

A I Nº - 279459.0005/08-5
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0299-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Após a apresentação da defesa, o autuado reconheceu em parte a correta tributação efetuada pelo autuado. Infração parcialmente elidida. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DA EXIGÊNCIA. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual contempla as 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 rejeitados os pedidos de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 04/07/08, para exigir ICMS no valor de R\$ 71.538,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, 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\$ 38.828,31.
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\$ 32.710,06.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 152 a 167, inicialmente discorre sobre as infrações e, preliminarmente, sustenta a nulidade do Auto de Infração, invocando o disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RICMS/BA [RPAF/99], alegando que os dispositivos “enquadrados” não especificam com precisão a infração cometida e não são suficientes à caracterização da infração.

Observa que a infração 01 aponta os artigos 50, 51 e 124 do RICMS/BA tidos como infringidos, mas o primeiro trata de alíquotas em geral, o segundo da exclusão da aplicação do anterior e o último do prazo do pagamento, sem que fosse indicado o inciso específico que se aplica ao caso.

Argumenta, ainda, que os citados dispositivos não tratam da tributação de bebidas alcoólicas, nem como foi calculado o tributo.

Com relação à infração 02, afirma que no caso em questão, o enquadramento indica os artigos 11, 75 a 87 e 124 do RICMS/BA, que tratam do aspecto temporal quando do benefício fiscal; redução da base de cálculo de diversas operações e prazo de recolhimento do ICMS. Questiona qual o dispositivo legal a ser aplicado e que quem deve definir, de forma precisa é o autuante, não o contribuinte, a quem está sendo transferido o dever de enquadrar.

Afirma que nenhum desses dispositivos dispõe que o “leite longa vida” tem essa ou aquela disciplina tributária, ou que não podem 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 a ampla defesa, o que retira a segurança do lançamento, além de cercear o direito ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual requer seja anulado o Auto de Infração.

Em seguida, transcreve diversas decisões prolatadas pelo CONSEF, Tribunais Administrativos e Superiores, (AC. JJF Nº 2027/00; CJF Nº 0384-12/02; AC 368-6-RJ; RESP nº 48.516-SP; AC nº 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/99. Primeiro porque não há elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa.

Afirma que no caso em questão, o Fisco teria que provar que as mercadorias saíram com aplicação de alíquotas erradas (infração 01) e que as mercadorias (leite longa vida) foram adquiridas fora do Estado e comercializadas com redução de base de cálculo (infração 02). 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 de 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.

Requer a nulidade, por entender preterido o direito de defesa.

Argumenta que o débito tributário exigido relativo ao período de janeiro a junho de 2003 foi extinto por força do art. 156, V c/c art. 150, §4º do CTN, que trata da decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Transcreve os artigos 146, III, "b" da CF 88 e artigos 24, 150, §4º e 156 do CTN, que entende devam ser aplicados à situação em questão.

No mérito, com relação à infração 01, alega ser improcedente, pelos motivos que passou a expor.

Afirma que o seu ECF tem cadastrado cerca de 40 mil itens e apresenta erro na emissão de cupom fiscal, mas que tal procedimento não causou prejuízo ao Erário Estadual, dizendo que o imposto foi recolhido corretamente, ainda que analisando exclusivamente as operações com bebidas alcoólicas, com incidência da carga tributária efetiva de 11,9% (aguardente), conforme demonstrado na planilha à fl. 197.

Alega que se o autuante tivesse analisado a composição geral da tributação e não cupom a cupom, considerando as alíquotas utilizadas, teria verificado que não houve recolhimento a menos do imposto, tendo em vista o fato de ter efetuado um ajuste na carga tributária no livro de Apuração do ICMS.

Alega que a recomposição da escrita fiscal feita pelo autuante não levou em consideração a verdade material, além de desobedecer aos princípios constitucionais e normas pertinentes, especialmente o princípio da não cumulatividade. Transcreve decisão prolatada pelo Conselho de Contribuintes para reforçar que o seu procedimento foi regular.

No que tange à infração 02, 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, o 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, promovendo 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 a vedação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de 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).

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração pelo não esclarecimento das infrações de forma minuciosa; pelo dever de provar da Fiscalização; extinção do crédito da infração 01, no período de janeiro a junho/03, pela decadência; improcedência das infrações 01 e 02. 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. 457/456), afirma que em relação aos valores exigidos no período de out/05 a dez/07 o contribuinte efetuou seu pagamento “conforme DAE anexo”. Relativamente ao período de janeiro/03 a setembro/05 salienta que o autuado juntou com a defesa cópias de cupons fiscais o que o levou a “fazer nova pesquisa nos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, onde constatamos nos registros 60R a tributação correta dessas mercadorias material de higiene com 17%”.

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 colocado os mesmos 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 01), tendo inclusive imprimido diversos cupons fiscais para provar que foi utilizada 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 e 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 à verificação de alíquotas, estendidas a todas as lojas da empresa, requer a conexão do julgamento dos diversos processos e a procedência da autuação.

O autuado juntou petição à fl. 472. Requer o pagamento parcial da primeira infração relativo ao período a partir de outubro de 2005 (extrato de fls. 476/480 e DAE de fl. 473).

A Secretaria do CONSEF anexou ao processo detalhes do pagamento do Auto de Infração (fls. 476/480).

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente, foram juntados ao processo alguns documentos e arquivos em CD, não havendo necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em relação à infração 01, argumentando que os artigos do RICMS/BA indicados como infringidos não apontam de forma específica o ilícito.

Constato que o autuante fez constar no corpo do Auto de Infração que o contribuinte aplicou “erradamente as alíquotas ora de 17% ora de 7%, relativas às saídas internas de mercadorias, como bebidas alcoólicas, desde out/05 até o presente” e a redução da alíquota de 27% nas operações internas previstas no “art. 50, inciso II, combinado com art. 51-A, inciso II chegamos a uma carga tributária final de 18,90%” e da mesma forma com outros produtos (sabonete, shampoo, desodorante, condicionador, vinagre, creme de pentear, margarina, tintura, etc.) onde aplicou alíquotas ora de 0% ora de 7%.

Nos demonstrativos juntados foram indicadas a alíquota praticada e a correta. Tudo isso traduz o enquadramento correto da infração, o que possibilitou ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, não havendo cerceamento ou preterição, como alegado, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Com relação à infração 2, suscitou também a nulidade, sob a 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 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, concluo que o conjunto de elementos contidos no Auto de Infração demonstra a caracterização da infração e o sujeito passivo, não tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa.

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

O autuado, na defesa apresentada, suscitou a decadência da autuação em relação à infração 01, relativa à parte dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

...

§ 4º - 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.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 04/07/08, com ciência do autuado em 08/07/08. Logo, os créditos tributários constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/03 a 31/12/03 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/09, motivo pelo qual não acato o argumento de que houve extinção do crédito tributário.

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 01, na defesa apresentada, o autuado alegou sua improcedência; porém, após a informação fiscal, juntou petição ao processo requerendo pagamento parcial desta referente ao período a partir de outubro de 2005 (conforme extrato de fls. 476/480). Portanto, não existe lide relativa à infração 01 concernente aos valores referentes ao intervalo temporal compreendido entre out/2005 e jan/2008. No tocante a jan/2003 a set/2005, o autuante reconheceu a correta tributação e, por conseguinte, a improcedência da exigência fiscal relativa a estes meses (fl. 457). Infração parcialmente elidida, nos moldes do demonstrativo abaixo.

MÊS	B.C.	ICMS
out/05		172,24
nov/05	151,70	25,79
dez/05	247,58	42,09
jan/06	1.113,52	189,30
fev/06	1.279,58	217,53
mar/06	1.252,58	212,94
abr/06	1.983,11	337,13
mai/06	1.203,00	204,51
jun/06	2.024,58	344,18
jul/06	1.899,00	322,83
ago/06	1.710,64	290,81
set/06	2.123,17	360,94
out/06	2.339,23	397,67

nov/06	2.179,70	370,55
dez/06	9.956,11	1.692,54
jan/07	1.537,17	261,32
fev/07	1.809,29	307,58
mar/07	1.729,41	294,00
abr/07	2.634,23	447,82
mai/07	1.811,82	308,01
jun/07	2.016,35	342,78
jul/07	1.887,23	320,83
ago/07	1.262,41	214,61
set/07	1.676,88	285,07
out/07	1.683,94	286,27
nov/07	2.091,35	355,53
dez/07	5.921,11	1.006,59
TOTAL		9.611,46

Com relação à infração 02, relativamente 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 imposto 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 STF decidiu que a natureza jurídica da redução de base de cálculo configura uma espécie de isenção parcial (AI-AgR 449051/RS-29/06/06 e AI-ED 497755/PR 13/12/05).

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.

Quanto ao argumento formulado de que não foi provado que o autuado adquiriu leite de gado em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente o benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido, verifico que o autuante juntou ao processo:

- 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, o ICMS correto e diferença devida;
- Cópias de notas fiscais de compra de leite em outros Estados;
- 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 deveriam ter sido juntados 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 a 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 PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0005/08-5**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.321,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, 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, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR