

A I Nº - 279459.0013/08-8
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02.10.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Documentos juntados com a defesa comprovam a regularidade da aplicação da alíquota em parte das operações. Infração elidida em parte. 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 as operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando aos 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 18/07/08, para exigir ICMS no valor de R\$ 29.963,27, 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\$ 19.511,69.
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\$ 10.451,58.

O autuado na defesa apresentada às fls. 143 a 158, inicialmente discorre sobre a tempestividade de suas razões, sobre as infrações, sustentando, antes, 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 a infração 1 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, sua forma de cálculo nem sobre o procedimento que deveria utilizar o impugnante, não oferecendo grau de segurança, devendo, pois, ser anulado.

Com relação à infração 2, 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 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 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 à ampla defesa a seja 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 ser anulado o Auto de Infração.

Em seguida transcreve diversas decisões prolatadas pelo CONSEF, Tribunais Administrativos e Superiores, (AC. JJE Nº 2027/00; CJE 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. 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 saíram com aplicação de alíquotas erradas (infração 1) e que as mercadorias (leite longa vida) foram adquiridas fora do Estado e comercializadas com redução de base de cálculo (infração 2). 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.

Requer a nulidade da infração por entender que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator e 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 1, alega ser improcedente por diversos motivos. Primeiro, porque a alegação do autuante é de que nas saídas internas de bebidas alcoólicas aplicou-se alíquotas de 17% e de 7% sem provocar alteração no preço dos produtos comercializados.

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 de fl. 178.

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

Argumenta que ocorreu erro na geração do arquivo entregue no SINTEGRA, o que não importou em recolhimento a menos do imposto, conforme mapa resumo de caixa e cupons fiscais juntados às fls. 201 a 302.

Segundo, porque também não foi considerado o crédito fiscal decorrente do estoque existente em 30/09/05 de bebidas quentes e aguardente, nos termos do disposto no Dec. 9.547/05 cujos artigos 5º e 12 transcreveu à fl. 153.

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

No que tange 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 no art. 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 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).

Insiste que a autuação deve ser desconstituída porque não acompanhada de provas documentais que sustentem as acusações. Diz que as evidências de equívocos foram lançadas por amostragem o que já invalida o auto de infração. Protesta por perícia e juntada posterior de provas ou que o julgamento seja convertido em diligência para que se apure a verdade material.

Por fim, pede nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa; desconstituição por desobediência ao art. 142, CTN, segundo o qual o dever de prova é da autoridade fiscal; extinção do crédito por decadência em relação ao período jan / jun 03; consideração também do benefício da dúvida estabelecido no art. 112, do CTN.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 304/305), quanto aos valores exigidos no período de out/05 a abril/08, afirma que o contribuinte efetuou seu pagamento “conforme DAE anexo”.

Relativamente ao período de janeiro/03 a setembro/05 afirma que o autuado juntou com a defesa cópias de cupons fiscais o que 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%”.

Afirma que está anexando novo demonstrativo de débito (fls. 307/308), fazendo a exclusão das operações comprovadas pelo impugnante e lamenta que tais cupons fiscais contidos nas bobinas não tenham sido apresentados durante os trabalhos de fiscalização, ressaltando que a fiscalização trabalha sempre com os últimos arquivos SINTEGRA entregue.

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.

O autuado juntou petição ao processo à fl. 313/314 em 25/08/08, na qual junta DAE (fl. 315) em que efetuou pagamento de parcela remanescente da infração 01, após a revisão feita pelo Auditor Fiscal, durante a sua Informação Fiscal, totalizando valor de R\$ 6.381,50 relativo ao principal.

A Secretaria do CONSEF anexou ao processo detalhes do pagamento do Auto de Infração (fls. 341/344).

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 com reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntadas ao processo cópias dos livros de apuração do ICMS e não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em relação à infração 1, argumentando que os artigos do RICMS/BA indicados como infringidos (50, 51 e 124) não indicam de forma específica o que foi infringido.

Constato que o autuante fez constar no corpo do Auto de Infração que o contribuinte aplicou “erradamente as alíquotas de 17% ora de 7% relativo às saídas internas de mercadorias como bebidas alcoólicas desde out/05 até o presente” e a redução de 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 às fls. 47 a 108 foi indicada a alíquota praticada e a correta. Tudo isso demonstra o enquadramento correto da infração, o que possibilitou o sujeito passivo exercer a ampla defesa, não havendo qualquer cerceamento ou preterição de direito como alegado em suas razões, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Com relação à infração 2, suscitou também a nulidade 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 o enquadramento desta infração foi feito com fundamento nos artigos 11, 75 a 87 e 124 do RICMS/BA. O art. 11 estabelece que quando para fruição ou 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 sido 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, 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 contido no Auto de Infração demonstra a caracterização da infração, não tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa.

O autuado na defesa apresentada suscitou à nulidade da autuação em relação à infração 1, relativas 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 ao fixar o prazo à homologação do lançamento, não permite a aplicação da determinação contida no art. 150, § 4º do CTN, que somente é cabível quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação, por orientação do próprio CTN. Rejeito, assim, a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que lançamento de ofício foi realizado em 18/07/08, com ciência do autuado no mesmo dia. Logo, os créditos tributários constituídos em relação 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.

Relativamente ao argumento de que o Fisco deveria provar que 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.

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, na defesa apresentada o autuado alegou sua improcedência, porém após a informação fiscal, acatou o demonstrativo de débito apresentado pelo autuante e promoveu o seu recolhimento.

Verifico que conforme reconhecido pelo autuante na informação fiscal, o autuado indicou de forma incorreta as alíquotas no arquivo SINTEGRA que serviu de base para a elaboração dos demonstrativos juntados pelo autuante no período de janeiro/03 a setembro/05 (fls. 47 a 108), porém tributou corretamente os produtos e depois promoveu a retificação no artigo SINTEGRA.

No que se refere à alegação de que não foi considerado o crédito fiscal decorrente do estoque existente em 30/09/05 relativo a bebidas alcoólicas quentes e aguardentes, observo que o art. 5º do Dec. 9.547/05 previa a utilização do crédito fiscal tanto do valor do ICMS normal como o antecipado das mercadorias que foram excluídas do regime de substituição tributária. Logo, estando o contribuinte inscrito no cadastro do ICMS na condição de normal, o crédito fiscal aludido se creditado foi compensado no débito gerado pelas operações de comercialização de mercadorias tributadas, inclusive as bebidas alcoólicas e não é cabível a compensação do débito ora exigido em decorrência de erro na aplicação das alíquotas.

Pelo exposto, considero comprovada a regularidade dos fatos geradores relativo ao período defendido, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 307/308, ficando reduzido o valor inicial da infração 1 de R\$ 19.511,69 para R\$ 6.381,50 valor este que foi reconhecido e pago pelo defendente, conforme DAE à fl. 315 e detalhe do pagamento às fls. 318/321 Infração elidida em parte.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo recolhimento de ICMS a menos em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do leite longa vida, em conformidade com demonstrativos e cópias de documentos fiscais acostados ao processo e entregues ao autuado.

O sujeito passivo em sua impugnação contesta que a saída do leite adquirido fora do Estado não goze de redução da base de cálculo, porque isso confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, expressamente vedado no art. 150, V e 152 da CF/88. A seu turno, o Auditor Fiscal, autor do feito, diz que o Decreto 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. Afirma que o levantamento fiscal foi feito a partir dos arquivos magnéticos fornecidos pelo impugnante; que juntou cópias das notas fiscais de aquisição do leite provando sua procedência e cópias dos cupons fiscais que atestam saídas com carga tributária reduzida.

Compulsando os autos do processo e a legislação que rege à espécie, considerando 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 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).

No presente caso, 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 instruir a sua defesa com provas que ensejassem comprovar o acerto de suas razões e possíveis erros no levantamento fiscal. Fato que não ocorreu, implicando seu arrazoado simples negativa de cometimento da infração, nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Neste contexto, o Decreto nº 7.826 de 21/6/2000 estabeleceu a redução de base de cálculo do ICMS em operações de saídas internas de leite, no seu artigo primeiro, na redação original:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento)”.

Com o advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 (Alteração nº 38, RICMS /BA), efeitos a partir de 01/01/2003, a redação deste artigo restringiu a redução apenas para o leite fabricado neste Estado:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento) e somente para o leite tipo longa vida (esterilizado) e leite em pó”.

O ICMS exigido refere-se a vendas de leite tipo longa vida (esterilizado) produzido fora do Estado, no período de maio/04 a dezembro/07, quando já se encontrava em vigor as determinações do Decreto nº 8.413/02, não podendo mais, no período da autuação, ser aplicada a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida fabricados fora do Estado da Bahia.

É cediço que a concessão e revogação de benefícios fiscais de ICMS constam da alínea “g”, inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88, que assim expressa: “cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Estados e o DF devem reunir-se para deliberar sobre concessão e revogação de benefícios fiscais, no âmbito do CONFAZ e as matérias citadas são objeto de convênios celebrados entre os Estados e o DF. Referencia aqui à Lei Complementar 24/75, já que artigo 27 de LC 87, de 13.09.96, que tratava do assunto foi vetado pelo Presidente da República. As razões do veto declaram textualmente que a matéria continua regulada pela LC 24/75.

Para o produto leite longa vida, objeto da presente lide, o benefício em questão tem amparo no art. 37, § 2º, art. 38, Lei nº 7.014/96, lastreada no Convênio ICMS 121/89, não havendo qualquer ilegalidade para a redução da base de cálculo (isenção parcial), somente para o leite produzido na Bahia, restando afastada a tese da quebra do princípio da isonomia e suposta limitação de tráfego de bens (art. 152, CF/88; 11, CTN).

Art. 37 - As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto somente serão concedidos ou revogados conforme as disposições das leis complementares que tratem dessas matérias, observado o disposto no §6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

§ 2º O regulamento indicará as isenções, incentivos e benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu (Convênio ICM 25/83 e ICMS 121/89).

Art. 38 - Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Portanto, as disposições do Decreto Estadual nº 8.413, de 30/12/2002, que concede “redução de base de cálculo ao leite de gado fabricado neste Estado da Bahia”, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, vigente e de eficácia plena, concessiva de benefício fiscal condicionado. No caso presente, conforme anteriormente discutido, não o vislumbramos em ofensa ao artigo 152, CF /88, como apela o autuado. Dentro do ordenamento tributário estadual, esta norma não conflita com outra, não podendo, portanto, deixar de ser aplicada. Além disso, não compete as instâncias administrativas a apreciação de inconstitucionalidades, a teor do art.

167, inc. I, do RPAF/BA (regulamento do processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia). É nesse sentido a decisão da 2ª Câmara de Julgamento desse Conselho no Acórdão CJF 0461-12/05.

A redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Dec. 7.826/00 para comercialização do leite produzido no Estado equipara à alíquota de 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados nas regiões do Sul e Sudeste do país, não conflitando com a regra constitucional. Além do mais, esse não é procedimento exclusivo do Estado da Bahia, uma vez que os demais Estados, também o praticam, objetivando proteger a indústria local de laticínio. O Estado de São Paulo, à guisa de exemplo, publicou o Decreto 52.824, de 20.03.08, reduzindo a base de cálculo do leite produzido no Estado paulista em 61,11%, de sorte que a carga normal de 18% seja reduzida para o equivalente a uma alíquota de 7%.

Não prospera também o argumento defensivo de que não ficou provado que o leite adquirido em outros Estados foi comercializado com aplicação indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido no Estado. Nesse item, 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 estão na posse do próprio sujeito passivo. Por sua vez, o autuado, deveria juntar à sua defesa os elementos que pudessem comprovar 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).

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 e procedente a exigência fiscal do valor R\$ 10.451,58.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0013/08-8**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.833,08**, 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, 24 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR