

A. I. N° - 279459.0026/08-2
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21.08.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0266-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual contempla às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando os produtos adquiridos em outros Estados. Infração não elidida. Indeferido o pedido de perícia e rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 12/08/08, para exigir ICMS no valor de R\$266.740,90, acrescido da multa de 60% em razão das seguintes infrações:

01. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo de débito - R\$105.225,24.
02. Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, conforme demonstrativo de débito e cupons fiscais - R\$161.515,66.

O autuado na defesa apresentada às fls. 129 a 139 por meio de seu representante legal devidamente constituído, inicialmente discorre sobre as infrações e diz que utilizando o benefício de redução da multa, pagou o valor total da infração 01, conforme documento de arrecadação juntado com a defesa, extinguindo o crédito tributário correspondente. Requer sua homologação.

Preliminarmente, sustenta a nulidade do Auto de Infração invocando o disposto no art. 18, II e IV, 'a', do RICMS/BA [RPAF], alegando que os dispositivos "enquadrados" não especificam com precisão a infração cometida e não são suficientes à caracterização da infração.

Observa que o citado dispositivo legal dispõe que são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Afirma que no caso em questão, o enquadramento da infração 2 indica os artigos 11, 75 a 87 e 124 do RICMS/BA, que tratam do aspecto temporal do ICMS quando do benefício fiscal; redução da base de cálculo de diversas operações e o art. 124 trata do prazo de recolhimento do ICMS.

Questiona qual o dispositivo legal a ser aplicado e que quem deve definir, de forma precisa é o autuante e não o contribuinte, a quem está sendo transferido o dever de se enquadrar.

Afirma que nenhum desses dispositivos dispõe que o "leite longa vida" tem essa ou aquela disciplina tributária, ou que não pode ter sua base de cálculo reduzida por esse ou aquele motivo. São dispositivos genéricos que não oferecem qualquer grau de certeza à exigência fiscal, além de dificultar o contraditório e à ampla defesa a ser exercido pelo autuado, o que retira a segurança do Auto de Infração, além de cercear o direito ao contraditório e da ampla defesa do contribuinte, motivo pelo qual requer seja anulado o Auto de Infração.

Em seguida transcreve diversas decisões prolatadas pelo CONSEF, Tribunais Administrativos e Superiores, (AC. JJF N° 2027/00; CJF N° 0384-12/02; AC 368-6-RJ; RESP n° 48.516-SP; AC n° 18521-1-RS) e

parte de texto dos professores Paulo Celso B. Bonilha e Ives Gandra da Silva para reforçar seu posicionamento de que a atividade privativa é do autuante, que a despeito do zelo empenhado, deixou de cumprir sua obrigação, motivo pelo qual deve ser considerado inválido e nulo de pleno direito o Auto de Infração em questão, nos termos do art. 18, II e IV, 'a', do RPAF. Primeiro porque não há elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa.

Alega que não se trata de meras incorreções ou omissões formais e sim de omissão que invalida o trabalho fiscal porque retira o seu direito de defesa, contrariando o disposto no art. 142 do CTN e artigo 333, I, do CPC, por está havendo inversão do ônus da prova. Diz que o dever de provar é do Fisco e se apurado que houve recolhimento a menos do ICMS, tem que comprovar pelos documentos necessários e pelo dispositivo legal infringindo e não o genérico, mas específico.

Afirma que no caso em questão, o Fisco teria que provar que as mercadorias (leite longa vida) foram adquiridas fora do Estado e comercializadas com redução de base de cálculo. A acusação tinha que estar acompanhada dos documentos fiscais de saída e dos registros fiscais e contábeis dando conta da tributação e da legislação da época.

Salienta que a autuação tomou por base a análise dos seus arquivos magnéticos, sem atentar para a verdade dos fatos, constantes dos documentos fiscais respectivos e que esse critério utilizado, levou a uma conclusão equivocada, conforme pretende demonstrar.

No mérito, tendo pago o crédito tributário exigido na infração 1, apresenta impugnação em relação à infração 2, relativa ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência da utilização do benefício da redução da base de cálculo nas saídas decorrentes de aquisições interestaduais de leite longa vida.

Comenta o detalhamento feito pelo autuante de que “para o leite de gado, o decreto nº 7.826 de 21/julho/2.000, diz que fica reduzida a base de cálculo em 58,825% nas operações de saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%. Dessa forma, para o leite longa vida comprado fora do Estado a alíquota a ser aplicada é de 17%. Como prova de que o leite foi comprado fora do Estado, anexamos cópias de algumas notas fiscais de compras desta mercadoria realizadas pelo Centro Distribuidor da empresa Bompreço e transferidas às lojas”.

Contesta que a saída do leite objeto do Auto de Infração não goza da redução, por ter sido o mesmo adquirido fora do Estado, porque confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, estabelecendo limite ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, que é expressamente vedado nos arts. 150, V e 152 da CF/88. Diz que tal procedimento afronta o preceito consagrado no art. 1º, da CF/88 quando dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, implicando crescimento de um Estado em detrimento de outros.

Transcreve parte de texto de autoria do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que trata da garantia de livre circulação de bens e pessoas, bem como vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino (art. 152, da CF/88).

Atenta que o princípio da isonomia permeia todo o sistema jurídico e está sendo ignorado pelo autuante, o que não pode contar com o crivo desse órgão julgador, ao conferir o privilégio de “redução de base de cálculo” para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação seja tributado normalmente pelo ICMS (art. 5º e art. 150, II da CF/88).

Argumenta que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida estabelecido no art. 112, do CTN de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao

contribuinte. Transcreve decisões prolatadas por Tribunais Superiores (STF, RE nº 90.143/79 e STJ, RESP nº 38.997-SP/1995) para reforçar o seu posicionamento de utilização de tal benefício.

Por fim, requer a extinção do crédito tributário, pelo pagamento da infração 1, nulidade do Auto de Infração pelo não esclarecimento da infração 2 de forma minuciosa, cerceando o seu direito de defesa ou a improcedência desta infração. Protesta, por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a juntada posterior de documentos e realização de perícia.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 160/161), preliminarmente diz que tendo o autuado reconhecido e pago a infração 1, passa a contestar os argumentos defensivos apresentados na infração 2.

Afirma que o Dec. 7.826/00 estabelece redução de base de cálculo em 58,825% para as operações de saídas internas de leite de gado fabricado neste Estado de modo que a carga tributária corresponda ao percentual de 7% e que o leite longa vida adquirido fora do Estado fica sujeito à tributação de 17% nas operações internas.

Esclarece que efetuou levantamento quantitativo das operações com leite, com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo impugnante, tendo-os colocado à disposição da empresa para conferência e possíveis questionamentos.

Diz que para provar que as aquisições do leite foi feita fora do Estado, juntou cópias das notas fiscais de compras realizadas pelo Centro Distribuidor BomPreço que foram transferidos para o estabelecimento autuado, da mesma forma que procedeu em relação a bebidas (infração 1), tendo inclusive imprimido diversos cupons fiscais para provar que foi utilizado indevidamente carga tributária final de 7% sobre as vendas de leite adquirido fora do Estado.

Informa que por ser impraticável imprimir todos os cupons fiscais, juntou ao processo um arquivo magnético (CD) gerado de cupons fiscais relativo ao período fiscalizado, com formato no editor de texto *Word*, de fácil acesso de consulta.

Ressalta que o estabelecimento autuado promoveu alteração no cadastro do leite longa vida de todas as marcas, aplicando tributação de 17% conforme cupons fiscais que junta ao processo emitidos após o mês de abril/08.

Aduz que se faz necessário que o autuado promova a liquidação do débito relativo ao período de mar/04 a dez/07 e não defender o indefensável, protelando seu pagamento.

Salienta que a fiscalização restringiu-se a verificação de alíquotas, estendidas a todas as lojas da empresa, requer a conexão do julgamento dos diversos processos e pela procedência da autuação.

A Secretaria do CONSEF anexou ao processo detalhes do pagamento do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em relação à infração 2, sob alegação de que os dispositivos “enquadrados” não especificam com precisão a infração cometida e não são suficientes à caracterização da infração, implicando em preterição do direito de defesa.

Verifico que a acusação é de que o contribuinte recolheu a menos o ICMS por ter utilizado indevidamente benefício fiscal de redução da base de cálculo.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no enquadramento desta infração foram indicados os artigos 11, 75 a 87 e 124 do RICMS/BA. O art. 11 estabelece que quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição e o art. 124 estabelece prazo para recolhimento do imposto, estando, portanto correlatos com a acusação.

Já os artigos 75 a 87, como ressaltado na defesa, tratam de aplicação do benefício da redução da base de cálculo de diversas operações, o que poderia dificultar o impugnante em saber qual tipo

de redução de base de cálculo teria utilizado de forma indevida. Entretanto, no corpo do Auto de Infração o autuante fez constar que a redução indevida da base de cálculo se trata da comercialização do leite longa vida, indicando a restrição estabelecida no Dec. 7.826/00, bem como os demonstrativos que foram apensados ao processo, elaborados a partir do arquivo magnético fornecido pela empresa, onde constam o código e descrição do produto comercializado, por mês, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo.

Por sua vez, o defendente compreendeu e se defendeu do que foi acusado. Logo, concluiu que o conjunto de elementos contidos no Auto de Infração demonstra a caracterização da infração, o sujeito passivo, não tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa.

Relativamente ao argumento de que o Fisco deveria provar o leite longa vida foi adquirido fora do Estado e comercializado com redução de base de cálculo, entendo que se trata do mérito da questão, o que será apreciado a seguir.

Por fim, relativamente ao pedido de realização de perícia, indefiro-o, tendo em vista que a mesma cuida da vistoria ou exame de caráter técnico e especializado acerca da matéria, em face dos quesitos formulados, o que é desnecessário na situação presente, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF/BA, tendo em vista o meu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento a menos por erro de aplicação da alíquota cabível e pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Com relação à infração 1, o autuado reconheceu o cometimento da mesma na defesa e promoveu o seu pagamento. Portanto, deve ser mantida, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, observo que conforme disposto no art. 155, II da CF/88 compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), facultando ao Senado Federal (inc. V, “a” e VI) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, sendo que, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Por sua vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a natureza jurídica da redução de base de cálculo, configura uma espécie de isenção parcial do imposto (AI-AgR 449051/RS em 29/06/2006 e AI-ED 497755/PR em 13/12/2005).

A redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Dec. 7.826/00 para comercialização do leite produzido no Estado equipara a 7%, prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados nas regiões Sul e Sudeste, não conflitando com a regra constitucional. Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

Com relação ao argumento formulado de que não foi provado que adquiriu leite de gado em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente o benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido no Estado, verifico que o autuante juntou ao processo:

- a) Arquivo magnético gravado em Compact Disk (CD) no qual indicou o código do produto, a alíquota aplicada incorreta (7% ao invés de 17%), o ICMS recolhido, correto e diferença devida;
- b) Cópias de notas fiscais de compra de leite em outros Estados;
- c) Cópia de cupons fiscais de leite adquirido fora do Estado comercializado com aplicação alíquota de 7% e não de 17%, como previsto na legislação do ICMS/BA.

Entendo que seria redundante juntar ao processo, inúmeras notas fiscais de compras e cupons fiscais de vendas, como argumentou o impugnante, uma vez que todos estes documentos são de sua posse e deveria ser juntado à defesa apenas aqueles que comprovassem erro no procedimento

fiscal. Assim sendo, ao recusar comprovar fato controverso com elemento probatório de que dispõe importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/BA).

Restou comprovado que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos arquivos magnéticos elaborados pelo próprio estabelecimento autuado e os demonstrativos produzidos pela fiscalização foram entregues ao impugnante, o que possibilitou aferir a quantificação (base de cálculo) e operações tributadas incorretamente. Caberia ao recorrente, identificar e juntar provas junto com a defesa para comprovar possíveis erros no levantamento fiscal, fato que não ocorreu o que implica em simples negativa de cometimento da infração (art. 143 do RPAF/BA).

Além do mais, conforme ressaltado pelo autuante na informação fiscal, após a lavratura do Auto de Infração, o estabelecimento autuado passou a tributar o leite adquirido em outros Estados com a alíquota de 17% o que denota ter passado a cumprir o que determina a legislação do ICMS. Ressalto que segunda instância deste Conselho na decisão contida no Acórdão CJF Nº 0461-12/05, já manifestou posicionamento de que o leite adquirido em outro Estado é tributado em 17%.

Por tudo que foi exposto, concluo que os elementos contidos no processo demonstram que o autuado adquiriu leite em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente benefício fiscal da redução da base de cálculo restrito às aquisições do produto (leite longa vida) no Estado e correto o procedimento fiscal. Infração não elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0026/08-2**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$266.740,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR