

A. I. N° - 140764.0026/04-2
AUTUADO - CARDOSO E NASCIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ETELVADO NONICO SILVA
ORIGEM - INFAZ/GUANAMBI
INTERNET - 07. 07. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0215-04/05

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. A redução da base de cálculo somente pode ser aplicada nas operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado e por ele produzido. Infração caracterizada. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS.** O café torrado e moído encontra-se enquadrado no regime da substituição tributária. Não havendo redução da base de cálculo no imposto sobre a mercadoria objeto da autuação conforme item primeiro, é devido pelo contribuinte a diferença do imposto. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2004, exige ICMS no valor de R\$169.040,24 acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (janeiro de 2002 a dezembro de 2003) - R\$153.700,38;
2. Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (janeiro de 2002 a dezembro de 2003) - R\$15.339,86

No campo “Descrição dos Fatos” foi consignado que o autuado é filial atacadista. Ao realizar operações de vendas internas de café torrado e moído reduziu, indevidamente, a sua base de cálculo no percentual de 58,825%, correspondente à alíquota de 7%, pois adquirido em indústria estabelecida no estado de Minas Gerais. Foi contrariada a legislação vigente que preconiza este procedimento somente para o café produzido no Estado da Bahia, o que provocou o recolhimento a menos do ICMS devido, conforme discriminado nos Anexos I e II dos autos.

O autuado (fls. 40/64), por advogado constituído, impugnou o lançamento fiscal, argüindo, como preliminar, a inconstitucionalidade do art. 87, XIV, do RICMS/97, por afronta ao disposto no art. 152 (transcrito) e art. 150, VI, § 6º da Magna Carta, art. 1º, I, Parágrafo único, da Lei Complementar 24/1975, caput do art. 37 e § 2º, da Lei nº 7.014/96. Transcrevendo o art. 17, “a”, da lei nº 7.014/96 e entendimentos de doutrinadores sobre a matéria, afirmou que o Estado da Bahia, sem autorização legal, concedeu benefício, através de redução de base de cálculo, que atinge somente o café produzido neste Estado, discriminando o produzido nos demais, como Minas Gerais.

Entendeu que, quando determinado Estado concede benefício fiscal de forma não uniforme entre operações internas e interestaduais, esse benefício apresenta-se inconstitucional no que se refere a esta restrição de não ser aplicável a determinadas operações, sejam elas internas ou interestaduais,

posto que atentatório ao princípio da uniformidade tributária, insculpida ao Art. 152 da Carta Regente.

Trazendo como tópico a obrigação do ente tributante de respeitar o princípio da isonomia, aduziu que o café torrado e moído que comercializa é transferido de sua matriz, situada em Minas Gerais, para sua filial em Guanambi neste Estado, não havendo transferência de titularidade da propriedade das mercadorias, somente a transferência entre a matriz e a sua filial. Desta forma, a filial estabelecida neste Estado promovendo venda de produtos de sua própria produção, por aplicação da isonomia tributária, deve gozar dos mesmos benefícios concedidos às indústrias locais que promovem a saída de sua própria produção de café torrado e moído, conforme o art. 150, II, da Constituição Federal, o qual transcreveu, bem como doutrina sobre a matéria.

Alegou, em seguida, que a aplicação da taxa SELIC, a explicando, era inconstitucional e ilegal, pois não visava à indenização do Estado pelo pagamento intempestivo dos tributos, “mas hedionda remuneração dos cofres públicos, o que impossibilita a exigência de tal monta dos contribuintes”. Transcreveu entendimentos de doutrinadores e afirmou que a mesma, da forma como aplicada, não possui previsão legal e contraria os art. 62, 68, 150, incisos I e II, 192, § 3º, todos da Constituição Federal. Ressaltou que o acréscimo moratório deveria ser calculado no percentual previsto no art. 161, § 1º, do CTN.

Impugnou, de igual forma, a multa aplicada por ter cunho confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV e 37 da Constituição Federal, transcrevendo doutrina e decisões de outros tribunais, sendo que a mesma deveria ser estabelecida no patamar de 2%, em conformidade com a Lei nº 9.298/96.

Prosseguindo com sua argumentação, defendeu a posição de que conforme disposições contidas no art. 5º, LV, da Carta Magna, os conselhos de contribuintes, mesmo sendo foro administrativo, possuem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei ou decreto no processo administrativo tributário. Portanto, poderiam adentrar na discussão das diversas questões de cunho constitucional que abordou.

Finalizando sua defesa, observou que havia impugnado toda a matéria posta nos autos, já que ambas partiram da aplicação da redução da base de cálculo em 58,825%, ou seja, a contestação se referia às duas infrações apuradas.

Pugnou pela improcedência da autuação e se assim não entendido, fosse reconhecida a inconstitucionalidade da Taxa SELIC, redução da multa aplicada e a produção de todas as provas em direito admitidas.

O autuante (fls. 76/84) prestou informação fiscal quando ressaltou que o café torrado e moído, qualquer que fosse sua procedência, até o final de 2001, segundo disposição então constante no art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, estava sujeito à alíquota de 7%, como mercadoria de consumo popular, pertencente à cesta básica. Entretanto, este artigo sofreu alteração, dada pela Lei nº 7.981, de 12/12/01, DOE de 13/12/01, com efeitos a partir de 13/12/2001, quando o café torrado e moído foi excluído da lista de produtos sujeitas à alíquota de 7%, passando para a de 17%, conforme previsto no art. 15, I, “a”, da mesma Lei. Neste contexto, concluiu que a redução de base de cálculo se condiciona ao café exclusivamente produzido no Estado da Bahia e as disposições do inciso XIV, do artigo 87, do atual RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, somente a ele se restringem.

Ressaltou que embora a empresa, estabelecida no território da Bahia, seja filial do mesmo empreendimento estabelecido no Estado de Minas Gerais, o RICMS/Ba, o classifica como estabelecimento distinto, conforme previsto no art. 37 e 42, do RICMS/97, que transcreveu.

Em relação ao cálculo da atualização monetária do crédito tributário, a Taxa Selic encontra-se prevista no art. 13 da Lei 9.065/95 e o Estado a utiliza, conforme disposições do art. 51, da Lei 3.965, de 11/12/81, arts. 138, 138-A, 138-B e 139 do RICMS/97 e art. 45 (caput), I a VI, da Lei 7.014/96. E, para compensar o dano decorrente do descumprimento da obrigação principal, aplicou a multa de 60%, respaldada no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Salientou, em seguida, que o autuado, em nenhum momento, questionou o mérito da autuação, assim como os papéis de trabalho apresentados pelo fisco, argüindo tão somente razões de direito, sendo a defesa meramente protelatória.

Opinou pela manutenção da autuação.

Através do Acórdão JJF nº 0480-01/04, a 1ª JJF afastou as arguições de nulidade levantadas pelo impugnante. Analisou a matéria referente à infração primeira (falta de recolhimento de ICMS, pelas saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo) decidindo pela sua procedência. No que tange à infração 2 (retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado), a manteve entendendo que a mesma não havia sido impugnada pelo sujeito passivo.

O autuado recorreu da decisão prolatada pela 1ª Instância deste Conselho de Fazenda Estadual (fls. 110/134), quando alegou a nulidade da Decisão recorrida porque dela consta informação não verdadeira de que não impugnara a infração indicada no item 2 da autuação. O recorrente alertou que esse erro não poderia ser suprido pela 2ª Instância de Julgamento, pois implicaria em supressão de instância.

Em seguida, insistiu na possibilidade dos conselhos de contribuintes declararem a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei. Trazendo os mesmos argumentos anteriormente apresentados, ainda se baseou em Decisão da 1ª Turma da Câmara Superior de recursos fiscais que entendeu ser possível aplicar-se o direito e não a lei, quando esta não se revelar o instrumento daquele. Alegou, nesta ocasião, que a restrição aos Conselhos é para a decretação da inconstitucionalidade não da ilegalidade, daí porque este Conselho não estaria impedido de declarar a ilegalidade, com base no art. 11 do CTN, que veda aos Estados estabelecer diferença tributária em razão da procedência ou destino dos bens de qualquer natureza, o que estaria caracterizado na redução de base de cálculo apenas nas operações com café torrado e moído produzido neste Estado, negado o benefício ao café produzido em outras unidades da Federação.

Reafirmou que como o estabelecimento de Guanambi vende produtos da produção própria da matriz, situada em outro Estado, estaria em situação equivalente a estabelecimento industrial. Citou doutrina pertinente, pedindo tratamento isonômico.

Insistiu na alegação de inconstitucionalidade da Taxa Selic aplicada à cobrança do imposto estadual e de que a multa possuía caráter confiscatório.

Ressaltou que a sua argumentação, bem como a sua impugnação se referia às duas infrações apontadas. Requereu a nulidade da Decisão, por não ter sido examinado o mérito da 2ª infração ou que, reformando a Decisão recorrida, que o Auto de Infração fosse declarado improcedente.

A PGE/PROFIS ao se manifestar nos autos (fls. 143/147) entendeu que razão assistia ao autuado quando afirmou que se manifestara contrário à infração 2. Mas entendendo que o autuado reclamara em essência da inconstitucionalidade da regra instituidora do benefício fiscal e porque a matéria teria sido exaustivamente decidida, não se poderia falar em omissão do julgador, observando que falece competência ao CONSEF para declarar inconstitucionalidade. Quanto à aplicação da Taxa SELIC e do percentual de multa moratória, entendeu aquela Procuradoria que, pelos mesmos motivos, os argumentos defensivos não poderiam prosperar. Opinou pelo improvimento do Recurso.

A 2ª Instância deste CONSEF, através do Acórdão CJF Nº 0054-12/05 (fls. 149/152) anulou a decisão de mérito da 1ª Instância já que ao compulsar os autos observou que o autuado, expressamente, havia atribuído a ambas as infrações os mesmos argumentos defensivos, fato que ia de encontro ao que foi exposto pelo relator da 1ª JJF, implicando este procedimento em prejuízo do direito de ampla defesa do contribuinte.

Quanto às arguições de nulidade levantadas pelo sujeito passivo não as acolheu, assim se expressando: *Afasto as preliminares de nulidade relativas ao suposto descumprimento de disposições constitucionais, por falecer competência a este Colegiado para tanto. Observo que o eventual excesso ou desvio de poder, se porventura existente, é matéria de Decisão do Supremo Tribunal Federal.*

VOTO

Os autos voltaram à 1ª Instância deste Colegiado tendo em vista que a 2ª Instância anulou a decisão de mérito anteriormente prolatada.

Ressalto que as preliminares de nulidades argüidas pelo impugnante, todas com base em descumprimento de disposições constitucionais já foram afastadas pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, não estando no momento mais em discussão. Nesta situação, de igual forma, encontra-se sua contestação quanto à ilegitimidade da taxa SELIC e do percentual da multa moratória.

Portanto, me pauto exclusivamente na matéria de mérito e na legislação vigente aos fatos geradores a respeito da lide instalada.

A primeira infração do presente Auto exige o ICMS pela falta do seu recolhimento nas saídas de mercadoria (café torrado e moído) que foram beneficiados fora do Estado da Bahia com a utilização indevida da redução da base de cálculo.

Em sua defesa, além das questões de inconstitucionalidade, já afastadas, o autuado entende ter direito ao benefício, mesmo sendo o café processado no Estado de Minas Gerais, por ser operação de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. Diante da lei tributária deste Estado é equivocado o argumento de defesa. Em primeiro lugar, os estabelecimentos, mesmo pertencentes ao mesmo titular são considerados autônomos entre si (art. 14, § 2º, da Lei nº 7.014/96). Portanto, como a operação se tratou de uma transferência, com fato gerador próprio do imposto (art. 4º, I, da citada Lei) e quem industrializou o café (torrado e moído) não foi o impugnante e sim outro estabelecimento. Por segundo, a operação, como confessado, se tratou de uma transferência interestadual e neste caso, como a questão é de um benefício fiscal dado pelo Estado da Bahia a seus contribuintes, não se pode argüir tratamento isonômico, ou seja, que estaria em situação equivalente a estabelecimento industrial.

Com a exposição destas determinações, observo, inicialmente, que a alíquota do ICMS sobre o café torrado e moído até 31/12/2001 era de 7%, pois fazia parte da chamada “cesta básica”. Entretanto, o Decreto nº 8.088, de 27/12/01, DOE de 28/12/01, efeitos a partir de 1/1/02 (Alteração nº 30 do RICMS/97) o excluiu do art. 51, I, “a” do citado Regulamento. Entretanto, visando beneficiar as indústrias deste Estado, por este mesmo Decreto foi acrescentado ao art. 87 da norma regulamentar o inciso XIV, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

*XIV - das operações **internas** com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzido, calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento)”. (grifo nosso).*

Assim, somente terá direito ao benefício, nas operações internas, o café torrado ou moído por estabelecimento localizado no Estado da Bahia, desde que por ele produzido. Estes requisitos não foram atendidos pelo autuado: a mercadoria chegou ao estabelecimento do sujeito passivo através de uma operação interestadual e o beneficiamento do café ocorreu em outra unidade da federação.

No mais, o autuante de posse das notas fiscais de saídas para vendas em veículos e daquelas de retorno, realizou levantamento das vendas efetuadas. Apurou o ICMS devido sem a redução da base de cálculo. Deste valor, abateu o recolhido, cobrando a diferença. O autuado não questionou os valores apurados e apresentados.

Pelo exposto, mantenho a autuação deste item no valor de R\$153.700,38.

A infração 2 do Auto de Infração exige o tributo estadual pela sua retenção e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Os argumentos de defesa foram os mesmos apresentados relativamente à infração 1, pois os levantamentos fiscais, para apuração do imposto devido, tiveram a mesma origem, ou seja, a redução indevida da base de cálculo do ICMS em 58,825%. Tais argumentos já foram enfrentados e não acolhidos por este Colegiado, quer sejam aquele que versaram sobre a inconstitucionalidade da norma tributária estadual, que sejam os pertinentes à matéria específica, precisamente: no caso em questão e diante da legislação vigente, o sujeito passivo não tem direito à redução da base de cálculo do ICMS.

No mais, o café torrado e moído encontra-se enquadrado no regime da substituição tributária, conforme disposição do art. 353, inciso II, item 10, do RICMS/97. O autuante após levantamento feito e relativo à infração primeira, apurou o ICMS devido por substituição tributária. Deste valor, abateu o recolhido relativo à substituição tributária, cobrando a diferença. O autuado, mais uma vez, não questionou os valores apurados e apresentados.

A infração é mantida no valor de R\$15.339,86.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, o mesmo não pode ser acatado por falta de previsão legal. O art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF. No caso, a multa aplicada recaiu sobre a obrigação principal. Esta, somente pode ser dispensada ou redução ao apelo da equidade e através de outros procedimentos, elencados no RPAF/99 (art. 159).

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, para exigir o ICMS no valor de R\$169.040,24.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140764.0026/06-2**, lavrado contra **CARDOSO E NASCIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$169.040,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR