

A.I. Nº - 115484.0001/07-0
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 07.07.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-02/08

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES ISENTAS DO IMPOSTO.** O critério da não-cumulatividade se traduz nestes termos: do tributo devido nas operações ou prestações realizadas pelo contribuinte (débito fiscal), deve-se abater o montante do imposto pago nas operações ou prestações (crédito fiscal). Obviamente, se nas operações ou prestações anteriores não houve pagamento do imposto, não há fundamento jurídico para que o contribuinte faça qualquer abatimento a título de crédito, a menos que norma expressa, de natureza excepcional, autorize tal crédito, a título de estímulo ou incentivo, como no caso dos chamados “créditos presumidos” (créditos outorgados). Por outro lado, se na aquisição de determinada mercadoria há incidência do imposto mas as operações subseqüentes são isentas, é também ilegítimo o crédito. Mantido o lançamento. **b) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** A vedação do crédito neste caso tem previsão expressa: RICMS, art. 356. Mantido o lançamento. **c) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.** Os créditos dos serviços de comunicação somente podem ser utilizados quando os serviços utilizados se referirem à futura execução de serviços da mesma natureza ou quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais (RICMS, art. 93, II-A, “a”), sendo que, nas demais situações, os créditos dos serviços de comunicação só podem ser utilizados de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000 e a partir de 1º de janeiro de 2011 (RICMS, art. 93, II-A, “b”). Quanto a decidir se a legislação infraconstitucional poderia ou não modificar, restringir ou condicionar direito previsto na Constituição, este Órgão não tem competência para apreciar tal matéria. Mantido o lançamento. **d) BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO INTEGRAL.** A legislação prevê o crédito relativo a bens do ativo permanente, porém sua utilização não pode ser feita de uma só vez, mas sim de forma parcelada, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês. Mantido o lançamento. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE E A USO OU CONSUMO.** Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento.

4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento.

5. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Infração demonstrada nos autos. Após diligência, ficou patente que o contribuinte adotou uma redução de base de cálculo sem previsão legal. Mantido o lançamento.

6. LIVRO FISCAL. EXTRAVIO E FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTAS DE R\$ 140,00 E R\$ 960,00. Inadequação da primeira multa, por não ter correlação com o fato em discussão, e inaplicabilidade da segunda, haja vista não haver prova do extravio do livro. Excluídas as penalidades. Não acatada a preliminar de nulidade dos lançamentos. Quanto à alegação de que as multas aplicadas seriam confiscatórias, cumpre observar que as multas em questão têm previsão legal, não sendo razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/4/07, apura os seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$1.319,49, com multa de 60%;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com não-incidência do imposto – crédito utilizado nas aquisições de leite líquido, cujas saídas subseqüentes são isentas e o imposto é diferido na indústria –, sendo lançado tributo no valor de R\$80.010,59, com multa de 60%;
3. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de mercadorias cujo imposto foi pago pelo regime de substituição tributária, sendo lançado tributo no valor de R\$26.500,66, com multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à utilização de serviço de comunicação não vinculado a fatos subseqüentes tributáveis pelo imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$1.148,25, com multa de 60%;
5. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de bens destinados a integrar o ativo permanente da empresa (utilização integral), sendo lançado imposto no valor de R\$12.090,12, com multa de 60%;
6. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente e a bens de uso ou consumo, “vez que a autuada calcula desta forma e não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual” [*sic*], sendo lançado imposto no valor de R\$468,39, com multa de 60%;
7. recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$454.627,68, com multa de 60%;

8. falta de recolhimento de ICMS referente a operações realizadas com redução indevida da base de cálculo do imposto, por não atender a requisitos previstos na legislação para “concessão de benefício especial e todos os critérios pre-estabelecidos para a usufruição do citado regime especial” [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$94.907,42, com multa de 60%;
9. extravio e falta de apresentação do livro de registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências, sendo por isso aplicadas duas multas, totalizando R\$1.060,00.

O autuado defendeu-se alegando como preliminar que na descrição das infrações 1ª, 3ª, 5ª, 6ª e 8ª o agente fiscal deixou de detalhar e demonstrar de forma clara o teor das imputações. Explicita as imperfeições da autuação. Reclama que tais irregularidades denotam iliquidez e incerteza da autuação.

Observa que, no caso do item 1º, o próprio agente fiscal admitiu que a empresa recolheu parte do imposto, pois, se não tivesse pago nada, a infração seria por falta de recolhimento do imposto, de modo que não poderia constar no anexo II o recolhimento como sendo “zero”, cobrando-se novamente o que a empresa já pagou, ainda que com alíquota menor que 17%.

Reclama que nas infrações 1ª e 6ª foram desconsiderados os valores pagos em relação à alíquota aplicada pela empresa, aplicando-se a integralidade da alíquota de 17%.

Com relação ao item 5º, reclama que não é sequer possível saber quais as mercadorias que teriam sido destinadas ao ativo imobilizado.

Com relação ao item 8º, protesta que no Auto não foram mencionadas as mercadorias que não estão sujeitas à redução da base de cálculo, bem como qual seria o regime especial, ficando por isso a empresa impossibilitada de se defender de forma condizente.

Quanto ao mérito, o autuado argumenta que o ICMS é um tributo não cumulativo, e que a base de cálculo desse tributo é o valor da operação mercantil. Diz que no caso do item 2º não foi observado o capítulo do regulamento que cuida das operações com leite, onde são disciplinadas as hipóteses de isenção e de diferimento. Comenta que a isenção implica a não exigibilidade do tributo, ao passo que o diferimento adia o pagamento, de modo que cabe ao comprador a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido, e, em tal situação, o contribuinte pode creditar-se do imposto ao escriturar a nota de entrada da mercadoria, uma vez que o tributo deverá ser recolhido na saída, haja vista o critério da não-cumulatividade previsto na Constituição. Argumenta que, como o leite líquido tem o imposto diferido na indústria, nos termos do art. 466 do RICMS, foram lançados como créditos fiscais os valores referentes ao imposto que seria recolhido posteriormente. Aduz que o seu estabelecimento atua como varejista. Transcreve a regra do art. 465 do regulamento, que especifica as hipóteses de isenção de leite pasteurizado com destino a consumidor final. Conclui sustentando que, com base nos dispositivos regulamentares apontados, as operações da empresa foram realizadas de forma regular, não sendo possível questionar a origem dos créditos do imposto.

Com relação ao item 4º, argumenta que, sendo a sua empresa contribuinte de fato e de direito do ICMS, tem direito ao crédito do imposto nas aquisições de serviços de comunicação, por se tratar de um tributo não cumulativo, conforme prevê a Constituição. Sustenta que o princípio da não-cumulatividade é soberano e se aplica indistintamente e de maneira obrigatória a todos os Estados, que devem reproduzi-lo e aplicá-lo integralmente, constituindo uma garantia para os contribuintes, representada pela desoneração do imposto durante a sua cadeia produtiva e de comercialização, de modo a assegurar que o ICMS seja um imposto cobrado sobre o valor adicionado pelo contribuinte em suas operações. Observa que a Constituição prevê apenas duas exceções à aplicação do princípio da não-cumulatividade, nas quais é vedado o crédito: nos casos de operações isentas e nos de não-incidência. Sustenta que deve ser reconhecido o direito ao crédito decorrente da utilização dos serviços de comunicação necessários ao desenvolvimento de sua atividade. Aponta

ementa de acórdão da primeira turma do STJ nesse sentido. Salienta que o seu estabelecimento faz uso de serviços de comunicação em várias situações, principalmente por telefone, tal como nas operações de venda com entrega em domicílio (“delivery”), nas vendas mediante cartões de crédito, bem como nos contatos com clientes sobre promoções e nas vendas pela internet, concluindo que são imprescindíveis os serviços de comunicação no desenvolvimento de seu objeto social, não restando dúvida quanto ao direito ao crédito do imposto incidente sobre a comunicação, em atenção ao princípio da não-cumulatividade.

No tocante ao item 7º, a defesa alega que algumas mercadorias objeto da autuação não estão sujeitas à substituição tributária. Nota que o rol indicado no art. 353 do regulamento do imposto é taxativo. Quanto às mercadorias realmente enquadradas no regime de substituição, alega que bastaria uma simples análise das guias anexas à defesa para que ficasse evidente que o tributo devido fora recolhido espontaneamente. Diz que a auditora teve acesso a todos os documentos da empresa e deveria ter lastreado a autuação com provas inequívocas, e se tivesse verificado toda a documentação não teria autuado a empresa por esse fato.

Quanto ao item 9º, diz que nenhuma infração foi cometida, porque o livro em questão não guarda nenhuma relação com a sistemática de apuração do imposto e muito menos ocasionou qualquer tipo de embaraço à ação fiscal.

Questiona por fim os percentuais das multas aplicadas. Comenta que a natureza das relações jurídicas veiculadas por meio de lançamento fiscal podem consistem em: *a)* crédito tributário em sentido estrito; *b)* multa pelo não pagamento (punitiva); *c)* multa de mora; e *d)* multa instrumental (por descumprimento de obrigação acessória, segundo o CTN). Protesta que a exigência de multa em percentuais elevados representa um verdadeiro excesso de exação, porque pune confiscatoriamente o contribuinte. Frisa que, na presente autuação, as multas são de 60%, o que, a seu ver, caracteriza confisco, o que a Constituição repudia. Cita doutrina e jurisprudência.

Pede a nulidade dos lançamentos, ou que, no mérito, seja reconhecida a insubsistência da totalidade do Auto de Infração. Juntou documentos.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação falando inicialmente dos critérios seguidos e tecendo considerações em que se diz indignada quando tem que ler e até contestar injúrias e impropérios com o intuito de tentar desclassificar a ação fiscal por ela desenvolvida. A seu ver, o autuado não teria lido os autos, com seus anexos e demonstrativos. Considera que a defesa teria denegrido o fisco, ao dizer que esta autuação daria azo ao enriquecimento ilícito do Estado.

Quanto à reclamação do autuado de que a autuação seria desprovida de liquidez e certeza, a auditora considera que o autuado não leu o processo, nem o regulamento, nem as leis, nem o decreto citados no item 8º do Auto de Infração, onde são indicados todos os dispositivos legais atinentes ao fato. Fala dos instrumentos que integram o Auto.

Já no caso do item 5º, observa que a infração está descrita de forma clara e inequívoca, e comprovada nos documentos anexos, sendo que por si só o CFOP indica a operação. Aduz que em alguns casos é possível a descrição dos produtos como “produto genérico”.

No tocante aos itens 1º e 6º, reafirma a auditora que o autuado não leu os autos, pois se tivesse lido entenderia que o imposto lançado se refere a recolhimento feito a menos, e para isso seria bastante que o autuado tivesse conhecimento das alíquotas dos outros Estados, ou que tivesse aberto os arquivos com a memória de cálculo, ou que se valesse de uma calculadora e aplicasse o percentual do Estado de destino. Observa que todas as primeiras páginas dos anexos contêm um resumo dos cálculos efetuados. Ainda com relação ao item 6º, rebatendo a alegação da defesa de que no Auto

não foram detalhadas as mercadorias, a auditora questiona se o autuado leu ou ao menos viu as peças que instruem os autos. Comenta os cálculos.

Quanto ao item 2º, nota a auditora que o dispositivo transcrito pela defesa confirma a autuação, e por isso considera que não seria necessário seu pronunciamento, haja vista que o autuado não se enquadra em nenhuma situação que permita sequer discutir o direito ao crédito da mercadoria em questão, uma vez que a mercadoria se destina a consumidor final.

Com relação ao item 4º, a auditora pondera que o autuado demonstra não ter conhecimento das próprias atividades, porque não fabrica absolutamente nada, pois se trata de um centro distribuidor, não realizando serviços do tipo “delivery”, não vende com cartões de crédito e não faz promoções pela internet, haja vista que apenas transfere as mercadorias aos outros estabelecimentos com atividades de fato de supermercados.

Quanto à alegação da defesa de que o tributo teria sido recolhido, principalmente em relação ao item 7º, e de que algumas mercadorias não estariam sujeitas à substituição tributária, a auditora contrapõe que na ação fiscal não foi feita nenhuma mágica, tendo absoluta convicção do trabalho que foi realizado, e o autuado demonstrou não ter provas que contrariem os lançamentos. Observa que os papéis de trabalho demonstram que foram computados todos os recolhimentos efetuados pela empresa. Quanto aos documentos de arrecadação apresentados pela defesa, a auditora diz que a guia à fl. 406 se refere a estabelecimento com outro CNPJ; o documento à fl. 407 é cópia do constante à folha anterior; o documento à fl. 408 refere-se ao recolhimento de ICMS devido a título de “antecipação parcial”; o documento à fl. 409 refere-se a período que não foi objeto da autuação; os documentos às fls. 410 e seguintes também se referem ao imposto devido por “antecipação parcial”, ou foram computados às fls. 113 e 134, ou são de outro exercício, ou se referem a receitas e exercícios diversos dos fiscalizados.

Observa a auditora que o autuado não contestou objetivamente o item 3º, ou o misturou com outra infração. Observa que o autuado não juntou provas que contrariem a autuação.

Quanto ao item 9º, diz que houve elementos que não foram apresentados pela empresa porque não foi intimada, aduzindo que não foram apresentados haja vista a dificuldade na entrega daquilo que foi objeto de intimação.

Quanto aos percentuais das multas, que a defesa considera excessivos, a auditora diz que não lhe compete discutir tal questão, pois lei não se discute, se cumpre.

Opina pela manutenção dos lançamentos em sua totalidade.

Na fase de instrução, tendo em vista as alegações do autuado quanto ao prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, e considerando-se que os demonstrativos fiscais contêm apenas a assinatura da auditora, não constando que tivessem sido fornecidas cópias dos mesmos ao sujeito passivo, e que, de acordo com o recibo à fl. 34, não consta a identificação da pessoa a quem foi entregue o CD com os arquivos magnéticos dos demonstrativos, planilhas ou termos elaborados pela fiscalização, foi determinada a remessa dos autos à repartição de origem para que fosse feita a entrega daqueles elementos ao contribuinte e que se reabrisse o prazo de defesa (30 dias).

O autuado protocolou petição juntando cópias do livros Registro de Saídas e do Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências.

Ao pronunciar-se sobre os documentos que lhe foram entregues, em cumprimento da supracitada diligência, o autuado considera que, feita juntada do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, deixa de subsistir a infração de que cuida o item 9º.

Quanto ao item 1º, reclama que a auditora, ao apurar o erro na aplicação da alíquota, tomou por base o valor total das mercadorias, desconsiderando o crédito relativo às entradas, e, além disso,

aplicou a alíquota de 17%, não obstante haver descrito a infração como recolhimento a menos do imposto por erro na aplicação da alíquota. Considera contraditória a autuação, pois fala de recolhimento a menos, mas apura a falta de recolhimento total do imposto. Pede a nulidade do lançamento.

No caso do item 2º, a defesa questiona o enquadramento legal do fato feito no Auto de Infração, dizendo que os dispositivos apontados em nada se relacionam com o fato narrado, impedindo o exercício da defesa. Argumenta que vícios dessa ordem tornam nulo o procedimento, e indica nesse sentido acórdão do Tribunal de Impostos e Taxas, de São Paulo. Aduz que, no que se refere ao cálculo do imposto, este se apresenta totalmente confuso. Pede o cancelamento da autuação.

Com relação aos itens 3º e 7º, alega que, por ser bastante genérica a autuação, só é possível esclarecer o que foi possível compreender. Diz que, em tal situação, a substituição tributária trata da venda para clientes não contribuintes do imposto por determinação legal. Considera estranha a autuação, uma vez que a auditora fez um pequeno apanhado de bens e informou que houve creditamento do ICMS pago a título de substituição tributária. Reclama que, por ser completamente confuso, o Auto impede que a empresa exerça plenamente sua defesa, pois descreve infração muito genérica, sem qualquer comprovação, apresentando um emaranhado de contas, sem fazer qualquer relação comprobatória do trabalho fiscal realizado. Comenta os critérios que a seu ver devem ser observados pela autoridade fiscal no lançamento. Frisa que não é próprio ao direito dizer sobre a verdade dos fatos, pois a verdade não se encontra nas leis, mas na natureza das coisas, haja vista que a verdade consiste na adequação da inteligência à coisa, de modo a determinar se o conhecimento que se tem sobre algo corresponde àquilo que este algo é: se for, é verdadeiro, em caso contrário, é falso. Diz que, no processo administrativo, ao contrário do que ocorre no processo judicial, não se busca a segurança jurídica, mas sim a legalidade dos atos da administração, não podendo, por isso, ficar adstrito às provas trazidas aos autos, pois só se sabe se um ato é legal conhecendo-se sua total extensão, além de todos os fatos a ele relacionados. A seu ver, no caso em tela a autoridade fiscal não buscou a verdade material, atendo-se apenas às informações referentes às entradas das mercadorias, sem verificar se as saídas de fato ocorreram. Diz que, havendo perda de mercadorias por prazo de validade vencido, ainda assim a empresa fazia jus ao crédito relativo às entradas, mas não haveria imposto a ser recolhido, por não haver operação futura. Prossegue dizendo que, apesar de haver pago todas as obrigações, principalmente em relação ao item 7º, alguns produtos não estão sujeitas à substituição tributária, razão pela qual o lançamento desse item deve ser cancelado, uma vez que o rol constante no art. 353 do RICMS é taxativo.

No tocante ao item 4º, reclama que a planilha fiscal tem três tintas, com descrição de “produto genérico alíquota 25”. Protesta que, com uma descrição nesses termos, a empresa não pode defender-se, por não saber a qual produto se refere o Auto, em patente afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Pede a anulação da autuação.

Quanto ao item 5º, alega a defesa que, não obstante o regulamento baiano vedar o crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente, a Lei Complementar nº 87/96 prevê o crédito relativo à entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente, vindo depois a Lei Complementar nº 102/00 a disciplinar procedimento específico nesse sentido. Cita doutrina.

Relativamente ao item 6º, a defesa observa que a auditora, ao descrever o fato no Auto, declarou que a maneira como a empresa calcula a diferença de alíquotas não traz nenhum prejuízo aos cofres públicos. Diante disso, o autuado indaga: se não houve nenhum prejuízo aos cofres da fazenda pública, qual a cobrança que se pretende fazer? Pede que, por falta de amparo legal e por total contradição, o lançamento seja anulado.

Com relação ao item 8º, reclama que no Auto não foram indicadas as mercadorias que não estão sujeitas à redução da base de cálculo, bem como qual seria o regime especial, ficando por isso a empresa impossibilitada de se defender de forma condizente. Aduz que a mera menção de que os produtos não fazem jus à redução de base de cálculo, com base em planilhas confusas e contraditórias, não serve para embasar a pretensão fiscal. Pede que o lançamento seja declarado improcedente.

Questiona por fim os percentuais das multas aplicadas. Comenta que a natureza das relações jurídicas veiculadas por meio de lançamento fiscal podem consistem em: *a)* crédito tributário em sentido estrito; *b)* multa pelo não pagamento (punitiva); *c)* multa de mora; e *d)* multa instrumental (por descumprimento de obrigação acessória, segundo o CTN). Protesta que a exigência de multa em percentuais elevados representa um verdadeiro excesso de exação, porque pune confiscatoriamente o contribuinte. Frisa que, na presente autuação, as multas são de 60%, o que, a seu ver, caracteriza confisco, o que a Constituição repudia. Cita doutrina e jurisprudência.

Pede a nulidade dos lançamentos, ou que, no mérito, seja reconhecida a insubsistência da totalidade do Auto de Infração.

A auditora responsável pelo procedimento prestou nova informação observando que os instrumentos apresentados pelo autuado às fls. 479 e 480 não constituem o livro de registro de utilização de documentos fiscais e de termos de ocorrências, pois são apenas a cópia de um parecer relativo à autorização de um credenciamento dilatando o prazo de pagamento do ICMS, autorização essa que foi imediatamente cancelada por falta de cumprimento de obrigações. Quanto às cópias do Registro de Saídas, a auditora diz que se trata de cópias por amostragem. Põe em dúvida tais documentos, dizendo que apenas os meses de novembro e dezembro de 2004 foram reimpressos, e indaga onde está o mês de outubro de 2004. Comenta que faltou a identificação correta da pessoa que recebeu os arquivos. Quanto às fls. 588 a 606, observa que o autuado repete a defesa inicial, nada acrescentando de novo. Considera que o julgamento cujo resumo foi anexado à defesa não pode sequer ser comparado ao presente caso. Opina pela manutenção dos lançamentos, aduzindo que outro Auto, lavrado na mesma época, relativamente a créditos decorrentes das mesmas infrações e lavrado contra estabelecimento da mesma empresa, foi julgado procedente.

O processo foi a julgamento na sessão do dia 19.2.08.

Na sessão de julgamento, esta Junta decidiu que os autos retornassem à repartição de origem para as seguintes providências:

- a) item 1º: por dizer respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, foi solicitado que a auditora anexasse aos autos cópias reprográficas das Notas Fiscais;
- b) item 6º: como consta na descrição da infração que está sendo lançado tributo a título de diferença de alíquotas, uma “vez que a autuada calcula desta forma e não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual” (fl. 2), sendo isso reiterado com ênfase na informação fiscal (fl. 469), foi solicitado:
 - b.1) que, em face da expressão “vez que a autuada calcula desta forma”, a auditora explicasse qual a forma adotada pelo contribuinte;
 - b.2) que, tendo sido dito que a forma como o contribuinte calcula a diferença de alíquotas “não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual”, fosse informada a razão de estar sendo exigido o tributo;
- c) item 8º:

- c.1) como consta na descrição da infração que o contribuinte aplicou indevidamente uma redução de base de cálculo sem atender ao determinado no regulamento, em decretos e em critérios preestabelecidos para a fruição do “citado regime especial”, foi solicitado que a auditora indicasse precisamente qual o regime especial a que é feita referência na descrição da infração, e juntasse cópia do aludido regime especial;
 - c.2) tendo em vista que são indicados no campo “Enquadramento Legal” do Auto os arts. 11, 75/87 e 124 do RICMS, e considerando-se que os arts. 11 e 124 não cuidam de redução de base de cálculo (referem-se a benefício fiscal condicionado e prazo de recolhimento) e os arts. 75 a 87 tratam de matérias bastante heterogêneas (operações com aeronaves, automóveis, motocicletas, máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos, arroz, feijão, carne, insumos agropecuários, energia elétrica, combustíveis, minerais, bens usados, mercadorias importadas), foi solicitado que a auditora indicasse, especificamente, quais os dispositivos legais ou regulamentares infringidos;
- d) e que, após o atendimento das solicitações acima, o órgão preparador desse ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, cópia dos instrumentos a ela pertinentes, e se reabrisse o prazo de defesa (30 dias).

Atendendo à diligência, a auditora:

- a) item 1º: juntou aos autos cópias reprográficas das Notas Fiscais objeto do lançamento;
- b) item 6º:
 - b.1) com relação à expressão “vez que a autuada calcula desta forma”, na descrição do modo como o autuado calcula a diferença de alíquotas, explica que, quando o contribuinte eventualmente calcula o imposto e lança no livro de apuração, de acordo com os elementos às fls. 282/284, o faz juntando as aquisições de bens de uso ou consumo com bens destinados ao ativo imobilizado;
 - b.2) quanto à informação de que a forma como o contribuinte calcula a diferença de alíquotas “não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual”, reitera que, quando o autuado eventualmente calcula o imposto e lança no livro de apuração, de acordo com as cópias às fls. 282/284, o faz juntando as aquisições de bens de uso ou consumo com bens destinados ao ativo imobilizado, nesse aspecto, não causa prejuízo, haja vista que a fórmula para o cálculo do imposto é exatamente igual tanto para a diferença de alíquotas dos materiais de uso e consumo quanto para os bens do ativo imobilizado, e aduz que o que realmente traz prejuízo aos cofres públicos é a falta de recolhimento do imposto ou o seu recolhimento a menos, conforme consta nos títulos do anexo VII à fl. 80 e planilhas às fls. 81/ 90, sendo essa a razão da exigência do tributo;
- c) item 8º:
 - c.1) relativamente ao regime especial mencionado na descrição da infração, não foi indicado no Auto qual o regime especial em virtude de o próprio autuado não indicar em que se baseia quando emite suas Notas Fiscais com redução de base de cálculo, uma vez que não desfruta de nenhum benefício fiscal, não é atacadista para usufruir os benefícios do Decreto nº 7799/00, não aplica um percentual uniforme para calcular o imposto com redução de base de cálculo, e não faz alusão a nenhum decreto nem lei que o ampare;
 - c.2) com relação aos dispositivos legais ou regulamentares infringidos, diz que, como o autuado não indica em que se baseia para usufruir o benefício da redução da base de cálculo, não há como informar qual seria o dispositivo legal que foi infringido, sendo certo apenas que, não havendo amparo legal para a fruição de qualquer benefício, a sua

utilização configura infração pelo menos aos arts. 11, 87, incisos VII, XXI, XXVIII, II e XIII, e 124 do RICMS.

Dada ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo, este se manifestou dizendo que no caso do item 1º a autuação é contraditória porque acusa “recolhimento a menor”, mas na planilha específica consta que seria falta de recolhimento total do imposto nas operações consideradas. Observa que no Auto o próprio agente fiscal admite que havia sido recolhida parte do imposto, pois caso não tivesse sido pago nenhum valor a infração seria por falta de recolhimento, de modo que jamais poderia constar no anexo II como ICMS recolhido o algarismo “zero” e cobrar novamente da empresa o que esta já recolheu, ainda que por alíquota inferior a 17%. Reclama que, apesar de o agente fiscal ter juntado aos autos as Notas Fiscais, deixou de indicar quais as mercadorias tratadas nas operações autuadas, impossibilitando à defesa identificar se tais operações são de fato tributáveis pela alíquota de 17% ou por outra menor. Considera que o lançamento deva ser cancelado, haja vista as motivações de nulidade.

No que tange ao item 2º, o autuado alega que a autuação foi por utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não-incidência do imposto, porém foi feito o enquadramento do fato nos arts. 97, I, e 124 do RICMS, que em nada se relaciona com o que foi narrado no Auto, impedindo desse modo o correto exercício de defesa do contribuinte. Considera que nesse caso há vício insanável e o lançamento deve ser cancelado.

No caso do item 6º, o autuado observa que é expressamente dito pelo agente fiscal que a prática da empresa não implicou prejuízo ao erário estadual, considerando que há uma contradição nos argumentos do agente fiscal em sua manifestação à fl. 617. Alega que o caráter confiscatório é ostensivo neste caso, pois, em virtude de uma suposta irregularidade que não acarretou prejuízos aos cofres do Estado, são ultrapassados os aspectos lógico, racional e legal, consubstanciando-se verdadeiro locupletamento ilícito, que o direito não admite, por se tratar de fato sem causa legítima para se exigir o principal e ainda a aplicação de multa. Requer a anulação do lançamento.

Com relação ao item 8º, reclama que o agente fiscal deixou de enumerar as mercadorias que não estão sujeitas à redução de base de cálculo, bem como qual seria o regime especial, impossibilitando a empresa de promover sua defesa de forma condizente, sendo desse modo infringidos os princípios do contraditório e da ampla defesa. Protesta que a mera menção de que os produtos não fazem jus à redução de base de cálculo, com base em planilhas confusas e contraditórias, não serve para embasar a pretensão fiscal. Quanto à alegação da auditora de que a empresa não havia indicado qual o regime especial em questão, o autuado rebate que a descrição pormenorizada da infração é atribuição que compete exclusivamente à autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN, sob pena de causar ao administrado ofensa à sua ampla defesa e ao contraditório. assegurados pela Constituição.

Questiona por fim as multas aplicadas, dizendo que são confiscatórias, cobradas em percentuais aviltantes.. Comenta que a natureza das relações jurídicas veiculadas por meio de lançamento fiscal. Protesta que a exigência de multa em percentuais elevados representa um verdadeiro excesso de exação, porque pune confiscatoriamente o contribuinte, haja vista que o valor da penalidade aplicada equivale ao dobro do valor do crédito. Argumenta que o critério confiscatório do tributo ou da multa é desproporcional e que a penalidade aplicada é excessiva e deve ser anulada.

Pede que seja reconhecida a nulidade do lançamento do crédito tributário, cancelando-se a autuação, ou, alternativamente, que no mérito seja reconhecida a insubsistência do Auto de Infração.

O processo foi submetido à apreciação desta Junta na pauta suplementar do dia 5.6.08, para ser analisado se seria necessário dar vista da última manifestação do contribuinte à auditora autuante, tendo a Junta concluído ser desnecessária tal providência e que os autos se encontravam prontos para julgamento.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 9 itens.

A defesa suscitou preliminar questionando a descrição das infrações 1ª, 3ª, 5ª, 6ª e 8ª, reclamando que o agente fiscal deixou de detalhar e demonstrar de forma clara o teor das imputações. Explicita as imperfeições da autuação. Reclama que tais irregularidades denotam iliquidez e incerteza.

Tendo em vista as alegações do autuado quanto ao prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, e considerando-se que os demonstrativos fiscais contêm apenas a assinatura da auditora, não constando que tivessem sido fornecidas cópias dos mesmos ao sujeito passivo, e que, de acordo com o recibo à fl. 34, não consta a identificação da pessoa a quem foi entregue o CD com os arquivos magnéticos dos demonstrativos, planilhas ou termos elaborados pela fiscalização, foi determinada a remessa dos autos à repartição de origem para que fosse feita a entrega daqueles elementos ao contribuinte e que se reabrisse o prazo de defesa (30 dias).

O autuado teve à sua disposição, portanto, elementos suficientes para defender-se.

Considero superada a preliminar.

O lançamento do item 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota.

O autuado reclama que a auditora descreveu o fato de forma contraditória, pois, embora fale de “recolhimento a menos”, apurou a falta de recolhimento “total” do imposto. Também reclama que, apesar de terem sido juntadas aos autos cópias das Notas Fiscais, a autuante deixou de indicar quais as mercadorias objeto da autuação.

Os demonstrativos fiscais do item 1º são auto-explicativos (fls. 56-57). Foram entregues cópias dos demonstrativos ao sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa. Se havia algum erro, cabia ao contribuinte apontar. Como isto não foi feito, concluo que os cálculos estão corretos.

Mantenho o lançamento do item 1º.

O item 2º refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com não-incidência do imposto. Consta no Auto que foi utilizado crédito nas aquisições de leite líquido, cujas saídas subseqüentes são isentas e o imposto é diferido na indústria.

Na defesa inicial, o autuado alegou que o ICMS é um tributo não cumulativo, e que a base de cálculo desse tributo é o valor da operação mercantil. Diz que no caso do item 2º não foi observado o capítulo do regulamento que cuida das operações com leite, onde são disciplinadas as hipóteses de isenção e de diferimento. Comenta que a isenção implica a não exigibilidade do tributo, ao passo que o diferimento adia o pagamento, de modo que cabe ao comprador a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido, e, em tal situação, o contribuinte pode creditar-se do imposto ao escriturar a nota de entrada da mercadoria, uma vez que o tributo deverá ser recolhido na saída, haja vista o critério da não-cumulatividade previsto na Constituição. Argumenta que, como o leite líquido tem o imposto diferido na indústria, nos termos do art. 466 do RICMS, foram lançados os créditos fiscais os valores referentes ao imposto que seria recolhido posteriormente. Aduz que o seu estabelecimento atua como varejista. Transcreve a regra do art. 465

do regulamento, que especifica as hipóteses de isenção de leite pasteurizado com destino a consumidor final. Conclui sustentando que, com base nos dispositivos regulamentares apontados, as operações da empresa foram realizadas de forma regular, não sendo possível questionar a origem dos créditos do imposto.

Na segunda defesa, o autuado alegou que o enquadramento legal feito no Auto de Infração em nada se relacionam com o fato narrado, impedindo o exercício da defesa. Aduz que o cálculo do imposto é confuso.

O critério da não-cumulatividade se traduz nestes termos: do tributo devido nas operações ou prestações realizadas pelo contribuinte (débito fiscal), deve-se abater o montante do imposto pago nas operações ou prestações (crédito fiscal). Obviamente, se nas operações ou prestações anteriores não houve pagamento do imposto, não há fundamento jurídico para que o contribuinte faça qualquer abatimento a título de crédito, a menos que norma expressa, de natureza excepcional, autorize tal crédito, a título de estímulo ou incentivo, como no caso dos chamados “créditos presumidos” (créditos outorgados). Por outro lado, se na aquisição de determinada mercadoria há incidência do imposto mas as operações subseqüentes são isentas, é também ilegítimo o crédito.

Quanto à alegação de que o enquadramento legal feito no Auto de Infração em nada se relacionam com o fato narrado, observo que o fato descrito no item 2º foi enquadrado nos arts. 97, I, e 124 do RICMS. O art. 97, I, “a”, prevê que o contribuinte não pode creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, quando a operação ou prestação subseqüente não for tributável. Por seu turno, o art. 124 fixa os prazos em que o imposto deve ser recolhido. Por conseguinte, o enquadramento está correto.

Ainda com relação ao item 2º, a defesa transcreveu o art. 465 do RICMS, para fundamentar o seu pleito. Ocorre que o que esse artigo prevê – isenção do imposto nas operações com leite – é precisamente o contrário do que pretende a defesa, tendo em vista que, se as operações subseqüentes são isentas, a legislação veda o crédito das operações anteriores que porventura tenham sido tributadas (RICMS, art. 97, I, “a”), tomando por referência regra expressa do texto constitucional (art. 155, § 2º, II, “a”).

Quanto à alegação de que o ICMS seria diferido, cumpre observar que o art. 466 do RICMS, citado pela defesa, prevê o diferimento nas saídas de leite fresco, pasteurizado ou não, destinado a estabelecimento industrial. Considerando-se que o estabelecimento do autuado funciona como centro distribuidor de mercadorias para supermercados, e não como estabelecimento industrial, não vejo como essa regra possa ter pertinência com a situação em exame.

A defesa alega que o cálculo do imposto foi feito de forma confusa. Não me parece razoável essa alegação, pois os demonstrativos fiscais do item 2º são claros (fls. 58/60).

Mantenho o lançamento do item 2º.

Com relação ao item 3º – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de mercadorias cujo imposto foi pago pelo regime de substituição tributária –, o autuado alega que ser bastante genérica a acusação. Os demonstrativos fiscais (fls. 61/64) especificam as mercadorias. O autuado recebeu cópia. Foi reaberto o prazo de defesa. Se havia alguma mercadoria que não integra o rol do art. 353 do RICMS, caberia à defesa apontar o equívoco da autuação. A vedação do crédito neste caso tem previsão expressa: RICMS, art. 356.

Mantenho o lançamento do item 3º.

No item 4º o autuado é acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à utilização de serviço de comunicação não vinculado a fatos subseqüentes tributáveis pelo imposto.

Na primeira defesa o autuado argumenta que, sendo a sua empresa contribuinte de fato e de direito do ICMS, tem direito ao crédito do imposto nas aquisições de serviços de comunicação, por se tratar de um tributo não cumulativo, conforme prevê a Constituição. Sustenta que o princípio da não-cumulatividade é soberano e se aplica indistintamente e de maneira obrigatória a todos os Estados, que devem reproduzi-lo e aplicá-lo integralmente, por constituir uma garantia para os contribuintes.

O inciso II do art. 93 do RICMS, em sua redação original, com base na Lei nº 7.014/96, que por sua vez tinha por fundamento a Lei Complementar nº 87/96 e a Constituição, previa, sem restrições, a partir de 1º de novembro de 1996, o crédito do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições de serviços de comunicação tomados.

Embora a Constituição não tenha sido modificada, foram introduzidas alterações na lei complementar e por conseqüência na lei estadual e no RICMS prevendo que, a partir de 1º de janeiro de 2001: *a)* os créditos dos serviços de comunicação somente podem ser utilizados quando os serviços utilizados se referirem à futura execução de serviços da mesma natureza ou quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais – RICMS, art. 93, II-A, “a”; *b)* nos casos de serviços de comunicação utilizados por outros estabelecimentos não indicados no tópico anterior, os créditos dos serviços de comunicação só podem ser utilizados de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000 e a partir de 1º de janeiro de 2011 – RICMS, art. 93, II-A, “b”.

Quanto a decidir se a legislação infraconstitucional poderia ou não modificar, restringir ou condicionar direito previsto na Constituição, este Órgão não tem competência para apreciar tal matéria.

Relativamente à demonstração do débito, o autuado, na segunda defesa, reclama que a planilha fiscal tem três tintas, com descrição de “produto genérico alíquota 25”. Protesta que, com uma descrição nesses termos, a empresa não pode defender-se, por não saber a qual produto se refere o Auto, afrontando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

De fato, no demonstrativo à fl. 75 a mercadoria é descrita como “Produto Genérico Alíquota 25”. No entanto, chamo a atenção para as peças às fls. 11 e 13, em que a auditora intimou a empresa no sentido de detalhar de forma inequívoca o conteúdo dos registros constantes nos arquivos magnéticos, corrigindo os termos “produto genérico”. No “e-mail” (correio eletrônico) impresso à fl. 21, consta que a auditora lembrou ao preposto da empresa que os termos “produto genérico” continuavam aparecendo nos arquivos magnéticos. A empresa, no ofício anexo às fls. 28-29, atribui o aparecimento da referida expressão a uma falha no seu sistema de informatização. Fala das medidas adotadas para sanar o problema. Por conseguinte, a designação “produto genérico” é atribuída pela própria empresa.

Considero caracterizada a infração objeto do item 4º. Mantenho o lançamento.

O item 5º refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de bens destinados a integrar o ativo permanente da empresa (utilização integral).

Na primeira defesa o autuado reclamou não ser possível saber quais as mercadorias que teriam sido destinadas ao ativo imobilizado. Na segunda defesa, alegou que, não obstante o regulamento baiano vedar o crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente, a Lei Complementar nº 87/96 prevê o crédito relativo à entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente, vindo depois a Lei Complementar nº 102/00 a disciplinar procedimento específico nesse sentido.

Analisando primeiro a questão da identificação dos bens. No demonstrativo à fl. 79 as mercadorias são descritas como “Produto Genérico Alíquota ...”. Note-se que, de acordo com as peças às fls. 11 e 13, a auditora intimou a empresa no sentido de detalhar de forma inequívoca o conteúdo dos registros constantes nos arquivos magnéticos, corrigindo os termos “produto genérico”. No “e-mail” (correio eletrônico) impresso à fl. 21, consta que a auditora lembrou ao preposto da empresa que os termos “produto genérico” continuavam aparecendo nos arquivos magnéticos. A empresa, no ofício anexo às fls. 28-29, atribui o aparecimento da referida expressão a uma falha no seu sistema de informatização. Fala das medidas adotadas para sanar o problema. Por conseguinte, a designação “produto genérico” é atribuída pela própria empresa.

Quanto ao direito ao crédito relativo a bens do ativo permanente, o RICMS, a lei estadual e a lei complementar (LC 87/96) prevêm o crédito, porém determinam que sua utilização não pode ser feita de uma só vez, mas sim de forma parcelada, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês.

Mantenho o lançamento do item 5°.

O item 6° diz respeito à falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente e a bens de uso ou consumo.

Na primeira defesa o autuado alegou que foram desconsiderados os valores pagos em relação à alíquota aplicada pela empresa, aplicando-se a integralidade da alíquota de 17%. Na segunda defesa reclama que a auditora, ao descrever o fato no Auto, declarou que a maneira como a empresa calcula a diferença de alíquotas não traz nenhum prejuízo aos cofres públicos.

Em parte o autuado tem razão ao alegar que, ao calcular a “diferença de alíquotas”, a auditora aplicou a “integralidade da alíquota de 17%”. De fato, se está sendo cobrada a “diferença” de alíquotas, não pode tal diferença ser de 17%. No corpo do Auto de Infração (fl. 2) foi consignada a alíquota de 17%, quando na verdade deveria constar apenas o percentual representativo da diferença de alíquotas (alíquota interna menos alíquota interestadual do Estado de origem das mercadorias). Esse vício ocorreu por não ter sido observada a regra do art. 39, IV, “c”, do RPAF, segundo a qual no Auto somente deve ser indicada a alíquota do imposto quando houve uma alíquota a ser aplicada, de modo que, quando for o caso, deve ser indicado simplesmente o percentual de cálculo do tributo (atente-se para a expressão “quando for o caso”, da referida alínea “c”). Não custa dizer que alíquota não é sinônimo de percentual. O vocábulo “alíquota” encerra um conceito jurídico.

Esse vício, contudo, não implica nulidade do procedimento, haja vista que nos demonstrativos fiscais está claro que foi cobrada a diferença de alíquotas – houve um erro apenas de forma, pois no demonstrativo fiscal o cálculo foi feito corretamente.

Resta a questão relativa à expressão “vez que a autuada calcula desta forma e não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual”. Tendo em vista que a auditora se referiu ao cálculo feito “desta forma”, sem dizer qual seria a forma, os autos foram remetidos em diligência a fim de que a auditora explicasse qual a forma adotada pelo contribuinte. Na mesma diligência, em face do juízo emitido pela auditora ao dizer que a forma como o contribuinte calcula a diferença de alíquotas “não traz nenhum prejuízo aos cofres da Fazenda Pública Estadual”, foi solicitado que ela explicasse a razão de estar sendo lançado o tributo, já que a forma como o contribuinte calcula a diferença de alíquotas não traz prejuízo aos cofres públicos.

Pelas explicações prestadas, concluo que a nobre auditora se expressou mal, primeiro ao se referir a ao cálculo feito “desta forma”, sem dizer qual seria a forma, e segundo ao dizer que não haveria prejuízo aos cofres públicos. O que ela quis dizer foi que, quando o contribuinte eventualmente calcula o imposto e lança no livro de apuração, mistura as aquisições de bens de uso ou consumo com bens destinados ao ativo imobilizado, e, como o critério de cálculo da diferença de alíquotas é

o mesmo tanto em se tratando de materiais de uso e consumo quanto em se tratando de bens do ativo imobilizado, a forma como o contribuinte procede não acarreta falta de pagamento do tributo. Atendendo à diligência, a auditora esclareceu que o que motivou o lançamento do item 6º foi o fato de o contribuinte deixar de recolher o imposto ou de proceder ao recolhimento a menos, conforme consta nos títulos do anexo VII à fl. 80 e planilhas às fls. 81/90.

O contribuinte foi intimado dos esclarecimentos prestados pela auditora.

Considero atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A infração está demonstrada nos autos.

Mantenho o lançamento do item 6º.

O lançamento do item 7º refere-se a recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” – leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS (os anexos referidos não enquadram mercadorias no regime de substituição – apenas especificam as MVAS aplicáveis no cálculo do imposto a ser antecipado).

Na primeira defesa, o autuado alega que algumas mercadorias objeto da autuação não estão sujeitas à substituição tributária. Nota que o rol indicado no art. 353 do regulamento do imposto é taxativo. Quanto às mercadorias realmente enquadradas no regime de substituição, alega que bastaria uma simples análise das guias anexas à defesa para que ficasse evidente que o tributo devido fora recolhido espontaneamente. Na segunda defesa, alega que a acusação é bastante genérica. Diz que se trata da venda para clientes não contribuintes do imposto por determinação legal. Reclama que a auditora fez um pequeno apanhado de bens e informou que houve creditamento do ICMS pago a título de substituição tributária. Diz que o lançamento é confuso, impedindo a ampla defesa, pois descreve infração muito genérica, sem qualquer comprovação, apresentando um emaranhado de contas, sem fazer qualquer relação comprobatória do trabalho fiscal realizado. Comenta os critérios que a seu ver devem ser observados pela autoridade fiscal no lançamento. Prossegue dizendo que, apesar de haver pago todas as obrigações, principalmente em relação ao item 7º, alguns produtos não estão sujeitas à substituição tributária, uma vez que o rol constante no art. 353 do RICMS é taxativo.

Os demonstrativos fiscais (fls. 91/132) especificam as mercadorias. O autuado recebeu cópia. Foi reaberto o prazo de defesa. Se havia alguma mercadoria que não integra o rol do art. 353 do RICMS, caberia à defesa apontar o equívoco da autuação.

Mantenho o lançamento do item 7º.

Já no item 8º, o lançamento refere-se à falta de recolhimento de ICMS referente a operações realizadas com redução indevida da base de cálculo do imposto, por não atender a requisitos previstos na legislação para “concessão de benefício especial e todos os critérios pre-estabelecidos para a usufruição do citado regime especial” (*sic*).

O autuado protesta que não foram indicadas as mercadorias que não estão sujeitas à redução da base de cálculo, bem como qual seria o regime especial, ficando por isso a empresa impossibilitada de se defender de forma condizente.

Tendo em vista que na descrição dos fatos a auditora se refere ao “citado regime especial”, sem que tivesse havido citação a qualquer regime, o processo foi remetido em diligência para que a autuante explicasse qual o regime especial a que foi feita alusão e para que juntasse cópia do aludido regime. Na mesma diligência, considerando-se a forma vaga como foi feita a indicação do enquadramento legal (note-se a expressão “a depender da hipótese ou da operação, a serem

especificados”), foi solicitado que a auditora indicasse quais os dispositivos legais ou regulamentares infringidos.

Pelas explicações prestadas pela nobre auditora, fica claro que ela se expressou mal ao se referir ao “citado regime especial”. Na verdade, não há regime especial algum, e o autuado não indicar em que se baseia quando emite suas Notas Fiscais com redução de base de cálculo, uma vez que não desfruta de nenhum benefício fiscal, não é atacadista para usufruir os benefícios do Decreto nº 7799/00, não aplica um percentual uniforme para calcular o imposto com redução de base de cálculo, e não faz alusão a nenhum decreto nem lei que o ampare.

Com relação aos dispositivos legais ou regulamentares infringidos, a auditora explica que, como o autuado não indica em que se baseia para usufruir o benefício da redução da base de cálculo, não há como informar qual seria o dispositivo legal que foi infringido, sendo certo apenas que, não havendo amparo legal para a fruição de qualquer benefício, a sua utilização configura infração pelo menos aos arts. 11, 87, incisos VII, XXI, XXVIII, II e XIII, e 124 do RICMS.

O contribuinte foi intimado dos esclarecimentos prestados pela auditora.

Considero atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A infração está demonstrada nos autos – demonstrativos às fls. 147 e seguintes. Após diligência, ficou patente que o contribuinte adotou uma redução de base de cálculo sem previsão legal.

Mantenho o lançamento do item 8º.

No caso do item 9º, trata-se de duas multas aplicadas por extravio e falta de apresentação do livro de registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências – uma de R\$140,00 e outra de R\$920,00.

Não me foi possível descobrir, contudo, a razão e o fundamento da primeira multa, de R\$140,00. No art. 42, XVIII, da Lei nº 7.014/96, é prevista a multa de R\$ 140,00, porém o inciso XVIII não foi citado no campo próprio do Auto de Infração, ao ser feita a tipificação do fato. Além disso, a multa de R\$140,00 é para fatos que nada têm a ver com o extravio ou para a falta de apresentação de livros.

Quanto à multa de R\$ 920,00, que é a pena prevista para extravio de livro, o autuado juntou aos autos cópia das fls. 25-26 do livro de ocorrências (fls. 479-480 dos autos). A auditora não aceitou a prova, alegando que as cópias apresentadas não constituem o livro de registro de utilização de documentos fiscais e de termos de ocorrências, pois são apenas a cópia de um parecer da repartição fiscal. Discordo da nobre auditora. O parecer está colado no livro, como prevê o RPAF, e a cópia apresentada é de folhas do livro nas quais o parecer se encontra colado. Concluo que o livro não foi extraviado, pois se o fosse não teria sido tirada cópia de suas páginas. Se a auditora duvidasse de alguma montagem ou falsidade, deveria ter intimado o contribuinte para apresentar o livro por inteiro, em vez de apenas cópia de parte do mesmo.

Por conseguinte, as multas do item 9º são indevidas.

Quanto à alegação de que as multas proporcionais aplicadas nos demais itens seriam confiscatórias, cumpre-me dizer que as multas em questão têm previsão legal, não sendo razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 115484.0001/07-0, lavrado

contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$671.072,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, “d” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR