

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0039/08-7
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0270-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0117-11/10

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO. LEITE PRODUZIDO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual é relativa às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando aos produtos adquiridos em outros Estados. Rejeitadas preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0270-04/09 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 22/08/2008 para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a segunda infração:

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a menor do ICMS, no valor de 11.951,30, inerente aos exercícios de 2005 a 2007, de em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (bebidas alcoólicas);

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$ 42.301,47, inerente aos exercícios de 2004 a 2007, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (leite longa vida).

Em Primeira Instância, o relator da JJF inicialmente afasta a nulidade suscitada pelo sujeito passivo quanto ao item 2, e, no mérito, informa que a infração descrita no item 1 foi reconhecida e paga, devendo, assim, ser mantida, concluindo pela homologação dos valores já recolhidos, e, quanto ao item 2, após indeferir o pedido de perícia fiscal, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF/BA, mantém, na íntegra, o valor exigido, conforme a seguir transcrito, *in verbis*:

“Cuida o presente Auto de Infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente de 02 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir apenas para a infração 02, tendo em vista que a primeira infração não foi contestada pelo autuado, mas efetuado o recolhimento integral, no valor de R\$ 11.951,30, conforme documento do SIGAT de fl. 172/174, não existindo lide, dispensada a sua apreciação.

Antes de discorrer acerca da infração questionada, cumpre apreciar as questões processuais, trazidas aos autos, ainda que incidentalmente, e que trataremos em sede preliminar.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em relação à infração 02, 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, constato que no enquadramento desta infração foram indicados os artigos 11, 75 a 87 e 124 do RICMS/BA. O art. 11 estabelece que o benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição e o a limento 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 ele utilizado indevidamente. 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 Decreto nº 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, além das cópias das notas fiscais igualmente acostadas aos autos, fls. 14/37, o que desconstrói a alegação do sujeito passivo.

Cabe ainda pontuar que o sujeito passivo 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, não tendo ocorrido o cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao argumento que deve ser considerado o benefício da dúvida em favor do contribuinte, na interpretação da norma jurídica, estabelecido no art. 112, do CTN, entendo, como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Sobre a arguição de que o Fisco deveria provar que o leite longa vida foi adquirido fora do Estado e comercializado com redução de base de cálculo, além da alegação de ofensa ao princípio da isonomia, que estaria sendo desprezado, na presente ação, por conferir privilégio de “redução de base de cálculo” para os produtos locais, entendo que se trata de questões ligadas ao mérito, que serão apreciadas 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 meu convencimento sobre a presente lide.

Superadas as questões formais, adentraremos, pois, nas questões de mérito.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo recolhimento de ICMS a menos e 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 nos arts. 150, V e 152 da CF 88. A seu turno, o Auditor Fiscal, autor do feito, diz que o Decreto nº 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 a espécie, considerando a 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 numa 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 de saídas internas de leite, no seu artigo primeiro, na redação original:

“Art. 1º - Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de le

rias 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 às vendas de leite tipo longa vida (esterilizado) produzido fora do Estado, no período de março/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 fabricado 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 CJP 0461-12/05.

A redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Decreto nº 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 nº 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 não de 17%, como previsto na legislação do ICMS/BA.*

Entendo que seria redundante juntar ao processo inúmeras notas fiscais de leite, como argumentou o impugnante, uma vez que todos estes documentos estão :

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\$ 42.301,47.

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

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 176 a 184 – onde requer a improcedência da infração descrita no item 2 ao argumento de que a legislação estadual ao conceder o benefício fiscal apenas à saída interna de leite longa vida confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, providência expressamente vedada no art. 1º, art. 150, V, art. 152 e art. 155, II, §2º, XII, “g”, da CF/88, além de ferir o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da mesma Carta Magna, “*ao conferir 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”

Entende, ainda, que a Constituição Federal deve prevalecer sobre a legislação estadual, diante do conflito de normas, utilizando-se a solução do critério hierárquico. Requer, ainda, a extinção da infração descrita no item 1 em decorrência do seu pagamento, e que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica à recorrente, nos termos do art. 112 do CTN.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo, manifesta-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando que, da análise das razões recursais apresentadas, observa que o recorrente não nega ter utilizado a base de cálculo reduzida na comercialização do leite, nem que o mesmo fora adquirido de outro Estado.

Quanto à alegação de que, ao Estado da Bahia é vedado atribuir tratamento diferenciado para o leite produzido no Estado e aquele que é produzido fora do Estado, observa o opinativo que não se trata de tratamento diferenciado dado ao leite produzido fora do Estado, mas sim de benefício fiscal, concedido ao leite produzido dentro do Estado. Logo, a redução da base de cálculo estabelecida no Decreto nº 7.826/00, para o leite produzido no Estado, é um benefício fiscal conferido pelo Estado da Bahia, e, como tal, deve ser analisado de forma restritiva.

Quanto à alegação do recorrente de que a autuação infringe preceitos constitucionais, lembra a PGE/PROFIS que foge à competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da lei, ante a vedação expressa contida no artigo 167 do RPAF vigente.

VOTO

Inicialmente, em conformidade com o opinativo proferido pela PGE/PROFIS, entendemos não merecer guarida a alegação de conflito entre a legislação estadual que confere ao leite produzido dentro do Estado o benefício fiscal da redução de base de cálculo e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, visto que tal norma não sofreu qualquer declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, a quem cabe pronunciar-se sobre tal matéria, além do que o benefício fiscal concedido, caracterizado pelo próprio Judiciário como isenção parcial, não ofende qualquer princípio constitucional.

Por fim, vale aqui ressaltar a regra inserta no art. 167, inciso I do R

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”.

Por outro lado, de fato o recorrente não nega o cometimento da infração, restringindo sua argumentação à pretensa ofensa a princípios constitucionais, já acima devidamente rechaçada, por inócua, não havendo motivo, ainda, para aplicação do art. 112 do CTN, como requer, visto que, como abaixo demonstraremos, a legislação estadual é clara ao conceder o benefício apenas ao produto aqui fabricado, sem azo a qualquer dúvida de interpretação.

A infração que lhe foi imputada encontra-se perfeitamente caracterizada, pois em se tratando de vendas internas de leite tipo longa vida, fabricado em outra unidade da Federação, não se aplica a regra de redução de base de cálculo disposta no Decreto nº 7.826, de 21/6/2000, com a redação dada ao seu art. 1º pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 (Alteração nº 38 ao RICMS/BA, com efeitos a partir de 1/1/2003) que restringiu o referido benefício fiscal ao leite fabricado neste Estado, in verbis:

“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.

As planilhas acostadas aos autos pelo autuante, com a relação das notas fiscais de aquisição do produto em referência e demais documentos que constituem o presente lançamento de ofício - como relação de cupons fiscais relativas às saídas, gerados através de arquivos extraídos dos ECFs da empresa autuada, constantes de mídia inserta nos autos e devidamente entregues ao recorrente, comprovam a sua aquisição em outras unidades da Federação, no período em que já se encontrava vigente a nova redação dada ao Decreto nº 7.826, de 21/6/200 pelo Decreto nº 8.413/02, sendo indevida, portanto, a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida adquirido fora do Estado da Bahia.

Quanto ao pleito de extinção do crédito tributário relacionado à infração descrita no item 01 da autuação, a Primeira Instância corretamente determinou a homologação do pagamento efetuado pelo recorrente, o que se dará pelo órgão competente ao final do presente processo administrativo.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279459.0039/08-7, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.252,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS ALBUQUERQUE DE SE