

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0020/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0287-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/10

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Documentos juntados com a defesa comprovavam a regularidade da aplicação da alíquota em parte das operações (material de higiene). Infração elidida em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PRO-VIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0287-04/09, que julgou Procedente em Parte o presente processo, lavrado para imputar ao sujeito passivo, o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo de débito (bebidas alcoólicas e material de higiene) - R\$80.999,75.

INFRAÇÃO 2 - 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 (leite longa vida) - R\$62.158,39.

O decisório de Primeira Instância, de plano, indeferiu o pedido formulado pelo sujeito passivo para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, nos termos do art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99.

Ainda em preliminar rejeitou a nulidade do Auto de Infração suscitada pela defesa quanto à infração 1, no sentido de que os artigos do RICMS/BA indicados como infringidos (50, 51 e 124) não indicariam de forma específica o que foi infringido, ao argumento de que:

“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 da alíquota de 27% nas operações internas previstas no “art. 50, inciso II, combinado com o 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. 49 a 108 foi indicada a alíquota praticada e a correta. Tudo isso demonstra o enquadramento correto da infração, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa, não havendo o cerceamento de direito ou preterição de direito como alegado, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.”

Afastou, ainda, a nulidade suscitada quanto à infração descrita no item 2, no sentido de que os dispositivos que fundamentam a autuação não especificam com precisão a infração cometida e que não são suficientes à caracterização da infração, implicando em preterição ao seu direito de defesa, ao argumento de que:

“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 que do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tribu-mento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição e o a-lhimento 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, concluo 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.”

Ainda reportou-se o Relator à arguição de decadência em relação à infração 1, relativa à parte dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, ressaltando que *“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, quanto ao item 1, o voto exarado pela sua procedência em parte teve a seguinte redação:

“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 exceto quanto ao pedido de decadência.

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. 76 a 99), porém tributou corretamente os produtos e depois promoveu a retificação no arquivo Sintegra.

Pelo exposto, considero comprovada a regularidade dos fatos geradores relativo ao período defendido, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 295/296, ficando reduzido o valor inicial da infração 1 de R\$80.999,75 para R\$34.935,79, valor este que foi reconhecido e pago pelo defendente.conforme demonstrativo as fls. 323/326. Infração elidida em parte.”

Quanto à infração descrita no item 2, se pronunciou a JJF pela sua manutenção, nos seguintes termos:

“..referente 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 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.

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 de mercadoria incorreto (7% ao invés de 17%), o ICMS recolhido, correto e diferença;*
- 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. Cabe-ria 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 CJP 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 PROCDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.”

Recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

VO TO

Trata-se de Recurso de Ofício, cabível em relação à desoneração por parte da Primeira Instância dos valores imputados na infração 1, pertinentes às operações de saídas dos produtos (material de higiene) arrolados nos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, relativamente ao período de janeiro de 2003 a setembro de 2005, tendo a JF, decidido pela redução do valor inicial da infração de R\$80.999,75 para R\$34.935,79.

O autuado apresentou tempestivamente a sua defesa, alegando basicamente, que se o autuante tivesse analisado a composição geral da tributação e não cupom a cupom, considerando as alíquotas utilizadas, o mesmo 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.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 292/293), afirma que, relativamente ao período de janeiro/03 a setembro/05, o autuado juntou com a defesa, cópias de cupons fiscais o que levou a fazer nova pesquisa nos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, onde constatou nos registros 60R a tributação correta dessas mercadorias material de higiene com 17%. Anexou novo demonstrativo de débito (fls. 295/296), fazendo a exclusão das operações comprovadas pelo impugnante.

Diante do exposto entendemos que não merece reforma a Decisão recorrida, que corretamente os excluiu da exigência fiscal descrita no item 1 da peça inicial do presente lançamento, já que a defesa comprovou, com a juntada de cópias dos cupons fiscais, que utilizou corretamente a alíquota prevista na legislação interna para tais produtos, retificando o Registro 60R do SINTEGRA, o que foi legitimado pelo autuante em sua informação fiscal gerando novo demonstrativo de débito para este item, remanescendo tão-some produto bebidas, parcela reconhecida e paga pelo contribuinte.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantida a Decisão recorrida, por se encontrar em estrita consonância com a Lei, o Direito e a Justiça.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0020/08-4, lavrado contra **BOM-PRICE BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.094,18**, 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

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS