a 386, o PAF foi convertido em diligência para que fosse entregue ao sujeito passivo cópia da informação fiscal e documentos acostados pelo autuante, determinando, ainda, a reabertura do prazo de defesa.

Em nova manifestação defensiva, fls. 401 a 411, após a reabertura do prazo de defesa, o autuado diz que os argumentos trazidos na informação fiscal não são suficientes para assegurar legalidade

à acusação posta na Infração 03, até porque a defendante apenas fez referência ao produto “folhas de louro”, como exemplo, por amostragem, e a imputação de recolhimento menor que o devido alcança dezenas de produtos. Por outro lado, como os Fiscais preferiram não enfrentar os argumentos da Defesa que ilidem as acusações das infrações 01 e 02, fica comprovada toda a impropriedade da sustentação destas cobranças.

Frisa que inexistindo fundamentos nas Informações Fiscais que justifiquem a manutenção da exigência fiscal, reitera os termos da Defesa inicial, na expectativa que o Auto seja declarado integralmente improcedente.

Acrescenta, em relação a infração 03, que na tentativa de afastar o exemplo, os Fiscais se esmeraram em demonstrar a classificação tributária do IPI deste produto, objetivando desconstituir sua condição de produto em estado natural. O raciocínio desenvolvido depõe que a folha de louro, por constar na Tabela do IPI –TIPI como produto com alíquota zero, não seria produto natural. Diante desta proposição, vale atentar que outros produtos, como o gengibre também é assinalado na TIPI com alíquota zero. Então, no entendimento dos Fiscais, este perdeu sua condição de produtos naturais e, por conseguinte a isenção?

Sustenta que o § 6º do art. 2º do RICMS-BA é apenas regra geral de indicação do produto não industrializado. Tal norma não impõe exigência fiscal de produto em situação diferente, conforme demonstrado nos artigos citados acima, porquanto não possui o condão de alterar a condição real do mesmo, sua verdadeira natureza ou condição.

Reitera o argumento em relação leite longa vida e os pedidos de perícia/diligência e as alegações da desproporcionalidade da multa aplicada.

No final, reitera os pedidos pela improcedência das infrações, protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil.

Durante a sessão de julgamento, o advogado do autuado, informou que deu entrada em nova petição defensiva, sendo o julgamento do PAF adiado para que fosse apensado aos autos.

Às folhas 416 e 417, o impugnante informa que anexou cópia do livro Registro de Saídas referente ao mês de janeiro de 2009 e cópias Notas Fiscais de saídas nº's 292817 a 292829, asseverando que:

Observando os produtos trazidos nas citadas notas fiscais, temos que, apesar de estarem liberados da incidência do imposto em face de substituição tributária, houve o lançamento do débito pelas suas saídas, configurando forma de estorno de crédito fiscal.

Transcreve trecho da Ementa no Acórdão JJF Nº 0113-02/05, que trata da ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO.

Reitera o pedido de perícia/diligência.

À folha 445, o autuado requer que as intimações sejam encaminhadas para o endereço do advogado indicada nos autos.

À folha 450 dos autos, o PAF foi convertido em diligência para os autuantes restassem nova informação fiscal, inclusive esclarecendo, em relação a infração 01, se os produtos constantes na referida infração foram objeto de tributação pelo regime normal de apuração ou o autuado teria observado o regime de substituição tributária.

Em atendimento ao pedido de diligência, os autuantes, fls. 461 a 470, destacam que deve ter havido algum lapso por parte do advogado do autuado, pois está visível que todas as infrações foram sustentadas na informação anterior.

Em relação a infração 01, esclarecem, apresentando demonstrativos à folha 463, para comprova que no exercício de 2009, 52,35% das saídas dos produtos consignados na infração foram objeto de saídas não tributáveis. Já no exercício de 2010, dos referidos produtos 97,75% foram objeto de saídas não tributáveis.

Ressalta que os autuantes acostaram CR-R, fl. 458, onde constam demonstrativos analíticos com relação às notas fiscais que subsidiaram os demonstrativos sintéticos, fls. 453 a 457, mostrando a tributação detalhada de cada nota fiscal, onde se percebe sua diferenciação através do preenchimento ou não do valor na coluna BASE DE CÁLCULO PRODUTO. Restou comprovado, ainda, a existência de produtos que ora têm tributação, ora não, em suas saídas tributadas.

Quanto as infrações 02 e 03, reiteram os argumentos anteriores.

Em nova manifestação defensiva, fls. 476 a 486, quanto a infração 01, em relação ao argumento dos autuantes sobre a possibilidade de pedido de restituição, frisa que vai de encontro a doutrina e jurisprudência, tecendo comentários sobre o estado democrático de direito, entendendo ser inconstitucional tal procedimento. Sustenta que não teve conhecimento dos demonstrativos às folhas 453 a 460. Reitera argumentos anteriores.

No tocante as infrações 02 e 03, reitera os argumentos anteriores.

À folha 490, o PAF foi convertido em nova diligência para que fossem entregues ao autuado os documentos acostados pelos autuantes as folhas 453 a 460, com a reabertura do prazo de defesa.

Em nova manifestação defensiva, fls. 495 a 508, foram reiterados os argumentos anteriores.

Em nova informação fiscal, fls. 510 a 518, destacam que a empresa não apresentou nenhum fato novo e reiteram os argumentos anteriores.

VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Acerca do novo pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Devo ressaltar que o PAF foi convertido em diligências para apresentação de esclarecimentos, reabertura do prazo de defesa e entrega de documentos acostados pelos autuantes, entretanto, na foi apresentado pelo contribuinte nada para justificar nova diligência.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

A defesa não questionou os números apurados dos levantamentos fiscais, tendo, apenas, alega que não teria provocado prejuízo ao erário, pois teria tributado as mercadorias nas operações de saídas, além da questão de inconstitucionalidade já afastada no início do voto com base no art. 167, I, do RPAF/99.

Entendo que o argumento defensivo de que não teria causado prejuízo ao Estado da Bahia não pode ser acolhido, uma vez que, como bem ressaltaram os autuantes, a defesa não trouxe elementos de prova ao processo de que tributou as saídas dos produtos cujas aquisições se deram sob o regime de Substituição Tributária, com a utilização indevida dos créditos fiscais. Restou provado nos autos, diferente do afirmado pela defesa, foi que as notas fiscais de saída dos produtos da Substituição Tributária que tiveram seus créditos pelas entradas devidamente glosados, não sofreram nenhuma tributação, na maioria das operações realizadas pelo contribuinte autuado, conforme demonstrado pelos autuantes às folhas 462 a 464 e 511 e 512 dos autos.

Conforme consta nos relatórios consignado no CD, folha 364, denominados “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2009” e “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2010”, preparados a

partir dos arquivos magnéticos do SINTEGRA da empresa e enviados à SEFAZ, em que se percebe a relação detalhada das notas fiscais de saídas emitidas, referente aos produtos da substituição tributária que tiveram os presentes creditamentos indevidos, e nestas notas fiscais observa-se os campos “Alíquota” e “Base de Cálculo” zerados, o que mostra que efetivamente não foram tributadas as mercadorias da substituição tributária, diferentemente do afirmado pela empresa.

Às folhas 365 a 381 dos autos, a fiscalização acostou, por amostragem, Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas – DANFE’s referente às notas fiscais eletrônicas emitidas e constantes dos relatórios “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2009” e “REL_ST SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS_2010”, em que confirmaram o já demonstrado, que é a NÃO-TRIBUTAÇÃO nas saídas das mercadorias referentes a infração em tela.

Cabe ressaltar que os autuantes apresentaram demonstrativos à folha 463, para comprovar que no exercício de 2009, 52,35% das saídas dos produtos consignados na infração foram objeto de saídas não tributáveis. Já no exercício de 2010, dos referidos produtos 97,75% foram objeto de saídas não tributáveis. Acostaram, ainda, CR-R, fl. 458, onde constam demonstrativos analíticos com relação às notas fiscais que subsidiaram os demonstrativos sintéticos, fls. 453 a 457, mostrando a tributação detalhada de cada nota fiscal, onde se percebe sua diferenciação através do preenchimento ou não do valor na coluna BASE DE CÁLCULO PRODUTO. Restou comprovado, ainda, a existência de produtos que ora têm tributação, ora não, em suas saídas tributadas.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo em relação ao pedido de restituição, uma vez que se tratar de um procedimento previsto na legislação do ICMS. Ademais, se houve recolhimento indevido, em um percentual de menos de 3% das saídas do exercício de 2010, por exemplo, cabe, sim, ao contribuinte requerer e comprovar tal fato para obter a restituição, o mesmo valendo para o exercício de 2009, apesar de ter um percentual superior, o mesmo não pode ser objeto de compensação no presente PAF, por falta de previsão legal.

Quanto ao acórdão citados pela defesa o mesmo trata situação diferente do caso em lide, uma vez que naquela situação houve a tributação integral nas saídas dos produtos, diferentemente do caso em tela em que parte foi tributada na saída e em outras não houve nenhuma tributação, restando caracterizado o prejuízo ao tesouro estadual.

Logo, entendo que a infração 01 deve ser mantida na autuação.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais.

O argumento defensivo de que assumiu o ônus financeiro da tributação indevida realizado em outro Estado da Federação não é capaz de legitimar o crédito indevido, pois o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, estabelece em seu Art. 93, § 5º, I, e § 6º, I e II, que somente será admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado, em casos de destaque a maior nos documentos fiscais, conforme a origem, *in verbis*:

“Art. 93.

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal.

§ 6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;”

Logo, somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado, mesmo quando o imposto é destacado a maior no documento fiscal, estando caracterizada a infração.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta da acusação que a empresa realizou transferência interestaduais de mercadorias com Redução de Base de Cálculo de 100%, sendo que apenas nas operações internas o benefício é permitido, a exemplos de ARROZ, FEIJÃO, PESCADOS, DERIVADOS DE MILHO, dentre outros. Efetuou também transferências internas com Redução de Base de Cálculo indevida, com o leite LONGA VIDA, que somente possui o benefício para os fabricados em território baiano, conforme inciso XXXV do art. 87 do RICMS/BA, ou Redução de Base de Cálculo maior do que o legalmente permitido, como COMPUTADORES e NOTEBOOKS, que ao invés de tributar a uma carga tributária efetiva de 12% o fez a 7%, conforme estabelece o inciso XLIV do Art. 87 do RICMS/BA.”

A infração encontra-se embasada nos relatórios do ANEXO III do Auto de Infração, onde consta a redução indevida de Base de Cálculos, conforme segue:

- Redução de base de cálculo de “Leite Tipo Longa Vida” para uma carga tributária efetiva de 7%, para produtos fabricados FORA do Estado da Bahia, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo nas saídas internas apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO;
- Saídas de FOLHAS DE LOURO com suposta isenção prevista no Art. 14, I, ‘a’, 5, do RICMS/BA;
- Redução de Base de Cálculo de 100% nas saídas INTERESTADUAIS de pescados, arroz, feijão, sal de cozinha e derivados de milho, quando esta redução é prevista apenas para as Operações INTERNAS, conforme dispõe os seguintes dispositivos do RICMS/BA: Art. 78-A (arroz e feijão), Art. 87, XXXVI (pescados), Art. 87, XXX (fubá de milho, farinha de milho e sal de cozinha);
- Isenção nas saídas INTERESTADUAIS de Farinha de Mandioca, quando o benefício é previsto apenas para as Operações Internas conforme Art. 14, XVII do RICMS/BA;
- Redução de Base de Cálculo a maior do que o legalmente permitido para COMPUTADORES e NOTEBOOKS, que ao invés de tributar a uma carga efetiva de 12%, o fez indevidamente a 7%, conforme estabelece o inciso XLIV do Art. 87 do RICMS/BA.
- Bebidas Lácteas sem base de cálculo lançada nas saídas, pois foram tratadas indevidamente como Iogurte, que tem fase de tributação encerrada.

Em sua peça defensiva o autuado impugnou, apenas, a Redução de Base de Cálculo referente ao LEITE TIPO LONGA VIDA e a isenção para a FOLHA DE LOURO, os quais passo a analisar.

No tocante ao produto LEITE TIPO LONGA VIDA, conforme ressaltaram os autuantes em sua informação, a qual foi dada vista ao autuado, o único fabricado dentro do Estado da Bahia, no caso em tela, é o da marca comercial “VALEDOURADO”, que é produzido pela empresa INDÚSTRIA DE LATICINIOS PALMEIRA DOS INDIOS S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob Inscrição Estadual 51.109.077,CNPJ 09342379009734, e que no caso em lide apenas o Leite fabricado fora do Estado é que foi cobrado, por ser dos seguintes fornecedores e seus respectivos Estados de Origem, conforme informações dos arquivos magnéticos: LACEL LATICINIOS CERES LTDA – CNPJ 01378322000131, Origem: GOIÁS - Produto: LEITE DESN LV MANACA 1L ; BETALAC INDUSTRIA DE LATICINIOS LTDA - CNPJ 08542072000172 - Origem: SERGIPE - Produto: LEITE INTEG BETANIA 1L e LATICINIOS BOM GOSTO S.A. – CNPJ 94679479002555 - Origem: PERNAMBUCO - Produtos: LEITE UHT DESNATADO B GOST 1L, LEITE UHT INTEG B GOST e LEITE UHT SEMI DESN B GOST.

Os autuante acostaram, fls. 384 a 386, cópias do livro Registro de Entradas e das notas fiscais eletrônicas que comprovam a origem destes produtos.

Quanto a alegação que o estabelecimento de uma redução de base de cálculo condicionada à fabricação dentro do Estado limita o tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada, infringindo dispositivo constitucional, o mesmo já foi afastado no início do voto.

Relativamente ao produto “folha de louro” a defesa alega que é isento, citando o Art. 14, I, ‘a’, 5, do RICMS/BA. Entretanto, o argumento defensivo é equivocado, pois conforme se verifica do

dispositivo, a isenção é restrita apenas aos produtos hortícolas **em estado natural**, portanto não se aplica ao produto em tela que é industrializado.

O produto em questão passa por processo de desidratação e embalagem. Segundo o § 5º do mesmo Art. 2º do RICMS/BA, para efeito do ICMS, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como, entre outros, o beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto; bem como o acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria.

Portanto, entendo que é indevida a redução da base de cálculo do produto “folha de louro”, estando correto o procedimento fiscal.

Em relação ao argumento defensivo de que a defesa foi elaborada apenas por amostragem, o mesmo não é capaz de elidir a acusação, pois o autuado teve o prazo de defesa previsto na legislação e posteriormente, em função das diligências, teve novas oportunidades para apresentar sua defesa amplamente. Cabe ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, entendo que a infração 03 deve ser mantida, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente.

Quanto a alegação defensiva de falta de proporcionalidade das multas aplicadas a mesma não tem procedência, pois a Lei do ICMS utilizou o critério de proporcionalidade ao definir diversos percentuais de multas diferentes, variando em função da gravidade da infração praticadas pelo contribuintes.

Pelo 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 **269352.0019/11-2**, lavrado contra **BOPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.842.249,79**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2012.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR