

A. I. Nº - 269358.0006/12-2
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 02. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-01/13

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. Demonstrativo fiscal relaciona saída de diversas mercadorias nos ECF tributadas com alíquota menor que a devida. Exclusão do Produto SKINKA, incluído no regime de Substituição Tributária (artigo 353, Inciso II, subitem 3.5 do RICMS/97) e recolhimento do ICMS adicional vinculado ao Fundo Estadual de combate e Erradicação da Pobreza (Lei nº 7.988/01 e Portaria 133/02), identificado no RAICMS (OUTROS DÉBITOS - REF BEBIDAS QUENTES GRT 51) foi excluído da exigência. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. Não acatada arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2012, para exigir ICMS no valor total de R\$ 65.511,24, tendo em vista a apuração das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta ainda que o estabelecimento auditado praticou operações de saída de mercadorias tributadas, registradas em ECF com erros na aplicação da alíquota e ou carga tributária correspondente, conforme demonstrativo analítico em anexo. Período Janeiro / dezembro 2008. Valor R\$ 65.494,88. Multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinada a consumo do estabelecimento. Diz ainda que o estabelecimento adicionou a menor o ICMS DIFAL USO E CONSUMO nas apurações do ICMS relativa aos meses 05 e 09 de 2008, conforme analiticamente evidenciado no demonstrativo. Foi lançado ICMS de R\$ 16,36, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação de fls. 219/235, discorre sobre a tempestividade das alegações e diz que enviou cópia de defesa para o endereço eletrônico acerca dos fatos que ensejaram a autuação, da qual faz uma síntese, aduzindo que a maior parte do crédito tributário questionado já foi recolhido; que insubstancial é a exigência do ICMS antecipado, incidindo em iliquidez e incerteza o Auto de Infração.

Na infração 01, diz que está sendo acusado de ter recolhido imposto a menor, face à aplicação incorreta de alíquota na saída de determinados bens. Afirma, contudo, que o imposto questionado já está pago. Alega que simples verificação dos produtos relacionados no demonstrativo fiscal (Anexo I) evidencia um grande volume de bebidas alcoólicas (vinhos, whisky, conhaques, licores, vodcas

etc.) que sofrem uma sobrecarga tributária, em nome do “Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”, nos termos da Portaria nº 133/2002.

Explica que em atenção à legislação do ICMS vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, a impugnante efetivou o recolhimento dos valores correspondentes, em separado, conforme comprova os DAEs em anexo (DOC 04). Diz que apurou o imposto a pagar, lançou na escrita fiscal em “OUTROS DÉBITOS” como “REF BEBIDAS QUENTES GRT 51”, informou o seu procedimento ao Fisco (DOC 05), não podendo ser compelida a efetuar novo recolhimento.

Diz que inobstante os documentos fiscais constarem efetivamente uma alíquota divergente nas operações com vinhos, whisky, conhaques, licores, vodcas etc., o imposto foi pago. O único problema fica circunscrito a informação da alíquota no Cupom Fiscal, posto que não houve recolhimento a menor. Insiste que por limitação técnica, o sistema implementado para emissão de Cupons Fiscais, apesar de toda sua modernidade, restringia as opções de alíquotas disponíveis do imposto em uma quantidade pré-determinada, de modo que, ao ser implementado o adicional (mais uma alíquota), não teve como inserir outro percentual no período, além dos já existentes. Indicou a tributação com a alíquota mais próxima no cupom fiscal, sem se descuidar de lançar corretamente na escrita fiscal a diferença e efetuar o pagamento do imposto.

Diz que a acusação se apresenta ilíquida e incerta, carecendo de uma melhor análise técnica e jurídica por meio de diligência e/ou perícia, porquanto estão citados diversos produtos que figuram no regime de substituição tributária, razão porque aplica a alíquota zero; exemplifica com a tributação da bebida energética SKINKA, que é bebida equiparada a refrigerante, produzida pelo fabricante Primo Schincariol, e está classificada como repositor energético/isotônico, 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. Como produto isotônico, estava sujeito ao regime de substituição tributária (ex vi art. 353, inciso II, item 3, subitem 3.5, do RICMS/BA - 1997), por isso figura sem tributação nas operações seguintes. E a mesma reclamação para VINHOS e outras mercadorias listadas no demonstrativo fiscal.

Sublinha que a regra de substituição tributária não mudou com a edição do novo Regulamento de ICMS no Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 15 de março de 2012.

Argumenta que o processo administrativo-tributário é fundado pelo princípio da verdade material (discorre sobre o mesmo) devendo ser oportunizado ao contribuinte autuado o amplo exercício de seu direito de defesa e afastar dúvida quanto a inexistência do imposto a ser pago, posto que lançado como “OUTROS DÉBITOS” na escrita fiscal, assim como o questionamento sobre diversos produtos que figuram no regime de substituição tributária, que confirmam a nulidade e/ou impropriedade do Auto de Infração em combate.

Aduz que os registros contábeis e fiscais são meios de provas (art. 226 do CC e § 1º do art. 9º do Decreto-lei nº 1.598/77); que a presunção em desacordo com a verdade material, sem razão ou fundamento legal, não pode ser mantida. Afirma que os princípios norteadores do processo administrativo, a verdade material, segurança jurídica, devido processo legal e a ampla defesa, devem ser respeitados principalmente diante dos argumentos e documentos apresentados que demonstram a insubsistência da autuação.

Discorre sobre o princípio da verdade material, na doutrina do professor James Marins e, por ela, a administração fiscal deve empenhar-se na busca dos fatos, afastando-se do formalismo do processo civil. Diz que é imprescindível a realização de perícia ou diligência para responder aos questionamentos com relação aos valores correspondentes à diferença da alíquota incidentes sobre as bebidas alcoólicas; para responder sobre os valores lançados como “OUTROS DÉBITOS” e sobre os débitos referentes ao do “Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”, nos termos da Portaria nº 133/2002 e ainda sobre a tributação dos produtos do regime da substituição tributária e qual regime de tributação do repositor energético denominado “SKINKA”?

Queixa-se que a multa aplicada não é razoável, que não deve ter caráter remuneratório, mas incidir na proporção da penalidade cometida pelo infrator.

Assevera a necessidade da dosimetria da pena por força do princípio da proporcionalidade, salientando que o imposto não deixou de ser recolhido, não houve o intuito de fraude, sobretudo porque a empresa promoveu a escrituração e o recolhimento dos valores devidos pela alíquota correta, prezando pela legitimidade de seus procedimentos. Destaca que fez a apuração do imposto, lançou a diferença em outros débitos e recolheu em separado o respectivo adicional para erradicação da pobreza, nos termos da legislação vigente.

Acrescenta que a jurisprudência consagrou a necessidade de analisar a intenção do contribuinte na imposição da pena pecuniária, cuja função é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, como se apresenta o caso em questão, em montante significativo, conforme vedação ao confisco, do art. 150, IV, da Carta Magna, na lição do Prof. José Carlos Graça Wagner e na jurisprudência (TRF da 1ª Região, REO nº 01.16560-5/MG, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ de 25.02.91, p. 2.856 além do STF, ADIn nº 551-1-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 14.02.2003).

Finaliza, requerendo a improcedência do Auto de Infração em sua integralidade, afastamento ou redução da multa, interpretação favorável à Impugnante (art. 112 do CTN) e a produção dos meios de provas permitidos em direito, inclusive juntada posterior de documentos, além da realização de perícia e diligência fiscal-contábil.

O Auditor Fiscal apresenta Informação Fiscal, fls. 298/506, nos seguintes termos:

Sintetiza as razões defensivas, destacando uma afirmação que julga fundamental para a compreensão do tema e deslinde da questão e a arguição acerca da “inviabilidade técnica” de inserir outro percentual no ECF. Diz ainda que a arguição de “iliquidez e incerteza da Infração / aplicação correta das alíquotas” objetiva o pedido de diligência/perícia, que entende protelatório, “já que a matéria tributável, objeto do auto de infração, acha-se evidenciada e inequívoca”.

Diz que o autuado impugna todos os produtos elencados no Anexo I, adotando como paradigma apenas uma das espécies de mercadorias ali relacionadas, o produto denominado SKINKA, que se trata de bebida equiparada a refrigerante, produzida pelo fabricante Primo Schincariol, pertencente à categoria de repositor energético/isotônico, nos termos da Portaria nr. 222, de 24 de março de 1998, da extinta Secretaria de Vigilância Sanitária, hoje ANVISA do Ministério da Saúde. Nesta condição o citado produto estaria enquadrado no regime de substituição tributária, nos termos do disposto no artigo 353, Inciso II, subitem 3.5 do RICMS/97. Portanto, não existiria erro da autuada quanto a este produto, ao atribuir alíquota zero nas operações de saída.

Diz ainda que, aproveitando-se do aparente acerto da sua argumentação quanto ao produto SKINKA, a defesa diz que o mesmo ocorreu com o VINHO e “outros produtos”, nos termos do novo regulamento de ICMS da Bahia, vigente a partir de abril de 2012.

Resume os demais termos da defesa e procede às respectivas análises. Assevera que não prospera a pretensão do impugnante, pois é reduzido o impacto de acertos dos seus argumentos, o que não causa nulidade dos autos, pois não se acham presentes as hipóteses cogitadas no artigo 18 do RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7629/99. Opina que o Demonstrativo Anexo I, base fundamental do lançamento, é exaustivo na descrição das mercadorias flagradas em operações de saída tributadas com alíquota a menor. Descreve-se ali o código atribuído pelo estabelecimento a tais mercadorias, a sua descrição, seu valor, o mês em que o fato ocorreu, a alíquota equivocada atribuída, a alíquota realmente aplicável e a diferença de ICMS devida. Por outro lado, a defesa foi produzida de forma genérica, sem apontar com exatidão o erro da ação fiscal.

Diz que o autuado, dispondo de todos os dados para fazer sua defesa, optou pela generalização com o fito de desqualificar o trabalho fiscal e dar viabilidade ao pedido de diligência e propõe seu indeferimento.

No mérito, informa que não são verdadeiras as alegações defensivas sobre a tributação de bebidas alcoólicas. Durante todo o ano de 2008 bebidas alcoólicas estavam submetidas ao regime de tributação normal. Sua alíquota era 27%, incidente sobre uma base de cálculo reduzida em 30%, o que resultava uma carga tributária de 18,9%, percentual este que deveria estar programado nos seus ECF (artigos 51, Inciso II, 'b', 51-A, Inciso II c/c artigo 87, Inciso XXVI, do RICMS/97).

Diz que a empresa não desconhecia o fato, tanto é que nas operações de entrada de tais mercadorias se creditou desses mesmos 18,9%, cujos efeitos se estenderam de 01/10/05 a 31/03/09 (Decreto nº 9.547, de 20/09/05). Ressalta que o Decreto nº 13.780, citado pelo autuado, trata do novo Regulamento do ICMS, vigente a partir de abril de 2012. Na época, contudo, o regime de tributação era o normal; deixou de sê-lo só a partir de 01/04/2009.

Informa que no pedido de diligência formulado, o autuado propõe o quesito abaixo, cuja resposta poderia ser retirada do arquivo magnético que lhe foi entregue: "na relação trazida com o Anexo I do Auto de Infração, qual o montante dos valores correspondentes a diferença da alíquota aplicada incidentes sobre as bebidas alcoólicas (vinho, whisky, conhaque, licor, vodca, etc.)?

Responde que como o autuado não se incumbiu dessa tarefa, ele mesmo providenciou a resposta, através de um demonstrativo analítico do efetivo valor do ICMS tributado envolvendo bebidas (fls. 11/472), apurando o pagamento a menor de ICMS em função da quantificação equivocada nas alíquotas, no valor total de R\$ 50.622,52.

Diz que o valor adicionado à título de bebidas quentes, durante o ano de 2008 é de apenas R\$ 3.519,45, que foi excluído do valor lançado; aduz que o autuado tenta passar a ideia de que obedeceu a Portaria 133/2002, que registrou bebidas alcoólicas no ECF com a alíquota de 17% e recolheu em separado o ICMS ADICIONAL de 2% destinado ao fundo de combate à pobreza. Assegura, no entanto, que o argumento é falso, uma vez que tal adicional não é mais um tributo, mas uma majoração na alíquota do ICMS. Explica que a Portaria manda apenas separar o ICMS normal do adicional.

Aduz que a empresa, no entanto, fez incidir uma alíquota errada sobre as mercadorias com previsão de alíquota majorada, adicionou em outros débitos um valor insuficiente para corrigir o erro e tenta passar a ideia de que não houve tributação a menor.

Ressalva que não é procedente o argumento de limitação técnica para uso de alíquota diversa nos ECF porque os modelos liberados para uso pela COTEPE possuem todas as condições técnicas para operar as cargas tributárias possíveis a uma empresa varejista. A partir de então responde "não" ao segundo questionamento do autuado, se os valores lançados como outros créditos na apuração do ICMS referente à divergência na alíquota de bebidas quentes satisfazem às diferenças cobradas desses produtos, no presente auto de infração?

Diz que também já pode responder ao questionamento acerca do fundo estadual de combate à pobreza, afirmando que os valores recolhidos não têm relação com as diferenças detectadas, até porque nem todas as mercadorias comercializadas pelo autuado com a alíquota de 27% foram objeto do lançamento.

Com referência ao produto SKINKA, assevera que o contribuinte tem razão, o produto está na substituição tributária e na saída a alíquota corretamente é zero. Elabora novo demonstrativo dos produtos no anexo I, diverso de bebidas quentes, fls. 474/501, evidenciando a inclusão indevida da alíquota a menor com relação a tais produtos. Procede a exclusão do produto SKINKA e a apuração do demonstrativo com outros produtos totalizam R\$ 14.872,36. O Auditor Fiscal procede então ao levantamento dos valores da SKINKA mês a mês, fls. 502/505, num total de R\$ 2.849,23.

O valor do débito remanescente de R\$ 59.125,90, conforme demonstrativo, fl. 505. Emite seu posicionamento quanto a multa aplicada; a invocação do disposto no artigo 112 do CTN, pedido de diligência; pugnando pela manutenção do crédito tributário, no valor de R\$ 59.125,90, consideradas as exclusões acima demonstradas.

O PAF, na assentada de julgamento foi convertido em diligência, fl. 511, tendo em vista a alegação do patrono do autuado de desconhecimento das alterações ocorridas nos autos.

Intimada sobre a diligência, o autuado, fls. 516/528, aduz sobre a tempestividade das alegações, do envio das razões em meio magnético, sobre os fatos retro narrados e a necessidade da diligência solicitada pelo órgão julgador. Reitera a improcedência do auto de infração pela inclusão do produto SKNKA, entre outros, com fase de tributação encerrada, em função do regime da substituição tributária, produtos com isenção de ICMS na saída, argüindo que o levantamento fiscal é abrangente e relaciona bens que não têm conexão, dificultando o pleno direito de defesa.

Reclama da iliquidez e incerteza do auto de infração, com ofensas ao artigo 142, CTN; 331, I, CPC (ônus da prova), alerta a imprescindibilidade da diligência para responder questionamentos, tais como: 1º) como foram tributados os produtos sujeitos à substituição tributária e isentos; 2º) qual o regime submetido à ração de animais domésticos, aos espumantes, bebidas fermentadas, chocolates e aparelhos ortopédicos. Questiona a multa aplicada e o “in díblio pro contribuinte”.

O Auditor Fiscal, autos do feito fiscal e responsável pela diligência diz no seu parecer que não encontrou elementos capazes de elidir a exigência, ao menos em parte, além do que já foi anteriormente considerado. Sob a falta de liquidez, diz que se trata de um despósito jurídico, pois o lançamento tributário *ex-officio* contestado, se exaure ao longo do processo e só adquire a estabilidade jurídica e a liquidez necessária, após exaurido o julgamento administrativo.

Explica que quando o contribuinte contesta o lançamento tributário, seus elementos estruturantes, em decorrência do exercício do contraditório, ficam instáveis, só readquirindo liquidez e a estabilidade jurídicas após o julgamento. Em última análise, o órgão julgador administrativo aperfeiçoa o lançamento a partir dos materiais colhidos no seu instrumento (o auto de infração), nos elementos de prova a ele anexados, nos argumentos da contestação, posto que o valor lançado pode ser mantido, reduzido ou mesmo eliminado com base nos fatos provados. Não há, portanto, nenhuma iliquidez no lançamento, o que há aqui é um lançamento submetido ao devido processo legal tributário.

Emite parecer sobre os quesitos alinhavados pelo sujeito passivo:

01 – No Anexo I, há produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e/ou isenção? Quais são e se o autuante considerou tais situações ou tributou indiscriminadamente?

Responde que excluiu do levantamento fiscal a exigência sobre o produto SKINKA. Quanto aos demais produtos, atentou para as suas particularidades e explica que o ADUBO D GADO M.C.R 1kg, ADUBO ORGANICO BR28 FERNAT 1KG, INSET FUMMY 400G ULTRAV, INSET JARD PRIMAV UL VERDE 500ML e INSET MAT MATA CACH ULTRAV 500ML, não se enquadram nas hipóteses de isenção previstas no artigo 20, Incisos I e XI, alínea “c”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, uma vez que não são destinados a uso na agricultura e sim a uso doméstico. Os produtos ESTABILIZADOR JOELHO AJUSTA, FAIXA ABDOMINAL ELAS 25CM MERCUR e JOELHEIRA COM ORIFIC SPORT M, não tem a isenção prevista no artigo 24, RICMS BA, eis que os suas NCM não estão ali elencadas.

02 – No quesito seguinte, quanto ao regime de tributação de ração para animais (CAT CHOW AD ATIV, CAT CHOW ADULTOS, CAT CHOW AMB INT, CAT CHOW GAT), espumantes (ESPUMANTE CERESER S/ALC MORANG, ESPUM SIDRA S/ALC CERESER), bebidas fermentadas (SIDRA, SIDRA S/ALC CERES PESSEG, SIDRA VALENCIANA MAC S/ALC), chocolates (CUORE GRAN MOUSSE) e aparelhos ortopédicos (ESTABILIZADOR JOELHO AJUSTA) apresenta as seguintes motivações:

Explica que rações para animais domésticos não integram o Demonstrativo Anexo I, mas, responde ao questionamento defensivo que eram tributados pelo regime normal até 31/10/2008 e pelo regime de substituição tributária a partir de 01/11/2008 (Decreto nº 11.167, de 08/08/08);

Quanto aos espumantes e as bebidas fermentadas, diz que esses produtos estavam no regime normal de tributação em 2008. A bebida sem álcool está tributada a 17% no Anexo I; a bebida alcoólica esta tributada a 27%, com redução de 30% na base de cálculo e carga tributária de 18,9%.

Diz ainda que os chocolates (CUORE GRAN MOUSSE) não integram o demonstrativo fiscal (anexo I); os aparelhos ortopédicos (ESTABILIZADOR JOELHO AJUSTA) são itens comercializados pelo autuado considerados no demonstrativo Anexo I e não estão incursos na norma isentiva, do que cuida o artigo 24 do RICMS, então em vigor.

Finaliza, contestando a afirmação defensiva que o fisco não se desincumbiu do dever de provar o fato tributado (art. 333, I, do CPC), argüindo que os fatos levantados foram colhidos da escrita do próprio contribuinte, das suas informações eletrônicas e constam dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, cujas cópias foram entregues ao contribuinte autuado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. A infração 02, a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas, no valor de R\$ 16,36, sequer foi impugnada pelo sujeito passivo, estando, pois, caracterizada. A infração 01 será objeto da apreciação nas linhas procedentes.

Cumpre, antes, analisar as razões subjetivas suscitadas pelo sujeito passivo com relação à realização de diligência ou perícia fiscal, a fim de esclarecer aos quesitos suscitados e na busca da verdade material; da aplicação razoável e proporcional da multa, além da interpretação benigna (art. 112, CTN).

Indefiro, antes, o pedido de perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado, uma vez que o caso não requer qualquer investigação técnica. Na ausência da entrega de elementos necessários à ampla defesa e ao contraditório por parte do sujeito passivo, foi designada diligência fiscal, fl. 511, oportunizando-lhe o pleno conhecimento das alterações ocorridas nos autos. Após o parecer elaborado pelo Auditor Fiscal constato que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor, nos termos do art. 147, I e II, RPAF BA., aprovado pelo Decreto 7.629/99, após as manifestações do contribuinte e do Auditor Fiscal. Inexiste, pois, nos autos quaisquer ofensas aos direitos do contribuinte ou aos princípios norteadores do processo administrativo, da verdade material, da segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa, posto que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos elementos constantes do art. 39, RPAF/BA, não se verificando nenhuma hipótese de nulidades presentes no art. 18 do mesmo diploma.

Com relação à chamada interpretação benigna, aquela que se inclina de forma mais favorável ao contribuinte, prevista no artigo 112, CTN, como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Quanto às multas, as mesmas foram aplicadas em decorrência do descumprimento da obrigação tributária principal apurada pela Fiscalização, tendo em vista as razões retro anunciadas durante a ação fiscal. Não observo também ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, sobretudo, porque a multa reclamada encontra amparo na Lei 7.014, de 04.12.1996. Por óbvio que a multa em questão não subsistirá, caso não haja confirmação das infrações apontadas.

Finalizadas as alegações preliminares, adentro nas questões de mérito.

A infração 1 acusa o autuado de recolher ICMS a menor tendo em vista erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado, nas razões, argumenta sobre a sobrecarga tributária do “Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”, nos termos da Portaria nº 133/2002 sofrida pelas bebidas alcoólicas e cujo recolhimento foi efetivado em separado, conforme comprova os DAE acostados aos autos, além do registro da escrita fiscal. Argui que a informação da alíquota correta não foi feita no cupom fiscal por limitação técnica do sistema emissor, mas que indicou a tributação na alíquota mais próxima no cupom fiscal, registrou e efetuou o pagamento da diferença correspondente.

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo com a discriminação de produtos comercializados pelo autuado, cujas saídas ocorreram sem a devida tributação ou com tributação

com alíquota incorreta, conforme demonstrativo fiscal acostado aos autos, fls. 08/168, entregue ao contribuinte, conforme recibo lavrado no próprio documento, além de arquivos eletrônicos, fl. 217, totalizando a exigência, no valor de R\$ 65.494,88.

Cumpre esclarecer o acerto da arguição do sujeito passivo com relação ao SKINKA, bebida equiparada a refrigerante, pertencente à categoria de repositor energético/isotônico, nos termos da Portaria nº 222, de 24 de março de 1998, da extinta Secretaria de Vigilância Sanitária, atual agência (ANVISA) do Ministério da Saúde, posto que se trata de produto enquadrado no regime de substituição tributária, nos termos do disposto no artigo 353, Inciso II, subitem 3.5 do RICMS/97 e, portanto, correta a atribuição da alíquota zero, nas operações de saída.

O próprio autuante percebeu o equívoco da exigência, procedeu à exclusão dos respectivos valores, reafirmou tal posição durante a diligência fiscal solicitada pelo órgão julgador, elaborando novo demonstrativo de débito, que acatou, no valor total de R\$ 2.849,23, fls. 502/504.

Com relação aos valores do ICMS adicional de fundo de pobreza, a arguição defensiva é que a diferença encontrada pela Fiscalização está identificada no recolhimento efetivado em separado, conforme comprova os DAE em anexo e lançado na escrita fiscal em “OUTROS DÉBITOS” como “REF BEBIDAS QUENTES GRT 51”.

Sabe-se que o adicional em referência foi criado no ano de 2001, através da lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, com vigência prevista para o período de janeiro/2002 a dezembro/2010. A tributação adicional incide sobre as operações com os produtos: cigarros, bebidas alcoólicas, ultraleves, embarcações de esporte e recreio, óleo diesel, gasolina, álcool etílico anidro combustível, jóias, perfumes, energia elétrica, pólvoras, telecomunicações, fogos de artifício e armas e munições.

A incidência da alíquota adicional do ICMS cuja arrecadação é vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação à Pobreza que teria vigência até o final de dezembro 10, foi prorrogada por tempo indeterminado, através da Lei nº 12.038, de 06 de dezembro de 2010. Com a nova lei a cobrança se dará por prazo indeterminado já que não há previsão para o fim da sua vigência. A Portaria nº 133, de 07/02/02 (DOE BA, 8/2/02), dispõe sobre o recolhimento, em separado, do ICMS Vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Constatou, no entanto, que os DAEs colados aos autos, fls. 262/272, fazem referência ao conjunto dos produtos operados pelo estabelecimento. Os valores do ICMS Vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, recolhidos pelo autuado e relacionados às bebidas foram lançados na escrita fiscal do autuado, no campo “OUTROS DÉBITOS” como “REF BEBIDAS QUENTES GRT 51”, conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS, fls. 274/277 e também excluídos da exigência, conforme levantamento elaborado pelo autuante, fl. 505, que igualmente acatou, no valor de R\$ 3.519,75.

Constatou, conforme define o parecer do diligenciador, que os adubos e inseticidas listados no demonstrativo fiscal não são alvo da isenção prevista no artigo 20, Incisos I e XI, alínea “c”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, porquanto não são destinados a uso na agricultura e sim a uso doméstico, conforme determina a norma isentiva. Os códigos de NCM para estabilizadores, faixa abdominal e joelheiras não identificam as mercadorias beneficiadas com a isenção do art. 24 do mesmo diploma de normas. As rações para animais, questionadas pelo autuado, eram tributados pelo regime normal até 31/10/2008, ingressando no regime de substituição tributária a partir de 01/11/2008 (Decreto nº 11.167, de 08/08/08), mas não integram a exigência fiscal, bem como os chocolates CUORE GRAN MOUSSE (anexo I).

Os espumantes e as bebidas fermentadas estavam no regime normal de tributação, quando da autuação, em 2008. A bebida sem álcool tributada com 17% e a bebida alcoólica esta tributada a 27%, com redução de 30% na base de cálculo, implicando carga tributária de 18,9%. Possível descrever, além de tantos outros exemplos, o acerto da exigência fiscal, com relação aos extratos de tomate, azeitonas, ervilhas enlatadas, macarrão instantâneo e mesmo bonecas barbie, tributados a 0%, quando deveria ser 17%; além de colônias e deocolônias tributadas a 17% quando deveria ser 27%.

Por fim, incompreensível a argumentação defensiva de que o Fisco não se desincumbiu do dever de provar o fato tributado (art. 333, I, do CPC), face às ocorrências trazidas aos autos, durante ação, a própria razão defensiva e o Parecer da diligência fiscal firmando que os dados foram colhidos da escrita do próprio contribuinte, das suas informações eletrônicas e constam dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, cujas cópias foram entregues ao contribuinte autuado. Diante de tais informações, justamente, contrário, o autuado é que deveria trazer aos autos, provas objetivas, específicas em relação a cada produto elencado no demonstrativo fiscal, além de demonstrativos analíticos em favor de suas assertivas, o que não ocorreu, mesmo após os trabalhos da diligência fiscal.

Diante de tais pressupostos, entendemos que a infração resta devidamente caracterizada, no valor de R\$ 59.125,91, após a dedução dos valores já anunciados e conforme o demonstrativo abaixo reproduzido:

período	auto infração	ad.pobr.beb.	skinka	ICMS
jan/08	3.344,28		59,05	3.285,23
fev/08	3.794,08		106,81	3.687,27
mar/08	5.639,41	1157,3	196,94	4.285,17
abr/08	5.521,25	1206,04	237,30	4.077,91
mai/08	4.334,94		92,16	4.242,78
jun/04	7.035,54	743,67	166,76	6.125,11
jul/04	6.258,49	412,74	308,03	5.537,72
ago/08	4.815,62		265,23	4.550,39
set/08	4.082,56		342,92	3.739,64
out/08	3.757,26		281,57	3.475,69
nov/08	4.488,09		395,54	4.092,55
dez/08	12.423,36		396,91	12.026,45
totais	65.494,88	3.519,75	2.849,22	59.125,91

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0006/12-2, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 59.142,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos I, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR