

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0012/10-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0173-04/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0173-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. A ninguém é permitido alegar o desconhecimento da Lei para furtar-se ao seu cumprimento. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS COM LEITE TIPO LONGA VIDA. Para que haja a redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXXV, RICMS/97 o produto deve ser fabricado na Bahia. Infração caracterizada. Não apreciada a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal, a teor do art. 167, I, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/07/2010 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$ 54.026,25, em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações, a seguir transcritas:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação tributária (demonstrativos às fls. 04 a 29, janeiro a março de 2010). Valor lançado de R\$ 21.209,73 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Recolheu a menor o tributo, em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (demonstrativos às fls. 30 a 37, janeiro a março de 2010). Valor lançado de R\$ 32.816,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Foram apresentadas defesas tempestivas às fls. 42 a 52, contestando todas as infrações conjuntamente, bem como informação fiscal às fls. 156 a 159, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Do quanto acima exposto, percebo que o autuado não negou os fatos narrados na peça de acusação, apenas tomou como fundamento alguns princípios constitucionais, técnicas contábeis e de arrecadação do tributo, assim como dispositivos da legislação, com o fim de afastar parcialmente a incidência do ICMS ora lançado.

Quanto à infração 01, é preciso que se registre que as normas da legislação tributária são impositivas, de natureza cogente, não sendo admissível levantar argumentos de ordem subjetiva (quantidade de mercadorias comercializadas, por exemplo) para elidir a sua eficácia.

O art. 3º, LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) cuida da vedação ao erro de direito, uma vez que a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da Lei para furtar-se ao seu cumprimento.

Quanto à alegação defensiva de que tributou produtos nas saídas, que foram objeto de glosa de crédito, verifico que foram juntadas cópias de cupons fiscais às fls. 74 a 132 e demonstrativo às fls 135 a 155. Entretanto, não foram indicados os produtos supostamente tributados quando das vendas.

No demonstrativo de fls. 05 a 34, o autuante relacionou, por código de produtos enquadrados na substituição, os valores indevidamente creditados.

A defesa alegou que parte das mercadorias foi oferecida à tributação nas saídas conforme cupons fiscais anexados à defesa.

O autuante disse que a maior parte dos produtos não sofreu tributação nas saídas.

Da análise do PAF, vejo que, por exemplo, o produto código 223.231 (fl. 05), no cupom número 45.141, de 10/02/2010 (fl. 120), não foi tributado, assim como diversos outros.

O produto SIDRA CERESER (fl. 135, código 101.052), no próprio levantamento do contribuinte, teve operação tributada em janeiro a 27%, não tributada em fevereiro e tributada a 17% em março.

Tão somente em obséquio a uma consideração pormenorizada dos fatos, ao compulsar o PAF, vejo que não assiste razão ao autuado, pois este não trouxe elementos de prova consistentes de que tributou todas as vendas dos produtos cujas aquisições se deram sob o regime de substituição, e a autoridade fiscal demonstrou documentalmente não terem ocorrido todos os lançamentos referentes às operações de saídas.

Infração 01 caracterizada.

No tocante à infração 02, primeiramente, sublinho que, de acordo com o art. 167, I, RPAF/99, não se inclui entre as atribuições legais deste órgão a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual.

O art. 87, XXXV, RICMS/97 estabelece a redução de base de cálculo nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 07% (sete por cento).

Evidente – portanto – que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Destaco que, por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e o emprego da equidade não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Noutro giro, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino, tampouco em dúvidas que não existem que porventura ensejassem a aplicação da Lei em favor do contribuinte.

No sentido de observar a isonomia, em verdade, deve-se ter em foco o porte do negócio do autuado, que, posto em cotejo com a atividade dos produtores rurais de leite, pessoas a quem se destina o comando do art. 87, XXXV, RICMS/97, mostra-se significativamente maior. Por isso mesmo, de acordo com o que é amplamente ensinado nos estudos de direito pátrio, o princípio da isonomia consiste em tratar de forma paritária os que se mostram em condições idênticas ou correspondentes, e diferentemente os que se apresentam em níveis notadamente distintos, de maneira a reduzir a desigualdade social ora em voga no País.

Infração 02 caracterizada.

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

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 177 a 186), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Após uma breve síntese dos fatos, das infrações imputadas e da Decisão de primeiro grau, assevera que com relação à infração 1, afirma que por comercializar mais de vinte mil produtos, tem dificuldade em observar e implementar as constantes alterações das regras do regime de antecipação tributária. Diz que essa prática não causa qualquer prejuízo para o Erário, uma vez que o tributo relativo ao produto sujeito à antecipação tributária já está pago e o eventual crédito é anulado pelo débito, sendo que todo o imposto devido é recolhido a partir do destaque do ICMS sobre as saídas. Alega ainda que o simples fato de haver crédito indevido não necessariamente importa o recolhimento a menor do ICMS, já que houve também débito indevido.

Assevera que foi exatamente isso que aconteceu no caso *sub examine*, ou seja, os produtos sujeitos à antecipação tributária também foram integralmente tributados na saída, anulando os créditos indevidos. Diz que fará a junta posterior dos documentos que comprovam essa tributação na saída.

Alega que esse desajuste importou apenas numa infração de obrigação acessória, pois não houve falta de recolhimento do ICMS, conforme caso que considera análogo julgado pela da 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), no Acórdão JJF nº 0113-02/05, cuja parte da ementa transcreve.

Em relação à infração 2, após citar e transcrever o art. 87, XXXV, RICMS/97, argumenta que aplicou corretamente a alíquota de 07% nas operações com a mercadoria “*leite tipo longa vida*”, pois “*mesmo que o leite tenha sido adquirido em outra Unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque é incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado*”. Embasa a sua tese nos artigos 150, V e 152 da CF e no preceito consagrado no art. 1º da Carta Magna sobre o Pacto Federativo, como também nas lições dos professores Manoel Gonçalves, Pinto Ferreira, Ives Gandra Martins e Celso Bastos sobre o tema.

Por seu turno, alega em sua defesa que deve ser considerado o benefício da dúvida em favor do contribuinte (“*in dubio pro contribuinte*” - art. 112, CTN -).

Ao final, pede a Improcedência do Auto de Infração.

Após, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para exame. Ao exarar o Parecer de fls. 191 e 192, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, faz uma breve síntese do Auto de Infração e da irresignação tracejada no Recurso Voluntário.

Quanto à infração 1, observa que não houve a comprovação por parte do recorrente de que foi recolhido ICMS na venda da mercadoria ao consumidor final, devendo ser rechaçados os argumentos recursais.

No que tange à infração 2, assevera que o Recorrente não nega ter utilizado base de cálculo reduzida na comercialização do leite adquirido em outro Estado. Diz que não se trata de tratamento diferenciado, mas tão-somente benefício fiscal conferido ao leite produzido dentro do Estado da Bahia. Assim, a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.826/00 para o leite produzido no Estado que deve ser analisada de forma restritiva.

Já quanto à alegação de que a autuação infringe preceitos constitucionais, fala que a declaração de inconstitucionalidade foge da competência deste CONSEF, conforme previsão do art. 167 do RPAF/BA. Ademais, alega que os dispositivos questionados pelo recorrente encontram-se vigentes.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, que tem por objeto o pedido de improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

Entendo que reparo algum merecer o *decisum* de Primeira Instância, que está muito bem fundamentado.

Na infração 1, o contribuinte alega que: a) não houve prejuízo ao Erário, pois houve o recolhimento do imposto na venda da mercadoria, fato que compensaria com a utilização indevida do crédito fiscal, e b) que em caso análogo, este CONSEF já entendeu ser inexequível o tributo.

Em primeiro lugar, devo apontar que o fulcro da infração é o creditamento indevido do ICMS em situações em que a mercadoria teve o imposto recolhido por antecipação, ou seja, em fase de tributação encerrada. Dessa forma, exponho que não há semelhança entre o caso paradigma trazido aos autos pelo Recorrente e o caso em baila, pois, naquele caso não houve o recolhimento do imposto de forma antecipada, sendo que o contribuinte comprovou o pagamento *a posteriori*, elidindo a imputação fiscal por falta de recolhimento do ICMS, ou seja, o caso tratado como paradigma se reporta a pagamento extemporâneo. No presente PAF, repito que houve o creditamento indevido, com efetivo prejuízo ao Erário estadual, pois houve recolhimento a menor do imposto devido pelo contribuinte.

Mesmo assim, vejo que não foram trazidos aos autos, quaisquer elementos de prova por parte do contribuinte que comprovassem que realmente houve a cobrança do imposto na saída da mercadoria, sustentando a tese de defesa do Recorrente.

Dessa forma, a simples assertiva de não cometimento da infração não é capaz de elidir a presunção de veracidade do lançamento fiscal, conforme o art. 143 do RPAF, que transcrevo:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Além disso, mesmo não sendo o fulcro da autuação, restou consignado pelo autuante em sua informação fiscal, que a maior parte dos produtos não sofreu tributação nas saídas.

Infração 1 procedente e mantida consoante Decisão de piso.

Em relação à infração 2, o contribuinte argumenta que, nos termos do art. 87, XXIV do RICMS/97, todo o leite tipo longa vida teria uma redução de base de cálculo de forma que a carga tributária correspondesse a 7%. Nessa linha de raciocínio, disse que aplicou tal percentual em todas as mercadorias desse tipo.

Vislumbro que tal entendimento é equivocado.

Neste ponto, alinho-me ao entendimento esposado pela PGE/PROFIS ao apontar que o referido artigo do RICMS é claro e lapidar ao determinar que o benefício fiscal somente atinge as mercadorias produzidas no Estado da Bahia. Pela importância ao deslinde do feito, transcrevo este dispositivo:

Art. 87. XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Dessa forma, não vejo como acatar as súplicas recursais.

Por seu turno, quanto às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, por supostamente ferir princípios constitucionais, quadra consignar que este órgão não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Infração 2 resta procedente, mantida conforme o julgamento inicial.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0012/10-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.026,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS