

A. I. N° - 269352.0026/12-7
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e VINÍCIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21.12.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0293-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ISENTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias beneficiada com isenção. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal realizadas pelos autuantes. Infração parcialmente mantida. 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. Realizadas diligências. Negado o pedido de perícia. Não acolhida a arguição de nulidade. Afastada a alegação de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$924.887,53, em razão de:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03 – Utilização Indevida de Crédito de ICMS, no valor de R\$ 516.746,06, de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Consta da acusação que se tratam de crédito indevidos de materiais de acondicionamento, notadamente PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS de produtos hortifruti-granjeiros, BIN PLÁSTICOS e CAMISÃO TÉRMICO, que são produtos isentos em suas remessas e retornos, conforme art. 19 do RICMS/97. Na própria defesa do Auto de Infração 279459.0002/09-4 (Cópia no Anexo II), a empresa atesta que não se trata de mercadorias para comercialização, mas de acondicionamento, não sendo objeto de mercancia. No julgamento deste mesmo Auto de Infração 279459.0002/09-4, realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF N° 0287-05/11 (Cópia Anexo III) foi constatado que as mercadorias elencadas não se tratam de itens para comercialização, e sim, de acondicionamento, sendo indevido o crédito de ICMS. RELATÓRIOS CONSTANTES DO ANEXO I.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$68.556,93, referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária.

INFRAÇÃO 03 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$339.584,54, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na aplicação da alíquota no Registro 60R dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que gera o resumo mensal dos itens do ECF, em que alguns itens estão em alguns momentos com a aposição errada da alíquota, o que, consequentemente, gerou valores menores de imposto no Livro Registro de Apuração mensal do ICMS.

O autuado apresentou defesa, fls. 120 a 147, aduzindo que parte do crédito tributário está extinto, porquanto alcançado pela decadência, assim como figura insubsistente todo o lançamento fiscal diante dos efeitos práticos do estorno do creditamento realizado.

Assevera que, antes de qualquer procedimento administrativo, promoveu, espontaneamente, o lançamento dos valores de ICMS, referente aos mesmos produtos apontados, na sua escrita fiscal como débito fiscal, anulando qualquer efeito do creditamento questionado, inexistindo imposto que deixou de ser recolhido. Informa que, a título de exemplo, junta cópia de alguns DANFE's (doc. 04) e cupons fiscais (doc. 05), provando que as saídas dos bens apontados no auto também foram lançados a débito, pretendendo instigar a realização de diligência/perícia na sua escrita fiscal, para confirmar a improcedência da autuação diante da inexistência de qualquer prejuízo ao erário estadual.

Acrescenta que, como não fosse suficiente toda a impropriedade da exigência fiscal, ainda pretende cobrar imposto face a aplicação de alíquotas diferenciadas em razão da origem de determinados produtos, impondo verdadeira barreira fiscal, providência vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88.

Entende ser pior ainda, na extensa relação de produtos que serve de base à Infração 03, questiona a aplicação de alíquotas que foram corretamente dispostas diante do regime tributário cabível aos produtos comercializados, incidindo em iliquidez e incerteza do Auto de Infração, o que é inadmissível.

Prosseguindo em sua defesa, aduz que se deve reconhecer a extinção parcial do crédito tributário relativo ao período de janeiro a maio de 2007 por força do art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, todos do CTN, que tratam da prescrição e decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, e consequentemente sua extinção, pois ignorar tal situação é o mesmo que desprestigiar o princípio da não-cumulatividade instituído pela Constituição Federal (art. 155, § 2º, I).

Entende que o Fisco dispõe do prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar a atividade do sujeito passivo. Ultrapassado o lapso temporal, o Fisco homologa-o (tacitamente), extinguindo o crédito tributário, acrescentando que essa questão inclusive foi pacificada pela Súmula Vinculante nº 08 do STF. Diz que esse entendimento está pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme ementas transcritas.

No mérito, em relação as infrações 01 e 02, aduz que o autuado comercializa com centenas de produtos. Com isso, às vezes, dúvidas existem sobre o regime tributário que deve ser fixado para determinado produtos, em especial quando se trata de produtos que não são objeto da mercancia, mas sofrem freqüente movimentação, a exemplo dos PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS, BIN PLÁSTICO e CAMISÃO TÉRMICO, objetos da infração 01.

Afirma que tais bens não são comercializados, mas auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas e, por conseguinte, apresentam movimentações físicas de entrada e saída dos estabelecimentos do autuado. Sendo esta a razão da impugnante, promover o lançamento do crédito e do débito fiscal conforme a movimentação física realizada de entrada ou saída. Em consequência, inicialmente pode dar-se o creditamento em face da entrada dos mesmos. Contudo, sustenta que tal providencia não traz qualquer prejuízo financeiro para o Fisco, porquanto o desacerto preliminar resta anulado em razão dos procedimentos efetivados pela Empresa, quando da movimentação de saída, lançado o respectivo débito do imposto.

Aduz de fato, promovida saída desses mesmos bens (não tributados ou no regime de substituição tributária por antecipação), do mesmo modo é lançado o respectivo débito do imposto, estornando o creditamento questionável. Portanto, a despeito das divergências de interpretação, inexistente tributo a ser recolhido, na medida em que o crédito fiscal estimado como indevido é totalmente extinguido (anulado) pelo lançamento do débito.

Reitera que antes mesmo de realizar qualquer procedimento administrativo, incumbiu-se de lançar os valores como débito, resultando em anulação automática, desconstituindo os efeitos monetários do crédito, incorrendo imposto a ser recolhido. Para confirmar a realidade fática, a Impugnante junta alguns Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE's (doc. 04), a título de exemplo, referentes ao período autuado e com os produtos expressamente indicados na infração 01, assim como Cupons Fiscais emitidos onde se verifica a venda de diversos produtos

dentre os quais “Nescafe Descafeinado” e “Massa para pastel” (doc. 05), citados na Infração 02, comprovando a tributação dos mesmos pelas saídas. No mesmo sentido, diante do período compreendido e do grande volume de operações, apresenta mídia magnética – CD (doc. 06), contendo planilha com os dados das Notas Fiscais de Entrada e de Saída relativos aos mencionados produtos na infração 01, evidenciando que em face da aplicação do regime de crédito e débito, os créditos aproveitados nas entradas foram anulados pelos débitos lançados nas saídas.

Entende que o montante dos itens impõe como necessária a realização de perícia e/ou diligência para certificar os efeitos econômicos e fiscais da escrituração dos valores como débito, o que se requer desde já, sobretudo diante do princípio da verdade material, princípio esse de observância indeclinável da Administração Tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais.

Aduz que a manutenção da exigência fiscal importa em enriquecimento ilícito do Estado, pois o ICMS inicialmente creditado e criticado no Auto de Infração foi devidamente estornado pelos débitos, conforme atestam os documentos juntados, não havendo imposto remanescente a ser cobrado.

Destaca que, mesmo admitindo que o autuado tenha utilizado procedimento em desacordo com a legislação, competia ao autuante refazer a escrita fiscal, em especial o Registro de Apuração do ICMS, para apontar a existência ou não de débito tributário no período. Deixando de reconstruir a escrita fiscal, vai de encontro ao comando do Código Tributário Nacional, que impõe ao autuante não só verificar a ocorrência do fato gerador, mas também determinar a matéria tributável e calcular o montante do imposto devido.

Aduz que a fiscalização não pode se restringir em apenas verificar se houve ou não o lançamento correto das operações, mas também se da operação resultou algum imposto devido que não pago, uma vez que a utilização de crédito fiscal inadmitido, necessariamente, não significa que há falta de recolhimento do imposto. Para constatar a repercussão financeira de tais lançamentos, bastaria a reconstrução da escrita fiscal da Impugnante, mês a mês nos exercícios fiscais questionados, tendo em vista que todos os saldos, sem dúvida, sofreram a influência dos créditos e débitos decorrentes das operações com os produtos citados no Auto de Infração.

Sustenta que se os créditos devem ser desconstituídos por não haver tributação de determinadas mercadorias, os débitos pelas saídas das respectivas também exigem a mesma consideração. Entende que, nesse sentido se faz necessário a recomposição da escrita Fiscal, onde certamente confirmaria que o valor referente ao ICMS terminou sendo indubitavelmente recolhido, no máximo apenas postergado. Como consequência, admitido como incorreta a apropriação dos créditos, apenas restariam devidos os saldos devedores que deixaram de ser recolhidos. Jamais todo o montante do imposto cobrado na autuação, que deixou de apurar o imposto efetivamente devido.

Destaca que, visando comprovar os efeitos econômicos e tributários, está sendo requerido desde já a realização de diligência e perícia, de modo que não haja exigência de tributo em duplicidade, sob pena de violação a ampla defesa e ao contraditório, assim como ao devido processo legal, tendo em vista a necessidade de confirmação do montante do imposto efetivamente devido.

Especificamente em relação infração 02, aduz que existem produtos relacionados que não estão inseridos no sistema de substituição tributária.

Frisa que não bastasse toda impropriedade da exigência fiscal, na Infração 02, onde se pretende glosar crédito supostamente indevido, ao entendimento de que as mercadorias listadas estariam sob o regime de antecipação tributária, foram considerados produtos que não estão implantados nesse sistema, como é o caso dos **Iogurtes**.

Destaca que o art. 353, inc. II, 3.3 do RICMS-BA, prevê a hipótese de antecipação tributária exclusivamente sobre iogurtes classificados no NCM 0403.10.00. Contudo, o Autuante glosou o

crédito fiscal de quase todos os produtos adquiridos pela Impugnante da marca DANONE, independente do produto e, principalmente, do seu NCM de fato. Assim, além dos iogurtes com NCM 0403.10.00, estão listados na relação fiscal, o produto “**danone**”, cujo NCM é 0403.90.00; e diversos outros da linha “**danoninho petit suisse**” que possui o NCM 0406.10.00, conforme catálogo em anexo (**doc. 07**), portanto produtos com classificação fiscal diversa da prevista na lei, que não se submetem ao regime antecipado de tributação, situação jurídica que não só justifica plenamente, mas impõe suas saídas com tributação.

Argumenta que mesmo que o autuado possa ter atribuído algum código equivocado, caberia ao Fiscal Autuante verificar a classificação correta antes do lançamento fiscal. Aliás, deveria examinar não só os produtos da marca DANONE, mas todos os trazidos em sua relação (enquadrados ou não no art. 353 do RICMS/BA), confirmando o regime tributário e até mesmo certificando se houve ou não tributação na saída, para só após apurar o imposto efetivamente devido.

Conclui que relacionando os produtos que não comportam a acusação, assim como deixando de apurar o imposto devido, eis que a exigência fiscal finda maculada de impropriedade, modo pelo qual deve ser julgada.

Em relação a infração 03 alega iliquidez e incerteza em decorrência da aplicação correta das alíquotas.

Assevera que não obstante a extensa relação apresentada no feito, a verdade é que tal acusação apresenta-se ilíquida e incerta, carecendo de uma melhor análise por meio de diligência e/ou perícia, porquanto estão citados diversos produtos que figuram no regime de substituição tributária, impondo as saídas com alíquota zero, assim como se pretende impor alíquota diferenciada – mais alta, para produtos advindos de outra unidade da federação, em flagrante agressão aos arts. 150, V, e 152, da CF/88.

Nesse sentido, impugnando todos os produtos relacionados, a Impugnante aponta alguns apenas a título de exemplo, denunciando a incorreção do lançamento e a necessidade de perícia, conforme segue:

Bebidas energéticas (SKINKA):

Verificou grande quantidade do “SKINKA”, de vários sabores, que é bebida equiparada a refrigerante, produzida pelo fabricante Primo Schincariol, e está classificada como repositor energético, nos termos da Portaria nº 222, de 24 de março de 1998, da extinta Secretaria de Vigilância Sanitária, atual Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, figurando como isotônico, o citado produto está sujeito ao regime de substituição tributária (*ex vi* art. 353, inciso II, item 3, subitem 3.5, do RICMS/BA), modo pelo qual figura liberado nas operações seguintes. Assim, não existe erro algum no procedimento adotado pela Empresa relativamente ao produto Skinka, em promover saída deste com alíquota zero.

Destaca que o Autuante é que, desconhecendo a natureza do produto, não considerou o regime correto de incidência tributária, definido no RICMS-BA, transcrevendo os dispositivos abaixo:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

III - nas operações com refrigerantes e bebidas energéticas, o valor fixado pela Secretaria da Fazenda, ou, na falta deste, o preço praticado pelo fabricante, mais IPI, acrescido da margem de valor adicionado fixada no Anexo 88;

(...)

Art. 73. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo

contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

(...)

V - nas operações com cervejas, chopes, refrigerantes, bebidas energéticas e águas minerais e gasosas;

(...)

§ 1º A pauta fiscal será fixada mediante ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, com observância da seguinte orientação:

(...)

IV - a pauta fiscal para as operações com cervejas, chopes, refrigerantes, bebidas energéticas e águas minerais e gasosas será adotada, unicamente, para fins de antecipação ou substituição tributária;

(...)

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

2 - bebidas, a saber:

(...)

2.2 - vinhos de uvas frescas (tintos, rosés ou brancos), incluídos os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas; vinhos espumantes; outros tipos de vinhos – NCM 2204;

2.3 - vermouths e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas – NCM 2205;

2.4 - outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;

(...)

2.6 - aguardentes simples (caninha, cachaça e tequila) e compostos, licores e outras bebidas espirituosas (alcoólicas), tais como: conhaque, uísque, rum, gim, genebra, batidas, licores, vodka e outras – NCM 2208;

(...)

3 - bebidas não alcoólicas, a saber:

(...)

3.2 - refrigerantes - NCM 2202;

3.3 - iogurtes - NCM 0403.10.00

3.5 - bebidas energéticas e isotônicas - NCM 2106.90 e 2202.90 (Lei nº 7667/00);”

Argumenta que avulta da norma transcrita não só a estipulação do regime de substituição tributária para o citado produto que é uma bebida isotônica, como também para VINHOS e outras mercadorias listadas na relação dos produtos questionados na Infração 03, fato que avulta a impropriedade do lançamento. De todo modo, como o produto Skinka está indubitavelmente sujeito à substituição tributária, tanto que transferido para o estabelecimento com alíquota zero na entrada, conforme Notas Fiscais em anexo (**doc. 08**) comprovando a verdade material e ao mesmo tempo afastando a presunção de saídas com erro, resta evidenciada a total improcedência da Denúncia Fiscal.

Leite longa vida:

Verificou da relação de produtos onde foi atribuída uma carga tributária de 17% e não de 7%, quanto ao Leite Longa Vida. Isso porque foi deduzido, sem prova, que tal produto não foi

fabricado dentro do Estado, e o percentual de 7% só seria válido para operações com leite assim produzido. Mesmo não havendo comprovação de que o leite fora fabricado noutro Estado, restando insubsistente a acusação, a verdade é que dentre as marcas adquiridas pela Impugnante, há distribuidores dentro do Estado, modo pelo qual a entrada da mercadoria poderia decorrer como interna, afastando a exceção da regra.

Argumenta que, contudo, dizer que a saída do leite apontado no Auto de Infração não goza da redução, por ter sido o mesmo adquirido fora do Estado, é incabível porque confere tratamento diferenciado aos produtos originários dentro do Estado. Estabelecendo limite ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, terminando expressamente de encontro a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da CF/88. Além do que, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Atenta que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador. De fato, 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, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Sustenta que o autuante confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe a desconstituição da infração.

Acrescenta que a tributação conferida pelo Autuante, quanto ao Leite classificado como desnatado e semidesnatado (light), citados na relação trazida em anexo ao Auto quanto a Infração 03. É que, a depender do caso, a operação é isenta do ICMS, conforme determina o art. 14, XII e art. 465 do RICMS-BA, *in verbis*:

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

(...)

XII - nas saídas internas de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura, de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, com 2,0% de gordura e de leite pasteurizado tipos A e B (Conv. ICM 25/83 e Conv. ICMS 121/89);

(...)

Art. 465. São isentas do ICMS as sucessivas operações internas com leite pasteurizado com destino a consumo final:

I - de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura;

II - de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, com 2,0% de gordura;

III - de leite tipos ‘A’ e ‘B’.”

Afirma que não tendo atentado para a previsão legal explícita quanto ao leite desnatado e semidesnatado (light), o Autuante terminou lançando de forma indiscriminada diversos produtos, todos como sendo apenas leite longa vida, deixando de observar a legislação pertinente que isenta a carga tributária em alguns casos. Contudo, o lançamento fiscal deve ser claro de modo a espelhar com segurança a infração imputada. Ao não fazer a distinção, o auto não apresenta a segurança jurídica necessária a liquidez e certeza do crédito tributário. Assim, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, citados como exemplo, não se pode acolher a exigência fiscal totalmente ilíquida e incerta.

Reitera que é imprescindível a realização de diligência e/ou perícia, salienta que inexistente razão lógica ou jurídica para se desprestigiar a realidade fática que desconstitui totalmente o lançamento tributário, uma vez que o processo administrativo-tributário, como dito anteriormente, é fundado pelo princípio da verdade material, devendo ser oportunizado a

Contribuinte/Impugnante o amplo exercício de seu direito de defesa. E não se pode desconsiderar a verdade material, que afasta qualquer dúvida quanto a inexistência do imposto a ser pago, pois o efetivo lançamento de valores como débito na escrita fiscal em decorrência das mercadorias indicadas pelo Fiscal no Auto, confirmam a anulação do creditamento criticado.

Argumenta que os registros contábeis e fiscais são meios de provas (art. 226 do CC). E o § 1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598/77, é claro no sentido de que *‘A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova em favor do contribuinte dos fatos reais nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.’* Na mesma direção, o § 2º do artigo citado determina que *‘Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.’*

Frisa que os princípios norteadores do processo administrativo, dentro os quais o da verdade material, da segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa, devem ser respeitados principalmente diante dos argumentos e documentos apresentados que demonstram a insubsistência da autuação. No caso, os dados contidos nos registros fiscais consubstanciam informação de suma importância para o deslinde do Auto de Infração, diante da apuração do imposto e dos recolhimentos realizados, que impõem a total improcedência do Auto combatido.

Cita doutrina sobre o princípio da verdade material.

Reitera seu pedido de realização de diligência e/ou perícia, alçadas a condição de preliminar, sob pena de violação ao direito de defesa, para responder aos seguintes questionamentos:

1º No período considerado, houve lançamento de débito relativo as mesmas mercadorias apontadas no auto, nas relações anexas referentes a Infração 01 e 02?

2º Os valores de ICMS lançados como débito correspondem ao montante cobrado no Auto de Infração em combate?

3º Qual seria o imposto efetivamente devido, caso refeita a apuração do imposto, afastando o creditamento assim como o débito lançado referente as mesmas mercadorias questionadas, no período fiscalizado?

4º O débito escriturado anulou os efeitos do crédito discutido?

5º Há produtos que foram relacionados nas planilhas na infração 02 que não estão no regime de substituição tributária? Quais são? O Autuante considerou essa situação?

6º Há produtos que foram relacionados nas planilhas na infração 03 que estão no regime de substituição tributária, restando liberadas as saídas de tributação? Quais são? Qual o regime de tributação do repositores energético denominado “SKINKA”? O Autuante considerou tais situações jurídicas ou os tributou?

7º Diante da previsão legal trazida nos artigos 14, XII, e 465, incisos I ao III, ambos do RICMS-BA, as saídas de leite desnatado e semidesnatado são tributadas? O ordenamento jurídico citado foi considerado na Autuação?

Ressalta que o Estado não sobrevive de multas e sim de impostos. Em razão disso, a multa não tem caráter remuneratório, mas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida pelo infrator. Nesses termos é inadmissível a imposição de multa desproporcional ao suposto ilícito cometido. Sendo necessária a dosimetria da pena por força do princípio da proporcionalidade, não se pode olvidar a intenção do contribuinte, que embora tenha realizado o creditamento questionado, efetivou a escrituração dos valores como débito – imposto a pagar, presando pela legitimidade dos seus procedimentos, tanto que não houve nenhuma dificuldade para o Autuante identificar os valores, porquanto lançados normalmente na escrita fiscal.

Aduz que, no caso em questão, houve uma interpretação do contribuinte, em face do creditamento ocorrido, visando anular seus efeitos. Ocorre que tal interpretação é, no mínimo, plausível, considerando a legislação aplicável e os efeitos práticos decorrentes. Daí porque deve haver uma proporção. Para tanto, merece consideração os seguintes questionamentos: 1) existiu imposto que deixou de ser recolhido?; 2) houve o intuito de fraude?; 3) existe alguma justificativa plausível para a escrituração dos valores como débito pelas saídas de produtos isentos ou não tributados?; 4) qual a relação da Autuada com o Estado da Bahia; 5) existe algum fato que abale sua reputação?

Salienta que, em adiantamento às respostas, que o imposto não deixou de ser recolhido, não houve o intuito de fraude, sobretudo considerando que a empresa estornou os créditos desta feita questionados antes mesmo de qualquer procedimento fiscal. Logo, e considerando que a infração à legislação tributária deve ser punida da mesma forma que o é a infração à legislação penal, é necessária a dosimetria da pena por força do princípio da proporcionalidade.

Aliás, a jurisprudência pátria já consagrou a necessidade de analisar a intenção do contribuinte, se era de sonegar ou não. Transcreve:

'Considerando ter havido o recolhimento do IR sobre as verbas em referência, tendo o contribuinte realizado Declaração Retificadora na qual incluiu as mencionadas quantias como renda não tributável, recebendo a restituição dos respectivos valores e só sendo cobrado o referido tributo posteriormente, não é de se entender tenha havido, de fato, intenção de sonegar tributo.' (TRF 5ª Região, AC 331152. Rel. Des. Fed. Ubaldo Cavalcante. DJ 18.01.2005 - grifamos).'

Argumenta que não se pode desassociar a punição a ser imposta, da sua origem e dos seus efeitos, apenas porque decorre de suposta violação de norma tributária. O ordenamento jurídico configura sistema que deve ser compreendido como um todo, sob pena de se promover antinomia e agredir a paz social. A função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, como se apresenta o caso em questão, em montante significativo.

Aduz que é evidente que a vedação do art. 150, IV, da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte. Desse modo, a penalidade pecuniária só pode ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve empresas ao estado de insolvência, citando doutrina sobre o tema.

Frisa que, caso reste alguma dúvida, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, deve ser aplicada interpretação mais favorável ao Contribuinte, para julgar improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Ao final requer:

- 1- seja julgado improcedente o Auto de Infração em sua integralidade, por inexistir imposto a ser recolhido em face do creditamento questionado, porquanto antes de qualquer procedimento fiscal, também lançou os valores do imposto como débito na escrita fiscal, anulando os efeitos do crédito fiscal.
- 2- Caso não seja esse o entendimento dessa Junta de Julgamento Fiscal CONSEF, o que cogita pelo princípio da eventualidade, requer sejam excluídos os valores referentes ao período de janeiro a maio de 2007, porquanto prescrito, assim como afastada ou no mínimo reduzida, a confiscatória e desproporcional multa aplicada, considerando a dosimetria da pena, tendo em vista que os valores lançados como crédito e débito na escrita fiscal não tiveram repercussão econômica nem trouxeram vantagem fiscal ilícita.
- 3- que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).
- 4- Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive juntada posterior de documentos, assim como a realização de perícia e diligência.

Os autuantes, fls. 247 a 254, ao prestarem a informação fiscal, aduzem que a empresa, num procedimento anômalo, se credita de todas as notas fiscais de retornos e se debita de todas as notas de remessa de materiais de acondicionamento (PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS e CAMISÃO TÉRMICO), movimentados entre o Centro de Distribuição (inscrição atuada) e todas suas lojas

da rede, embora o Art. 19 do RICMS/97 preveja que tais remessas e retornos são ISENTOS, transcrito abaixo:

“Art. 19. São isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem”.

Informa que o Auto de Infração em lide foi fruto da representação realizada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF Nº 0287-05/11, cópia anexa às fls. 53 a 77 do presente PAF, notadamente à fl. 75.

Destaca que a representação surgiu do referido julgamento do auto de infração 279459.0002/09-4, com o mencionado Acórdão, da mesma empresa autuada, em que os materiais de acondicionamento (PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS e CAMISÃO TÉRMICO) foram objeto de cobrança através da infração de omissão de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

Salienta que no referido julgamento restou claro que, por se tratarem de mercadorias com operações isentas em suas remessas e retornos, conforme previsto no Art. 19 do RICMS/97, não poderiam ter sido inseridas na Auditoria de Estoques, mas sim terem seus creditamentos glosados, e a empresa, por seu turno, deveria solicitar restituição dos débitos efetuados.

Frisa que o próprio autuado, na defesa do referido auto de infração (279459.0002/09-4), cuja cópia inseriu em anexo ao presente PAF, às fls. 42 a 46, afirma que os paletes e caixas plásticas não são mercadorias alcançadas pela mercancia, não podendo ter ICMS cobrado através de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pelo levantamento quantitativo de estoques.

Aduz que, entre outras afirmações, a defendente ressalta:

“É notório que a Defendente não comercializa caixas plásticas ou paletes”.

“E nas operações com esses produtos não há a cobrança do ICMS, seja porque, estando fora da mercancia, não são alcançados pela hipótese de incidência...”

“O absurdo é que o Autuante pretende cobrar imposto sobre operação não tributada, pois não reconhecer que as caixas e paletes são bens utilizados no transporte de mercadorias, não sendo, portanto, objeto de comercialização. Consequentemente, estão fora da mercancia e não sofrem transferência de propriedade”.

“Desconhece, também, o Autuante, que tais bens sofrem desgastes com o manuseio e com frequência, pequenos sinistros, como pode ser observado nas fotografias anexas ao referido Laudo. Sendo estas, inclusive, algumas das principais razões para existência quebras nos estoques de tais bens”.

“É prática comum da Defendente consertar, remendar, reforçar, dar manutenção nos bens usados no acondicionamento de mercadorias (caixas e paletes). E situações como estas, não ocorrem uma vez por mês, esporadicamente: são realidades corriqueiras do dia-a-dia da Defendente.”

Sustenta que, neste sentido, o mencionado Auto de Infração foi julgado, nesta matéria, improcedente, e em seu acórdão foi solicitado que seja, então, apurado e exigido o imposto devido referente aos creditamentos indevidos de mercadorias isentas, o que no presente PAF foi concretizado, de forma que a empresa possa, em consequência, solicitar a restituição dos débitos realizados nas remessas.

Destaca que, em sua própria defesa do auto de infração anteriormente mencionado de nº 279459.0002/09-4, que cobrou a omissão de saídas destas mercadorias de acondicionamento, através do levantamento quantitativo de estoques, constante das fls. 42 a 46, informa, o contribuinte autuado, que efetivamente os PALETES e CAIXAS PLÁSTICAS não são mercadorias destinadas à comercialização, não podendo ser cobrado na Auditoria de Estoques, e assim foi o PAF julgado, com a afirmação de que jamais poderia ter sido cobrado o ICMS sobre paletes e caixas plásticas através de omissão de saídas, por serem mercadorias com movimentação isenta, mas sim corrigir a anomalia realizada pelo contribuinte, o que concretizou na ação fiscal, glosando os créditos e a defendente pleiteando restituição do débito equivocado pelas saídas.

Argumenta que, numa primeira análise, mais açodada e despretensiosa, porém, poder-se-ia imaginar que não haveria prejuízos ao Estado, como alega o contribuinte, mas esta alegação absolutamente não procede, como restará provado adiante.

Esclarece que os materiais de acondicionamento (paletes e caixas plásticas para hortifrutigranjeiros) são largamente e diariamente movimentados em toda a rede de lojas e centro distribuidor da empresa, sendo altamente desgastáveis com o tempo e uso, pois estão envolvidos a cada movimentação dentro dos estabelecimentos. A própria empresa declara isso na defesa do auto de infração mencionado anteriormente. Por conta disso a depreciação destes materiais é alta e os seus descartes, que são constantes, não sofrem a devida baixa nos estoques, e consequentemente não sofrem os estornos de créditos devidos, no que a empresa deveria realizar, já que a mesma se creditou do imposto, mesmo não sendo permitido. Ou seja, qualquer palete ou caixa plástica que seja descartado dentro da rede, seja no Centro Distribuidor ou em alguma loja, em qualquer local do Estado, este material terá recebido por último um crédito, sem haver o débito correspondente, já que o material foi descartado. Sempre, o último lançamento fiscal referente a estes produtos descartados será de crédito, faltando o débito de contrapartida.

Acrescenta que há ainda os casos de aproveitamento de partes de materiais avariados, onde dois ou três paletes, até mais, se transformam em um, através da desmontagem e aproveitamento das partes utilizáveis.

Assevera que neste processo há mais crédito do que débito, pois estas eliminações não sofrem o débito esperado de contrapartida, de forma a anular aquele crédito correspondente pela última entrada. Tão é verdade que em levantamento efetuado nos exercícios de 2007 a 2011, período de lavratura, percebe-se que houve um efetivo prejuízo ao Estado, pois se comparando os débitos realizados com os créditos ora glosados, há uma diferença a favor do contribuinte em **R\$598.726,16**, mostrando que o procedimento é indevido, e que derruba sua tese de não haver danos à apuração do imposto.

Apresenta tabela com os números apurados segundo informações de seus arquivos magnéticos do SINTEGRA:

MOVIMENTAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS DOS MATERIAIS DE ACONDIONAMENTO
CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO 269352.0025/12-0 – I.E. 40.721.448

| | DÉBITOS | CRÉDITOS (AI) | DIFERENÇA |
|---------------|----------------------|----------------------|---------------------|
| 2007 | 7.904.014,62 | 7.975.264,24 | (71.249,62) |
| 2008 | 8.885.650,46 | 9.042.342,07 | (156.691,61) |
| 2009 | 9.391.205,11 | 9.394.809,85 | (3.604,74) |
| 2010 | 10.200.761,84 | 10.149.750,12 | 51.011,72 |
| 2011 | 10.032.108,36 | 10.450.300,28 | (418.191,92) |
| TOTAL: | 46.413.740,40 | 47.012.466,56 | (598.726,16) |

Informa que há ainda um agravante, pois toda esta repercussão negativa ao Estado se repete em toda a Rede. Os números acima são apenas do Centro Distribuidor, que ora está sendo autuado.

Ressalta ainda que estas perdas ao Erário do Estado são perenes, caso a empresa continue com o equivocado procedimento.

Em relação à decadência parcial alegada pelo contribuinte, referente a meses de 2007, transcreve o que estabelece o dispositivo mencionado pela defendente (§ 4º do Art. 150 do Código Tributário Nacional): *‘Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.’*

Salienta que como o dispositivo ressalva a existência de alguma lei fixando prazo para homologação, aduz que a Lei Estadual Nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), que fixa em seu Art. 107-A, inciso I, o seguinte:

‘Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;’

Concluiu que, percebe-se claramente a regularidade do lançamento quanto ao prazo para constituí-lo, pois o presente exercício fiscalizado (2007) somente sofrerá o efeito decadencial em 01/01/2013.

Quanto a infração 02 Alega que em relação ao “danoninho petit suisse”, alegado pela empresa como não fazendo parte da Substituição Tributária, reconhecem o lapso e acatam a contestação da empresa, pois efetivamente este produto possui NCM 04061000, classificação fiscal que NÃO faz parte da Substituição Tributária de Iogurtes, pois apenas a NCM 04031000 é que é contemplada, conforme Art. 353, II, item 3.3 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97. Neste sentido, sugerem que seja a presente Infração 02 reduzida do valor de R\$ 746,85, conforme tabela abaixo:

| Código | DescriçãoProduto | V.Produto | Alíquota | Data | B.Cálculo | Icms | NotaFiscal |
|--------------|---------------------------------|-----------|----------|-----------|-----------|--------|------------|
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 753,30 | 0,17 | 11-jun-07 | 753,30 | 128,06 | 71376 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 311,40 | 0,17 | 31-out-07 | 311,40 | 52,94 | 355873 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 602,64 | 0,17 | 27-abr-07 | 602,64 | 102,45 | 980364 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 100,44 | 0,17 | 06-jun-07 | 100,44 | 17,07 | 61787 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 197,28 | 0,17 | 25-abr-07 | 197,28 | 33,54 | 975582 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 95,76 | 0,17 | 13-jun-07 | 95,76 | 16,28 | 76419 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 62,28 | 0,17 | 13-jul-07 | 62,28 | 10,59 | 135426 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 186,84 | 0,17 | 18-jul-07 | 186,84 | 31,76 | 144772 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 435,96 | 0,17 | 30-set-07 | 435,96 | 74,11 | 291547 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 124,56 | 0,17 | 01-ago-07 | 124,56 | 21,18 | 172708 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 62,28 | 0,17 | 03-ago-07 | 62,28 | 10,59 | 177068 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 67,50 | 0,17 | 08-ago-07 | 67,50 | 11,48 | 186164 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 337,50 | 0,17 | 10-ago-07 | 337,50 | 57,38 | 191010 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 62,28 | 0,17 | 28-set-07 | 62,28 | 10,59 | 287135 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 249,12 | 0,17 | 20-jul-07 | 249,12 | 42,35 | 149471 |
| 000003323871 | DANONINHO 2 SABARES P SUIS 360G | 100,44 | 0,17 | 28-mai-07 | 100,44 | 17,07 | 42353 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 38,88 | 0,17 | 08-ago-07 | 38,88 | 6,61 | 186164 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 37,08 | 0,17 | 20-jul-07 | 37,08 | 6,30 | 149471 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 37,08 | 0,17 | 18-jul-07 | 37,08 | 6,30 | 144772 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 30,24 | 0,17 | 30-jun-07 | 30,24 | 5,14 | 111573 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 60,48 | 0,17 | 15-jun-07 | 60,48 | 10,28 | 80599 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 30,24 | 0,17 | 12-mai-07 | 30,24 | 5,14 | 11380 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 30,24 | 0,17 | 11-mai-07 | 30,24 | 5,14 | 8869 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 37,08 | 0,17 | 03-out-07 | 37,08 | 6,30 | 296567 |
| 000003323781 | DANONINHO MORAN QUE P SUIS 100G | 30,24 | 0,17 | 30-abr-07 | 30,24 | 5,14 | 985324 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 59,04 | 0,17 | 25-abr-07 | 59,04 | 10,04 | 975582 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 30,24 | 0,17 | 31-mai-07 | 30,24 | 5,14 | 51971 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 30,24 | 0,17 | 15-jun-07 | 30,24 | 5,14 | 80599 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 38,88 | 0,17 | 11-jul-07 | 38,88 | 6,61 | 129679 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 37,08 | 0,17 | 03-ago-07 | 37,08 | 6,30 | 177068 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 38,88 | 0,17 | 08-ago-07 | 38,88 | 6,61 | 186164 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 38,88 | 0,17 | 14-set-07 | 38,88 | 6,61 | 259130 |
| 000003323790 | DANONINHO UVA PETIT SUISSE 100G | 38,88 | 0,17 | 27-ago-07 | 38,88 | 6,61 | 223980 |

746,85

Em relação ao produto “Danone”, também alegado pela empresa, afirmam que simplesmente não existe nos relatórios constantes deste PAF nenhum produto com esta descrição. Danone é a

marca comercial, o fabricante dos produtos lácteos (danoninho, activia, dan'up, etc), mas não o produto. Tentou a empresa generalizar, de forma a tentar desconstruir toda a infração.

Em revisão realizada nos demais produtos constantes desta Infração 02, constataram a procedência da cobrança, no que a mantém na parte restante.

No tocante a infração 03, quanto ao produto SKINKA, alegado pela empresa como sendo da Substituição Tributária (vide fls. 134 e 135), sendo devida, assim, a saída sem tributação, informam que a defendente se equivocou, tanto que conforme cópias dos DANFE's do fornecedor desta mercadoria, apensados ao PAF às fls. 241 a 246, percebe-se claramente que NÃO há substituição tributária na NF-e da PRIMO SCHINCARIOL IND. CERV. REFRIG. S/A, fabricante do produto. O produto SKINKA se trata de um suco, não sendo da substituição tributária.

Dizem que de forma tendenciosa a confundir o julgamento a empresa anexa apenas notas de transferências internas (DOC. 8 – fls. 210 a 238), emitidas por seu Centro Distribuidor (i.e. 40.721.448), notas estas que já dão entrada maculadas com o erro interno de cadastramento do produto em seu sistema, como sendo da Substituição Tributária, fato este inclusive que já foi fruto de vários autos de infração em seu Centro Distribuidor e demais lojas. O que deve ser considerado é a nota fiscal do Fornecedor (fabricante), o que conforme já dito consta alguns exemplos às fls. 241 a 246, em que há a prova de que NÃO se trata de mercadoria da Substituição Tributária, sendo devida a cobrança do ICMS nas saídas que foram realizadas sem tributação.

Em relação á saída de “Leite Tipo Longa Vida” a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 87, XXXV, do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NO ESTADO, alega a empresa que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Destaca 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.

Afirma ser evidente que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN. Noutro giro, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino, tampouco em dúvidas que não existem que porventura ensejassem a aplicação da Lei em favor do contribuinte.

Entendem que noutra forma equivocada de tentar desconstituir o correto lançamento do ICMS sobre a indevida menor tributação aplicada ao Leite Longa Vida, alega à fl. 138 que este leite estaria dentro da isenção prevista no art. 14 do RICMS/BA. Ocorre que aquela isenção lá prevista NÃO se refere ao Leite Longa Vida, que é o Leite UHT (*Ultra High Temperature*). Aquela isenção é apenas aos leites com maior percentual de gordura, em estado natural, sem processamentos, normalmente vendidos em embalagens plásticas flexíveis, e perecíveis em poucos dias, diferentemente do Leite Longa Vida.

Destacam que a composição de gordura do Leite tipo Longa Vida é conforme abaixo:

Leite semidesnatado UHT: 1,2% de gorduras saturadas, 3,1% de proteínas e 4,6% de carboidratos.

Leite desnatado UHT: o teor de gordura não pode ultrapassar 0,5%, sendo assim, o produto apresenta um máximo de 0,5% de gorduras totais, 0% de gorduras saturadas, 3% de proteínas e 4,5% de carboidratos.

Concluem que, como se verifica acima, os percentuais de gordura do Leite Longa Vida NÃO alcançam os estabelecidos no Art. 14 do RICMS, como pré-requisito para usufruir da isenção lá prevista, devendo ser mantido o valor integral da Infração 03.

Ao final, solicitam que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE, exceto em relação à redução mencionada de R\$ 746,85 da Infração 02.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls. 258 a 273, o autuado reitera alegação de decadência parcial.

Em relação as infrações 01 e 02 além de reiterar argumentos anteriores, aduz que o lançamento a crédito e débito foi confirmado na Informação Fiscal, apesar de apresentar números equivocados, porque não relativos à movimentação objeto da presente autuação. É que os valores lançados a crédito e débito não correspondem àqueles apresentados na Informação Fiscal. Notem que na Informação Fiscal o Autuante sugere que foram lançados a débito R\$ 46,4 MM e, a crédito, R\$ 47 MM (objeto do Auto de Infração). Números esses que nunca existiram, como testemunha o próprio Auto de Infração cobra R\$ 516 mil, sem considerar os valores lançados a débito na escrita fiscal. Frisa que a Informação Fiscal não guarda correspondência com a realidade e pode levar a erro o julgador tributário ao pensa que a Autuação corresponderia à diferença entre os créditos e débitos relativos a paletes e caixas plásticas.

Especificamente em relação a infração 02 acrescentou que na informação fiscal os Autuantes reconhecendo o erro cometido, excluiu da exigência fiscal o produto “danoninho”, mantendo os demais sem qualquer verificação quanto a classificação fiscal desses produtos (NCM 0403.90.00 ou NCM 0406.10.00). Desta forma, a exclusão fiscal é parcial e deve ser excluída a cobrança relativa a produtos classificados nas posições 0403.90.00 e 0406.10.00 da NCM, como os produtos activia, densia, actimel, danito, corpus, danette, danup, boa compra, paulista entre outros, conforme manual anexo à impugnação. Assim como deixando de excluir todos os produtos classificados na referidas posições, a exigência fiscal finda maculada de improcedência, modo pelo qual deve ser julgada.

Quanto a infração 03, além de reiterar argumentos anteriores, acrescentou que em relação do produto SKINKA, nesse ponto, o Autuante repete o mesmo erro. Muito provavelmente por considerar iguais produtos distintos. Reitera que o produto é bebida isotônica, “SKINKA”, equiparadas a refrigerantes, já aqueles comercializados através das notas fiscais anexas à manifestação fiscal são bebidas mistas, “BBMI SKINKA”, equiparadas a suco.

Argumenta que tal classificação dependerá da concentração de suco natural na bebida. No período autuado o Fabricante Schincariol produzia bebida isotônica com a marca Skinka, bebida que apresentava um brix inferior a 8%, logo sujeita à substituição tributária. Com o crescimento do mercado dessas bebidas, em especial do mercado infantil, o Fabricante se viu forçado a elevar a concentração de suco, passando a fabricar a bebida mista ou néctar de frutas, preservando a mesma marca com uma pequena alteração BBMI Skinka.

Assegura que BBMI Skinka e Skinka (objeto da autuação) são produtos distintos. Assim, não existe erro algum no procedimento adotado pela Empresa relativamente ao produto Skinka (isotônico), em promover saída deste com alíquota zero. O Autuante é que, desconhecendo a natureza do produto, não considerou o regime correto de incidência tributária, definido no RICMS-BA.

No tocante ao produto Leite longa vida, nada acrescentou.

Em razão da não conclusão do julgamento do Auto de Infração nº 279459.0002/09-4 alega que a providência fiscal é apressada, visto que se justifica em razão do Acórdão JJF nº 0287-05/11, sujeito a recurso de ofício, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal na apreciação do Auto de Infração nº 279459.0002/09-4. Ocorre que o referido recurso não foi apreciado até a presente data, não socorrendo razão ao Autuante para a presente autuação, entendendo que deve ser anulado o Auto de Infração em tela.

Reitera o pedido de diligência e/ou perícia.

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 abstenho de manifestar a respeito.

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de janeiro a maio de 2007, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca dos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com a lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

No tocante ao entendimento defensivo de que seria aplicado ao caso em lide o teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF,

e que de maneira precisa esgota a questão, refletindo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda:

“VOTO

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

“Art. 107-B

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, **contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador**, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”* Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

*No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também **ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.**”* Grifei.

Por tudo acima exposto, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, o fisco teria até o dia 31/12/2012 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 18/06/2012 não se configurou a decadência.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, 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.

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” e “b”, do RPAF/99.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como

de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Especificamente, em relação a argüição de nulidade sob alegação de que o Auto de Infração anterior se encontra aguardando decisão de uma das Câmaras deste CONSEF, apresentada na fase de sustentação oral, entendo que não pode ser acolhida, pois a matéria tratada na citada autuação anterior é referente ao Levantamento Quantitativo de Estoque, enquanto que, na presente lide, a matéria diz respeito ao crédito indevido relativo a remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem, operações amparada pela isenção. Ademais, caso fosse acolhida a alegação defensiva, faltamente, resultaria em prejuízo ao Erário Público, uma vez que iria se operar a decadência de parte do valor objeto da presente lide.

Cabe ressaltar que a decisão da 5ª JJF acolheu a tese da defesa, na autuação anterior, qual seja: que de acordo com o art. 19 do RICMS/97, são isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Superadas as questões preliminares, observo que as infrações 01 e 02 são decorrentes da utilização Indevida de Crédito de ICMS, de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (infração 01) e referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária (infração 02).

A infração 01 é decorrente de representação realizada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão JJF Nº 0287-05/11, acostada aos autos às folhas 53 a 77, em razão da constatação de que as mercadorias elencadas não se tratam de itens para comercialização, e sim, de acondicionamento, sendo indevido o crédito de ICMS.

Por sua vez, a defesa reconhece que os bens não são comercializados, mas auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas e, por conseguinte, apresentam movimentações físicas de entrada e saída do estabelecimento do autuado.

Logo, resta cristalino que não existe dúvida, muito menos lide, em relação a destinação dos bens objeto da presente lide, que no caso é a destinação ao acondicionamento, não existindo comercialização, por parte do contribuinte autuado.

De igual modo, o sujeito passivo reconhece que se creditou de ICMS nas operações de retornos das PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS de produtos hortifrutigranjeiros, BIN PLÁSTICOS e CAMISÃO TÉRMICO, bens que auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas.

Analisando a legislação do ICMS, especialmente o Regulamento do referido imposto, observo que na SUBSEÇÃO VI, trata da Isenção das Remessas de Vasilhames, Recipientes e Embalagens, conforme abaixo reproduzido para um melhor entendimento:

SUBSEÇÃO VI

Da Isenção das Remessas de Vasilhames, Recipientes e Embalagens

Art. 19. São isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem:

Da inteligência do dispositivo acima transcrito, as operações de remessas e os retornos de materiais de acionamento ou embalagem são amparadas pela isenção do ICMS. Por consequência, não geram crédito do imposto.

Logicamente, por se tratar de operação amparada por isenção, o contribuinte autuado não poderia ter se creditado do imposto, como restou comprovado nos autos e reconhecido em sua própria defesa, sendo correto o procedimento fiscal.

Quanto a alegação defensiva de que se debitava nas operações de saídas, remessas de Vasilhames, Recipientes e Embalagens, caberá ao contribuinte autuado realizar um demonstrativo detalhado, nota fiscal por nota fiscal, para comprovar sua alegando, em processo específico, conferido pela Inspetoria Fazendária, pois não cabe a compensação pretendida pela defesa no presente PAF, uma vez que não existe previsão legal para tal compensação na presente lide.

No tocante a alegação defensiva de que deveria a fiscalização refazer o “*conta corrente fiscal do ICMS*”, cabe ressaltar que o contribuinte teve a oportunidade de sanar a irregularidade apurada, sem a aplicação da multa, ao tomar conhecimento do resultado do julgamento anterior até o início da nova ação fiscal, decorrente da representação consignada do Acórdão JF nº 0287-05/11, 5ª Junta de Julgamento Fiscal, inclusive refazendo sua conta corrente fiscal, entretanto, o sujeito passivo não tomou nenhuma providência visando regularizar as operações objeto da presente lide. Vale destacar que a representação consignada no julgamento anterior, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante do Acórdão JF nº 0287-05/11, não fez referência ao conta corrente fiscal do contribuinte, nele consta, de forma expressa, a representação “*para a apuração e exigência do imposto eventualmente devido, por creditamente indevido*”, conforme abaixo transcrito:

VOTO

...

Nesse particular, deveria ser exigida infração pela utilização indevida do crédito pela entrada de bens com isenção de ICMS, quando escriturados com o respectivo crédito, cuja utilização esteja vedada (art. 97, I, “a”, RICMS BA), o que desde logo represento à autoridade fiscal de competência para a apuração e exigência do imposto eventualmente devido, por creditamente indevido. O contribuinte, por sua vez, pleitearia a restituição dos valores pagos a maior ou o seu lançamento como crédito extemporâneo, caso cabível.

Portanto, não resta dúvida de que o autuante atendeu ao determinado no Acórdão JF nº 0287-05/11, não podendo ser acolhido o argumento defensivo em relação ao “*conta corrente fiscal*”, nessa fase processual.

Especificamente em relação infração 02 a defesa aduziu que existem produtos relacionados que não estão inseridos no sistema de substituição tributária, como Iogurtes. Destaca que o art. 353, inc. II, 3.3 do RICMS-BA, prevê a hipótese de antecipação tributária exclusivamente sobre iogurtes classificados no NCM 0403.10.00. Contudo, o Autuante glosou o crédito fiscal de quase todos os produtos adquiridos pela Impugnante da marca DANONE, independente do produto e, principalmente, do seu NCM de fato. Assim, além dos iogurtes com NCM 0403.10.00, estão listados na relação fiscal, o produto “danone”, cujo NCM é 0403.90.00; e diversos outros da linha “danoninho petit suisse” que possui o NCM 0406.10.00, conforme catálogo em anexo (doc. 07), portanto produtos com classificação fiscal diversa da prevista na lei, que não se submetem ao regime antecipado de tributação, situação jurídica que não só justifica plenamente, mas impõe suas saídas com tributação.

Por sua vez, na informação fiscal os autuantes reconhecem o lapso e acatam a contestação da empresa, reconhecendo que efetivamente este produto possui NCM 04061000, classificação fiscal que NÃO faz parte da Substituição Tributária de Iogurtes, pois apenas a NCM 04031000 é que é contemplada, conforme Art. 353, II, item 3.3 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97. Neste sentido, sugerem que seja a presente Infração 02 reduzida do valor de R\$ 746,85, conforme tabela já reproduzida no relatório do presente Acórdão. Em relação ao produto “Danone”, também alegado pela empresa, afirmam que simplesmente NÃO existe nos relatórios constantes deste PAF nenhum produto com esta descrição. Danone é a marca comercial, o fabricante dos produtos lácteos (danoninho, activia, dan’up, etc), mas não o produto. Tentou a empresa generalizar, de forma a tentar desconstruir toda a infração.

Acato o resultado da revisão fiscal realizada pelos autuantes, ficando a infração 02 reduzida para o valor de R\$ 746,85, conforme abaixo:

| MESES DE 2007 | ICMS DEVIDO | |
|----------------------|-------------|---------------|
| ABRIL | 102,45 | |
| ABRIL | 33,54 | |
| ABRIL | 5,14 | |
| ABRIL | 10,04 | |
| SOMA ABRIL | | 151,17 |
| MAIO | 17,07 | |
| MAIO | 5,14 | |
| MAIO | 5,14 | |
| MAIO | 5,14 | |
| SOMA MAIO | | 32,49 |
| JUNHO | 128,06 | |
| JUNHO | 17,07 | |
| JUNHO | 16,28 | |
| JUNHO | 5,14 | |
| JUNHO | 10,28 | |
| JUNHO | 5,14 | |
| SOMA JUNHO | | 181,97 |
| JULHO | 10,59 | |
| JULHO | 31,76 | |
| JULHO | 42,35 | |
| JULHO | 6,30 | |
| JULHO | 6,30 | |
| JULHO | 6,61 | |
| SOMA JULHO | | 103,91 |
| AGOSTO | 21,18 | |
| AGOSTO | 10,59 | |
| AGOSTO | 11,48 | |
| AGOSTO | 57,38 | |
| AGOSTO | 6,61 | |
| AGOSTO | 6,30 | |
| AGOSTO | 6,61 | |
| AGOSTO | 6,61 | |
| SOMA AGOSTO | | 126,76 |
| SETEMBRO | 74,11 | |
| SETEMBRO | 10,59 | |
| SETEMBRO | 6,61 | |
| SOMA SETEMBRO | | 91,31 |
| OUTUBRO | 52,94 | |
| OUTUBRO | 6,30 | |
| SOMA OUTUBRO | | 59,24 |
| TOTAL GERAL | | 746,85 |

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada e a infração 02 parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 746,85, estando à repercussão econômica das infrações demonstrada nos levantamentos fiscais acostados aos autos.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na aplicação da alíquota no Registro 60R dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que gera o resumo mensal dos itens do ECF, em que alguns itens estão em alguns momentos com a aposição errada da alíquota, o que, consequentemente, gerou valores menores de imposto no livro Registro de Apuração mensal do ICMS.

Quanto a alegação defensiva de cobrança de imposto face a aplicação de alíquotas diferenciadas em razão da origem de determinados produtos, impondo verdadeira barreira fiscal, providência vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF/88, como já destacado no início do voto, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

De igual modo, não pode ser acolhida a alegação de iliquidez e incerteza do Auto de Infração, sob o argumento que é extensa a relação de produtos que serve de base a Infração 03, uma vez que os autuante especificaram as alíquotas nos levantamentos fiscais.

Em relação ao produto SKINKA, o qual a defesa alega ser enquadrado na Substituição Tributária, o mesmo não é capaz de elidir a imputação, pois conforme cópias dos DANFE's do fornecedor desta mercadoria, fls. 241 a 246, constata-se que não há substituição tributária na NF-e da PRIMO SCHINCARIOL IND. CERV. REFRIG. S/A, fabricante do produto.

Acolho o entendimento dos autuantes de que o produto SKINKA se trata de um suco, não sendo enquadrado na substituição tributária. Como bem destacou a fiscalização, as notas de transferências internas, fls. 210 a 238, foram emitidas por seu Centro Distribuidor (i.e. 40.721.448), destacando os auditores que as mesmas “já dão entrada maculadas com o erro interno de cadastramento do produto em seu sistema, como sendo da Substituição Tributária, fato este inclusive que já foi fruto de vários autos de infração em seu Centro Distribuidor e demais lojas”. Portanto, entendo que deve ser considerado a nota fiscal do fabricante do produto, na qual não consta a retenção por Substituição Tributária.

No tocante ao produto Leite longa vida, quanto a alegação que o estabelecimento teria direito a 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.

Não resta dúvida de que para haver redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia.

Tratando-se de norma de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Entendo que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. De igual forma, não existe dúvida quando a forma de tributação das mercadorias objeto da infração, logo não existem possibilidade de se aplicar a interpretação em favor do contribuinte, como requerido pela defesa.

Em relação ao argumento defensivo de que se aplicaria ao Leite Longa Vida a isenção prevista no art. 14 do RICMS/BA, tal argumento não pode ser acolhido, pois a isenção prevista não se refere ao Leite Longa Vida, que é o Leite UHT (*Ultra High Temperature*). A referida isenção é apenas aos leites com maior percentual de gordura, em estado natural, sem processamentos, normalmente vendidos em embalagens plásticas flexíveis, e perecíveis em poucos dias, diferentemente do Leite Longa Vida. Como bem destacaram os autuante, a composição de gordura do Leite tipo Longa Vida é: Leite semidesnatado UHT: 1,2% de gorduras saturadas, 3,1% de proteínas e 4,6% de carboidratos. Leite desnatado UHT: o teor de gordura não pode

ultrapassar 0,5%, sendo assim, o produto apresenta um máximo de 0,5% de gorduras totais, 0% de gorduras saturadas, 3% de proteínas e 4,5% de carboidratos.

Assim, como se verifica acima, os percentuais de gordura do Leite Longa Vida não amparam os estabelecidos no Art. 14 do RICMS, como pré-requisito para usufruir da isenção prevista

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.

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, desta forma, caberia ao impugnante ter acostados os meios de prova na apresentação da defesa, para fundamentar seus argumentos.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | ICMS DEVIDO V. HISTÓRICO |
|-----------|---------------------|--------------------------|
| 1 | PROCEDENTE | 516.746,06 |
| 2 | PROCEDENTE EM PARTE | 746,85 |
| 3 | PROCEDENTE | 339.584,54 |
| TOTAL | | 857.077,45 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0026/12-7**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$857.077,45**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR