

PROCESSO - A.I. N° 271331.0003/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAKRO ATACADISTA S/A
RECORRIDOS - MAKRO ATACADISTA S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0024-02/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 17/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0192-11/05

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA. **a.1)** LEITE PRODUZIDO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. A redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.826 é relativa às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado. Infração mantida. **a.2)** ÓLEO DE SOJA/AZEITE DE OLIVA. O benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, VII, do RICMS/97, refere-se a óleo refinado de soja (NBM/SH 150790.10). Infração comprovada. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO N° 7.799/00. A partir de 01/01/03, o legislador restringiu as mercadorias, com base nas atividades relacionadas nos itens 1 a 16 do Anexo Único do referido Decreto. Infração parcialmente comprovada. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RAÇÃO E FILET DE MERLUZA. Infração comprovada. 3. CRÉDITO FISCAL. **3.1.** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS FORAM OBJETO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **a)** ÓLEO DE SOJA. **b)** LEITE. Não existe previsão legal para que se exija o estorno do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cuja saída posterior esteja amparada por redução de base de cálculo. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão apenas para alterá-la de itens nulos para itens improcedentes. **3.2.** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. **3.3.** MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração comprovada. Não acolhidas as alegações de decadência de parte dos lançamentos e de constitucionalidade de dispositivos legais. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício apresentado pela 2ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, e Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0024-02/05.

Os itens sob Recurso de Ofício são o de número 2, julgado procedente em parte, e os de números 4 e 5, julgados nulos, enquanto que os itens sob Recurso Voluntário correspondem ao de número 2, já mencionado, e os de números 1, 3, 6, 8 e 13, julgados procedentes, de um total de 14 infrações, que são os seguintes:

Infração 1 - Deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Infração 2 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Infração 3 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Infração 4 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. O contribuinte não estornou proporcionalmente o crédito referente às entradas de óleo de soja.

Infração 5 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Infração 6 - Deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O benefício de redução da base de cálculo, previsto no art. 87, VII, do RICMS, refere-se ao NCM 1507.90.10 (óleo refinado de soja), não abrangendo os demais tipos de óleo.

Infração 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Infração 13 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

A relatora da Decisão recorrida, após rejeitar a alegação preliminar de decadência de parte do lançamento, esclareceu que o contribuinte, na sua impugnação, reconheceu os itens 7, 9, 10, 11, 12 e 14.

Esclareceu que na infração 01 foi detectado que o contribuinte promoveu saídas de leite, produzido em outros Estados da Federação, com a redução de base de cálculo, prevista no Decreto Estadual nº 7.826, de 21.07.2000, só que o mencionado Decreto foi modificado pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, DOE de 31/12/02, efeitos a partir de 01/01/03, cuja redação adquiriu a seguinte forma:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825%, a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

II – leite tipo longa Vida (esterilizado).”

Verificou, então, que, nos Anexos 1, 2 e 3 que fazem parte deste Auto de Infração, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, que o autuante indicou as vendas para consumidor final, (fls. 22 a 28), e as vendas para contribuintes (fls. 29 a 272), e nestes demonstrativos, está sendo exigido o ICMS referente ao período de janeiro a setembro de 2003, de leite em pó e de leite tipo longa vida (esterilizado), produzidos fora do Estado, período em que já se encontrava vigente o Decreto nº 8.413/02.

Assim, entendeu que o autuante procedeu corretamente, pois em conformidade com a legislação tributária aplicável, a redução de base de cálculo somente foi concedida para o leite de gado fabricado neste Estado, e a infração mantida.

Quanto à infração 2, disse que o autuado entende que sua atividade pode ser classificada como “Comércio Atacadista em Geral” (classificação nº 5191-8/00) e, neste caso, os produtos

comercializados, se enquadrariam em quase todas as classificações listadas no Anexo Único do Decreto nº 7.799/00.

Ao analisar os dispositivos da norma acima mencionada, a relatora da 2ª JJF verificou que, no artigo 1º, o legislador restringiu as mercadorias, com base nas atividades relacionadas nos itens 1 a 16 do Anexo Único, e a classificação proposta pelo contribuinte está listada no item 17, portanto não faz jus ao benefício da redução de base de cálculo, como segue:

Art. 1º: Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimo por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

A redação atual do caput do art. 1º foi dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03.

Pontuou que, no exercício de 2003, está sendo exigido o ICMS relativo a diversas mercadorias que não estão ligadas aos códigos de atividades de 1 a 16 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/2000, relacionadas nos anexos 5 (fls. 275 a 414) do PAF, tais como: pratos, copos, malas, jarras, bandejas, fronhas, aparelho de jantar, mochilas, garrafas, dentre outros, e, deste modo, concluiu que a infração relativa a este período deve ser mantida.

Com relação ao exercício de 2000, está sendo exigido o ICMS, relativo aos produtos garfo descartável e calça jeans, sob o pressuposto de que estas mercadorias não estavam enquadradas no benefício fiscal.

Transcreveu a redação original do Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, com efeitos até 16/12/02, que estabelecia:

Art. 1º - Nas saídas internas de mercadorias de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a pessoa jurídica contribuinte do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das referidas saídas corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento total:

Da leitura deste dispositivo acima, depreendeu que, naquele período, não havia restrição a produtos, bastando que as saídas internas de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos, sob o código de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o Decreto, e que, somente com a edição do Decreto nº 8.409/02, de 26/12/2002, o benefício de redução de base de cálculo de 41,176%, passou a ser condicionado à lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único, mesmo que o contribuinte esteja enquadrado no código 5191-8/01.

Assim, como o contribuinte está inscrito sob o código de atividade 5191-8/01, constante no item 17, “comércio atacadista de mercadorias em geral sem predominância de artigos para uso na agropecuária”, entendeu que a exigência fiscal relativa ao exercício de 2000, dos produtos garfo descartável e calça jeans, não pode prosperar, devendo ser excluída do demonstrativo de débito, e, assim, as parcelas com data de ocorrência de 30/08/2000 e de 31/12/2000, no valor de R\$226,99 e de R\$131,16, foram retiradas do demonstrativo de débito de fl. 2 do PAF.

No que tange à infração 3, disse que o contribuinte alega, que sendo consideradas tributadas as mercadorias, o crédito fiscal deve ser abatido da cobrança do imposto, em obediência ao princípio da não cumulatividade. Asseverou que, de fato, o direito ao crédito fiscal das mercadorias tributadas está assegurado ao contribuinte, em obediência ao citado princípio.

Firmou que as mercadorias, objeto desta infração, estão listadas no Anexo 6, fls. 415 a 440, Anexo 7, fls. 441 a 464 (filet de merluza), e nos Anexos 9 e 10, de fls. 466 a 500, (compreendendo os produtos ração, filet de merluza).

Disse que o autuado alega que tais produtos estariam incluídos no benefício de isenção tributária, contudo, o art. 14, XIII, “a” do RICMS/97, excepciona “merluza” da hipótese de isenção do imposto, nas saídas internas de pescado, e, quanto à ração, o art. 20, III, “a”, 3, vincula a que os produtos se destinem ao uso na pecuária, apicultura, aquicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericultura, que não é o caso dos produtos revendidos pelo contribuinte e listado nos Anexos 9 e 10.

A infração não foi elidida.

Nas infrações 4 e 5, foram constatadas que o contribuinte não efetuou estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, e se referem a óleo de soja e a leite.

Considerando que a questão relativa a estorno de crédito fiscal, relacionado às mercadorias adquiridas para posterior saída sob o efeito da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, foi objeto de outro processo, sendo julgada a exigência nula por ter sido baseada em dispositivo regulamentar “sem amparo na lei tributária”, com base no Parecer constante às fls. 1098 a 1106, da PGE/PROFIS, o transcreveu, e o tomou por base para o meu voto sobre o mérito da lide, para concluir que o entendimento do CONSEF, em casos análogos ao presente, é pela nulidade do lançamento, e julgou os itens 04 e 05 nulos, com fulcro no artigo 2º e artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Com relação à infração 6, disse que foi detectada a utilização indevida de redução de base de cálculo na venda de óleo se soja/azeite de oliva, sob o entendimento de que o produto comercializado não poderia ser classificado como óleo de soja, e que a defesa insiste que o produto efetivamente é óleo de soja e requer a realização de diligência para comprovar o fato, diligência que entendeu desnecessária, pois todos os elementos necessários para a formação de seu convencimento como julgadora encontram-se nos autos.

Pontuou que o benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, VII do RICMS/97, refere-se ao produto óleo refinado de soja, NCM 1507.90.10, e transcreveu este mandamento:

Art. 87 – É reduzida a base de cálculo

VII – Das operações internas com óleo refinado de soja (NBM/SH 150790.10), calculando-se a redução em 29,41%, (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento).

Esclareceu que, no presente caso, está sendo exigido o imposto relativo aos produtos de NCM 15.07.90.90 e NCM 15.10.0000, conforme informação fiscal, e estes produtos estão relacionados nos Anexos 15, 16, 17, 18 e 18-A, de fls. 536 a 626, e são óleo de soja/oliva Maria e óleo composto Carmelita, produtos sob os códigos 150800 e 087711, respectivamente, que não estão enquadrados como óleo refinado de soja, mas classificados como “outros” na NBM/SH, fato constatado através de pesquisa no site da Secretaria da Receita Federal, onde verificou que a classificação 15079090, refere-se a “outros óleos”, e apenas o da posição 15.07.90.10, refere-se a óleo refinado de soja.

Disse que o contribuinte procedeu à juntada de cópia de resposta da Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, mas que, independente da solução à Consulta nº 657/96, aquela não atinge o entendimento desta Secretaria, por se tratar de Estados distintos da Federação, e, ademais, a correta classificação dos produtos na NBM/SN é de competência da Secretaria da Receita Federal. Foi mantida a exigência fiscal na íntegra.

Quanto à infração 8, consignou que a fiscalização verificou que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, e que o contribuinte lançou no campo “estorno de débito”, valores correspondentes a notas fiscais de saídas de mercadoria que já sofreram antecipação, conforme previsto no art. 359, §§ 1º e 3º do RICMS/97.

Firmou que o impugnante, até o momento, não apresentou os documentos que consubstanciam o estorno de débito do ICMS, limitando sua defesa a discorrer que “*está reunindo as evidências necessárias para comprovar que o estorno é devido*”.

Deste modo, entendeu que a infração é procedente.

No que se refere à última infração contestada, a de nº 13, disse que foi utilizado, de forma extemporânea e indevidamente, o crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente à etiqueta de identificação, GLP, gás freon e óleo diesel, sendo alegado que são produtos intermediários.

Esclareceu que a fiscalização reconheceu os créditos referentes a óleo diesel no período de 1999 a 2000, utilizado na geração de energia elétrica, e não os incluiu no levantamento.

Na peça defensiva, foi exposto que a Constituição federal somente prevê as hipóteses de estorno de créditos relativos às operações anteriores, quando a saída posterior foi de operações isentas ou não tributadas, e que também que a LC Nº 87/96, menciona no art. 20 caput que o crédito é devido na aquisição de bens de uso e consumo.

Asseverou que o Regulamento do ICMS/97, repetindo o disposto na LC 87/96, dispõe no art. 93, V, “b”, que somente a partir de 01/01/07 será permitido o crédito de ICMS, relativo aos bens de uso ou consumo do estabelecimento.

Deste modo, restando rechaçada a defesa do contribuinte, foi mantida a infração, que se encontra demonstrada às fls. 919 a 920.

A Decisão, por unanimidade, foi pela Procedência em Parte do Auto de Infração, além de determinar a homologação do valor recolhido.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente, em preliminar, argüiu a ocorrência da decadência de parte dos valores lançados, cujos fatos geradores se deram antes de 29-09-1999, conforme previsto no art. 150, § 4º, do CTN, e transcreveu doutrina e jurisprudência.

Com relação à infração 1, afirmou que a alteração promovida pelo Decreto nº 8.413/02, que prevê que a redução da base de cálculo somente é concedida para o leite de gado fabricado neste Estado, é inconstitucional ao estabelecer tratamento privilegiado para o leite produzido no Estado da Bahia, em detrimento daquele produzido nos outros entes da Federação, em ofensa direta aos artigos 152, da Constituição Federal de 1988, e 11 do Código Tributário Nacional.

Quanto à infração 2, em que a JJF considerou não ser mais possível a utilização do benefício da redução da base de cálculo a partir de 01-01-2003, pois alguns de seus produtos não estariam mais previsto na lista do Anexo ao Decreto nº 7.799/00, em virtude de alterações posteriores na legislação, argüiu que o art. 7º, do Decreto nº 8.969/04 prevê que aos atacadistas já habilitados ao benefício previsto no Decreto nº 7.799/00, aplicam-se as regras vigentes na legislação da data da assinatura do Termo de Acordo, ficando evidente que poderia usufruir do benefício.

No que concerne à infração 3, disse que a Decisão recorrida foi omissa quanto à sua alegação de que se não efetuou o pagamento do ICMS incidente nas operações objeto deste item, também não utilizou o crédito fiscal a que teria direito pela entrada destas mercadorias, porque não foi determinado o desconto destes créditos do valor lançado, violando o princípio da não-cumulatividade.

No que tange à infração 6, aduziu que o produto que comercializa é óleo de soja e possui em sua composição mais de 80% desse produto, não sendo cabível a alegação de que se trataria de outro produto, sendo que o órgão julgador optou por manter a exigência consubstanciada neste item sem sequer determinar a realização da diligência que pleiteou, nos termos do art. 123, § 3º, do Decreto nº 7.629/99.

Concluiu que este item deve ser cancelado até que se comprove efetivamente as supostas irregularidades na sua conduta por meio da realização das diligências probatórias cabíveis, nos termos do dispositivo que citou.

Quanto ao item 8, disse que ainda está reunindo as evidências necessárias para comprovar que o estorno de débito é devido, face à grande quantidade de documentos necessários, porque não houve tempo hábil para apresentá-los, e protestou pela sua posterior juntada aos autos, tão logo complete o trabalho de verificação.

Em relação ao item 13, afirmou que as limitações temporais impostas pela legislação estadual ferem frontalmente o princípio da não-cumulatividade, bem como o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, que prevê expressamente o direito ao crédito de ICMS sobre as aquisições de bens de uso e consumo.

Citou jurisprudência e concluiu que o item 13 também seria improcedente.

Ao final, requereu que a Decisão fosse revista, com a consequente improcedência das exigências fiscais remanescentes, e caso assim não se entenda, que fosse reconhecida a decadência dos débitos referentes ao período anterior a 29-09-1999.

A representante da PGE/PROFIS disse que não se pode falar em decadência do exercício de 1999, porque, lastrada no § 4º, do art. 150, do CTN, o Código Tributário de Estado da Bahia (COTEB), no seu § 1º, do art. 28, estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, para que se considere homologado tacitamente este lançamento.

No mérito, quanto à infração 1, afirmou que a legislação estadual é clara ao definir que a redução de base de cálculo nas saídas de leite será aplicável, exclusivamente, àquele produzido no Estado da Bahia, e não cabe ao CONSEF apreciar a alegação de constitucionalidade da lei estadual, que tem eficácia até que o Poder Judiciário competente a retire do ordenamento jurídico vigente.

No que concerne à infração 2, pontuou que a legislação citada pelo recorrente para entender a aplicação da norma anterior, ou seja, da data da assinatura do Termo de Acordo não lhe socorre, posto que a alteração legislativa indicado pelo autuante e confirmada pela JJF, que passou a condicionar a redução da base de cálculo à lista de mercadorias, foi promovida pelo Decreto nº 8.409/02.

Em relação à infração 3, disse que a JJF demonstrou que os produtos não estão previstos na isenção do ICMS, restando ao recorrente alegar o direito ao crédito fiscal, sendo este direito incontestável, devendo o autuado utilizá-lo nos termos previstos na legislação aplicável, não sendo caso de abatimento do montante devido nessa infração.

Quanto à infração 6, asseverou que restou demonstrado que o produto óleo composto não está no rol daqueles que têm a base de cálculo reduzida, devendo ser mantida a infração, e o pedido de exclusão da multa não veio acompanhado de qualquer dos motivos elencados pelo RPAF, pelo que não pode nem mesmo ser apreciado.

No que tange à infração 8, o recorrente afirmou que ainda está reunindo provas para demonstrar o acerto do estorno de débito do imposto, e entendeu a representante da PGE/PROFIS que, em razão disso, não há motivos apresentados para serem analisados.

Em relação à infração 13, aduziu que resta a aplicação da legislação vigente (LC Nº 87/96 e Lei 7.014/96) que adiou a utilização dos créditos fiscais relativos a materiais de uso e consumo para o ano de 2007, e, novamente, ressaltou não caber ao CONSEF apreciar alegação de constitucionalidade das normas.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Sobre o tema “decadência”, já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJF nº 0274-12/02, da 2^a CJF, e CJF nº 0061-11/05, da 1^a CJF, nos seguintes termos:

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.”

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele 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.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”

Este meu entendimento encontra lastro em Decisão do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 1^a Seção, EResp. 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 08.05.00, pois aquele precedente jurisprudencial, contém o seguinte mandamento: “Se o pagamento do tributo **não for antecipado**, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos.” (grifo meu)

Foi exatamente o que ocorreu neste Auto de Infração: o contribuinte ao utilizar indevidamente redução de base de cálculo e crédito fiscal de ICMS, bem como deixar de realizar o estorno de crédito fiscal previsto na legislação, promoveu a redução do imposto a ser recolhido, e, consequentemente, não houve o pagamento antecipado deste imposto.

Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a setembro de 1999, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2005, e o Auto de Infração foi lavrado em 10-09-2004 e o contribuinte cientificado do mesmo em 29-09-2004.

O contribuinte, ao contestar individualmente os itens 1, 3 e 13, questionou a constitucionalidade de dispositivos legais.

Lembro que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência deste CONSEF a declaração de constitucionalidade, e, sendo assim, até que o órgão competente para tal a faça, no caso o Supremo Tribunal Federal para que produza efeito *erga omnes*, tais dispositivos legais se revestem de constitucionalidade e têm eficácia.

Afasto, portanto, tais argüições.

O contribuinte autuado pleiteou a realização da diligência com o fim de ver comprovado que o produto que comercializa, objeto do sexto item do Auto de Infração, é óleo de soja e possui em sua composição mais de 80% desse produto, não sendo cabível a alegação de que se trataria de outro produto.

Arrimado no que dispõe o art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro este pleito, porque considero suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos.

Passo, agora, à análise do Recurso de Ofício.

A infração 2, julgada procedente em parte, trata do recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A sucumbência da Fazenda Estadual refere-se à parcela relativa ao exercício de 2000, em que, segundo a redação original do art. 1º do Decreto nº 7.799/00, com efeitos até 16/12/02, não havia restrição a produtos, bastando que as saídas internas de mercadorias fossem efetuadas por estabelecimentos, sob o código de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o Decreto, e que, somente com a edição do Decreto nº 8.409/02, de 26/12/2002, o benefício de redução de base de cálculo de 41,176%, passou a ser condicionado à lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único, mesmo que o contribuinte esteja enquadrado no código 5191-8/01.

Assim, como o contribuinte está inscrito sob o código de atividade 5191-8/01, constante no item 17, “*comércio atacadista de mercadorias em geral sem predominância de artigos para uso na agropecuária*”, entendeu-se que a exigência fiscal relativa ao exercício de 2000, dos produtos garfo descartável e calça jeans, não poderia prosperar, devendo ser excluída do demonstrativo de débito, e, assim, as parcelas com data de ocorrência de 30/08/2000 e de 31/12/2000, no valor de R\$226,99 e de R\$131,16, foram retiradas.

Considero correto este entendimento.

Já os itens 4 e 5, que foram julgados nulos, se reportam à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Este Decisão tomou como lastro um Parecer da PGE/PROFIS.

Corroboro integralmente com o que pensam a representante da PGE/PROFIS e os membros da 2ª JJF, pois, efetivamente, não existe na Lei nº 7.014/96 qualquer dispositivo que obrigue o contribuinte a efetuar o estorno proporcional do crédito fiscal, relativo às entradas de mercadorias cuja saída subsequente se dê com redução de base de cálculo.

É cediço que qualquer aumento de imposto é reserva de lei, e estorno de crédito implica, necessariamente, em majoração do imposto a ser apurado no período.

Discordo apenas do relator do voto discordante, porque entendo que não é caso de nulidade destes itens, pois, não havendo previsão legal para o estorno do crédito, na forma em que foi lançado, a sua cobrança é indevida, e, por conseguinte, estes itens do Auto de Infração são improcedentes.

Sobre este mesmo tema, já me pronunciei no mesmo sentido em outra ocasião, que gerou o Acórdão CJF nº 0030-11/05.

Reputo correto o entendimento manifestado no julgamento de 1ª Instância, ora em reexame, que não carece de qualquer ressalva, e a Decisão recorrida deve ser modificada somente quanto à sua conclusão, para julgar improcedentes os itens 4 e 5 do Auto de Infração.

Passo a apreciar o Recurso Voluntário.

Com relação à infração 1, o recorrente limitou-se a questionar a constitucionalidade da alteração promovida pelo Decreto nº 8.413/02, que prevê que a redução da base de cálculo somente é concedida para o leite de gado fabricado neste Estado, porque estaria estabelecendo tratamento privilegiado para o leite produzido no Estado da Bahia, em detrimento daquele produzido nos outros entes da Federação.

Como já dito no preâmbulo deste voto, falece competência para este Colegiado declarar a constitucionalidade de dispositivo legal.

Quanto à infração 2, em que a JJF considerou não ser mais possível a utilização do benefício da redução da base de cálculo a partir de 01-01-2003, pois alguns de seus produtos não estariam mais previsto na lista do Anexo ao Decreto nº 7.799/00, em virtude de alterações posteriores na legislação, argüiu o recorrente que o art. 7º, do Decreto nº 8.969/04 prevê que aos atacadistas já habilitados ao benefício previsto no Decreto nº 7.799/00, aplicam-se as regras vigentes na legislação da data da assinatura do Termo de Acordo, ficando evidente que poderia usufruir do benefício.

Ocorre que o Decreto nº 7.799/00 já havia sido alterado anteriormente pelo Decreto nº 8.409/02, de 26/12/2002, que passou a restringir os produtos sujeitos ao benefício, condicionado a redução da base de cálculo àqueles constantes na lista de mercadorias relacionadas aos códigos de atividades dos itens 1 a 16 do anexo único, só que o contribuinte é enquadrado no código 5191-8/01, item 17 deste anexo, não fazendo jus a tal redução.

No que concerne à infração 3, disse o autuado que a Decisão recorrida foi omissa quanto à sua alegação de que se não efetuou o pagamento do ICMS incidente nas operações objeto deste item, também não utilizou o crédito fiscal a que teria direito pela entrada destas mercadorias, porque não foi determinado o desconto destes créditos do valor lançado, violando o princípio da não-cumulatividade.

A Decisão recorrida não foi omissa, posto que lá se encontra consignado que, de fato, o direito ao crédito fiscal das mercadorias tributadas está assegurado ao contribuinte, em obediência ao citado princípio, que pode ser utilizado a qualquer tempo, desde que não decorrido o período decadencial, e desde que sejam seguidas as normas próprias aos lançamentos extemporâneos.

O que não é possível é a compensação dos débitos que não foram lançados pelas saídas, com possíveis créditos concernentes às entradas, até porque são lançamentos distintos, com valores de base de cálculo diferentes (preços das entradas e saídas), e dependem da formalização através de documentos hábeis a comprovar o ingresso de tais mercadorias.

No que tange à infração 6, o contribuinte apenas aduziu que o produto que comercializa é óleo de soja e que este item deve ser cancelado até que se comprove efetivamente as supostas irregularidades na sua conduta por meio da realização das diligências probatórias cabíveis, nos termos do dispositivo que citou.

Ora, a legislação é clara quando, no art. 87, VII do RICMS/97, restringe a concessão do benefício da redução de base de cálculo ao produto óleo refinado de soja, NCM 1507.90.10.

Conforme esclareceu a relatora da Decisão recorrida, no presente caso, está sendo exigido o imposto relativo aos produtos de NCM 15.07.90.90 e NCM 15.10.0000, conforme informação fiscal, e estes produtos estão relacionados nos Anexos 15, 16, 17, 18 e 18-A, de fls. 536 a 626, e são óleo de soja/oliva Maria e óleo composto Carmelita, produtos sob os códigos 150800 e 087711, respectivamente, que não estão enquadrados como óleo refinado de soja, mas classificados como

“outros” na NBM/SH, fato que constatou através de pesquisa no site da Secretaria da Receita Federal, onde verificou que a classificação 15079090, refere-se a “outros óleos”, e apenas o da posição 15.07.90.10, refere-se a óleo refinado de soja.

Quanto ao item 8, disse o recorrente que ainda está reunindo as evidências necessárias para comprovar que o estorno de débito é devido, face à grande quantidade de documentos necessários, porque não houve tempo hábil para apresentá-los, e protestou pela sua posterior juntada aos autos, tão logo complete o trabalho de verificação, mas até o momento não o fez, o que não permite a sua apreciação.

Em relação ao item 13, afirmou que as limitações temporais impostas pela legislação estadual ferem frontalmente o princípio da não-cumulatividade, bem como o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, que prevê expressamente o direito ao crédito de ICMS sobre as aquisições de bens de uso e consumo.

Quanto à constitucionalidade da legislação estadual, como já dito, este CONSEF não tem poderes para declará-la, e, em relação ao art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, o art. 33, I, desta mesma LC, prevê que somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007, isto com as redações das pelas Leis Complementares nº 92/97, 99/99 e 114/02.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida, retificando-a, somente, quanto a conclusão relativa as infrações números 4 e 5, as quais são improcedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 271331.0003/04-8, lavrado contra MAKRO ATACADISTA S/A devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$229.704,47, sendo R\$17.014,30, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a” e ”b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$212.690,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a” e ”b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS