

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0043/15-3
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF Nº 0207-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0084-12/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado no Estado da Bahia (Decreto nº 7.826/2000). Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de realização de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JF nº 0207-01/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 25/03/2015 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 5.273.660,09, sob a acusação do cometimento de 05 (cinco) irregularidades, das quais apenas a de nº 04 faz parte do apelo (fl. 133).

INFRAÇÃO 04. Recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. R\$4.183.571,34 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JF) apreciou a lide no dia de 17/11/2015 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 153 a 160), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu integralmente as infrações 01, 02, 03 e 05, e parcialmente a infração 04, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovantes do recolhimento acostados aos autos.

Diante disso, no que tange às infrações acima referidas, o reconhecimento e pagamento por parte do autuado confirma o acerto da autuação quanto a estes itens, cabendo homologação do pagamento pela autoridade competente e, por consequência, a extinção do crédito tributário.

Quanto à parte impugnada da infração 04, inicialmente cumpre apreciar a nulidade arguida por cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

Na realidade, descabe falar-se em nulidade. As notas fiscais arroladas na autuação foram emitidas pelo próprio contribuinte. Por certo que não faz sentido entregar cópias de documentos fiscais que pertencem ao próprio autuado e que estão em sua posse. Na própria peça de defesa o impugnante diz que o autuante discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal, no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados, observando-se que, muito embora mencione, não apresentou os documentos fiscais discriminados em seu demonstrativo.

Por óbvio, caso não houvesse a indicação dos dados atinentes às notas fiscais arroladas na autuação emitidas pelo autuado - o que impossibilitaria o conhecimento pleno sobre quais documentos fiscais a exigência fiscal recaiu - assistiria razão ao autuado. Porém, este não é caso. As notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado estão devidamente identificadas nas planilhas elaboradas pelos autuantes, conforme inclusive registrado pelo próprio impugnante. Nesse sentido, convém observar que o próprio legislador determinou que o pedido de diligência será indeferido quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, consoante o art. 147, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, a entrega do CD contendo as planilhas afasta qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa, sendo válido consignar que as planilhas podem ser impressas em papel a qualquer momento pelo autuado, caso entenda necessário.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício em lide.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante para realização de perícia, não vislumbro da análise dos elementos contidos nos autos a necessidade de atendimento do pleito.

Isso porque, a realização de perícia se apresenta necessária e indispensável quando se tratar de matéria que seja tecnicamente desconhecida do julgador, o que exige a participação de um perito para comprovação do fato infracional imputado ao contribuinte. Por certo que este não é caso de que cuida a autuação em exame, haja vista que a matéria é de pleno conhecimento dos julgadores, inexistindo a necessidade de produção de prova do fato de conhecimento especial de técnico.

Assim sendo, com fulcro no artigo 147, II, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia.

No mérito, constato que a lide se cinge à parte da infração 04 que cuida da mercadoria “leite longa vida” arrolada na autuação. A acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos o ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Observe que o impugnante conduz as suas razões arguindo a inconstitucionalidade das disposições do artigo art. 87, XXXV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e art. 268, XXIX, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, em face da limitação do benefício da redução da base de cálculo exclusivamente em relação às mercadorias produzidas no Estado da Bahia.

Certamente que a inconstitucionalidade aduzida pelo autuado não pode ser apreciada por esta Junta de Julgamento Fiscal, haja vista a determinação do art. 167, I, do RPAF/99, no sentido de que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Ultrapassada a questão da inconstitucionalidade, constato que a autuação se apresenta correta também quanto à exigência atinente ao leite longa vida.

Isso porque, efetivamente, o autuado utilizou indevidamente o benefício de redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXXV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; e art. 268, XXIX, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, haja vista que o referido benefício é aplicável exclusivamente nas operações de saídas internas do leite longa vida, fabricado no Estado da Bahia. Portanto, não sendo aplicável quando o referido produto for oriundo de outros Estados.

Diante disso, a exigência fiscal atinente ao leite longa vida também se apresenta correta, sendo integralmente subsistente a infração 04.

Cabe consignar que não vislumbro no caso em exame qualquer dúvida que exija a aplicação da interpretação mais benéfica, prevista no art. 112 do CTN, aduzida pelo impugnante.

Relativamente às decisões judiciais aduzidas pelo impugnante, observe que estas não tem efeito vinculante, portanto, não sendo aplicáveis ao presente caso.

Por derradeiro, no que concerne à alegação defensiva de falta de proporcionalidade das multas aplicadas, cumpre observar que estas têm previsão na Lei nº 7.014/96. Quanto ao pedido de redução para um patamar de 20% e 30%, saliento que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência para tanto é da Câmara Superior do CONSEF, conforme estabelece o art. 176, III, “c”, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento realizado”.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), a sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 171 a 191, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos, entre os quais o reconhecimento de que procedem as infrações 01 a 03, 05 e parte da 04.

Fundamentada no art. 142 do CTN, suscita preliminar de nulidade por violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, busca da verdade material, motivação, segurança jurídica e devido processo legal, uma vez que entende ser imprescindível a apresentação de todos os documentos que lastrearam a autuação, independentemente de pertencerem a si.

No mérito, assevera que parte da infração 04 não procede, referente às operações com o item leite longa vida. A seu ver, a norma que fundamentou a exigência e a Decisão recorrida atropela o pacto federativo e é contrária aos artigos 5º, 150, II e V e 152 da CF/1988, porquanto confere trata-

mento diferenciado ao leite produzido fora da Bahia, em favor do produzido internamente.

No caso de dúvida, de acordo com o art. 112 do CTN, sustenta que deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Transcrevendo jurisprudência, alega que a multa é exorbitante e confiscatória, motivo pelo qual pede redução ou cancelamento.

Protesta pela produção de provas por intermédio de todos os meios admitidos, inclusive perícia, e encerra pleiteando o provimento recursal.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 195 a 198, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, assinala primeiramente que as informações das quais derivaram a quarta imputação são provenientes de documentos do próprio recorrente, perfeitamente identificados no lançamento de ofício (notas fiscais eletrônicas), de livre acesso no portal respectivo.

Por isso, entende que o direito de defesa foi observado.

No mérito, pontua que este Conselho não pode exercer controle de constitucionalidade. Assim, opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso.

VOTO

Quanto à suposta violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, busca da verdade material, motivação, segurança jurídica e devido processo legal, alinho-me com o posicionamento da Procuradoria do Estado, uma vez que a Fiscalização discriminou todas as informações relativas às operações auditadas, a exemplo de datas, códigos de operação, números de documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas, mercadorias, valores etc.

O pleito de declaração de nulidade fundamenta-se no não fornecimento, material ou físico, das cópias das notas ou de seus documentos auxiliares.

Ocorre que, ao especificá-las, o Fisco na verdade entregou as tais notas fiscais eletrônicas, visto que essas não possuem natureza física ou material (em papel, de modo a se tornar necessário o fornecimento propriamente dito de cópias), mas meramente digital.

Portanto, de posse das informações acima mencionadas, o contribuinte possuía condições plenas de acessar o seu específico portal das notas fiscais eletrônicas e examiná-las. Digo específico porque não me refiro ao portal a que todos os cidadãos têm acesso por meio dos sítios da Receita Federal do Brasil e desta Secretaria da Fazenda, mas à “*página*” particular da Internet na qual estão devidamente pormenorizadas todas as notas eletrônicas emitidas contra o recorrente.

Tendo a Fiscalização - como dito -, discriminado as operações auditadas no universo das notas constantes do portal particular do contribuinte fiscalizado, bastaria a este acessá-lo (o portal particular), extrair as informações necessárias e, caso desejasse de fato que constassem de meio físico, imprimi-las.

Em face do exposto, voto pela rejeição da preliminar de nulidade.

Relativamente à legislação que estatui tributação diferenciada na comercialização interna leite adquirido dentro e fora da Bahia, assinale-se que a redução de base de cálculo em 58,825%, prevista no Decreto nº 7.826/2000 para as saídas internas do leite produzido no território do Estado equipara a carga tributária à de 7%, fixada para as aquisições do mesmo produto oriundo das unidades da Federação localizadas nas Regiões Sul e Sudeste do Brasil, entradas em relação às quais há apropriação dos créditos respectivos.

Uma vez que os pequenos produtores possuem força econômica notadamente inferior à daqueles de grande porte, instalados nas sobreditas Regiões, os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva devem restar observados com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida em que se desigualem.

Ademais, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/1999, não está incluída na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade, inclusive no que diz respeito ao alegado caráter confiscatório da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Indefiro o pedido de perícia ou diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do Regulamento do PAF/BA, que assim dispõe:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido: I - de diligência, quando: a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; (...)”.

Não há dúvidas a ensejar a eficácia do art. 112 do CTN.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologado o pagamento realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **269352.0043/15-3**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.273.660,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento realizado.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS