

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0001/08-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREÇO)  
**RECORRIDOS** - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREÇO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0374-01/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0107-11/10

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Documentos juntados com a defesa comprovam a regularidade da aplicação da alíquota em parte das operações (material de higiene). Infração elidida em parte. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A redução da 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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão n.º 0374-01/09, 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, no valor de R\$ 693.411,36, 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);

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 349.642,62, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, conforme demonstrativo de débito e cupons fiscais (leite longa vida).

Em sede de Primeira Instância, a JJF inicialmente 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, como também rejeitou a nulidade do Auto de Infração suscitada pela defesa, e, no mérito, julgou parcialmente procedente a infração 1 e procedente a infração 2, concluindo pela homologação dos valores recolhidos, e recorrendo de ofício da 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, conforme a seguir transcrito, *in verbis*:

*“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 quesitos, sendo, portanto, indeferido o pedido formulado por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada”*  
*quesitos formulados.*

*Noto que o impugnante suscitou preliminares de nulidade do Auto de Infração. Quanto à alegação de preterição do seu direito de defesa, sob o en*

Created with

*contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, assim como que os dispositivos atinentes ao enquadramento das infrações não as especifica com precisão, ressalto que essa arguição está destituída de fundamento, haja vista que as acusações constantes da peça inicial estão de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, haja vista que as infrações estão descritas de forma minuciosa e tanto é assim que o autuado entendeu perfeitamente as acusações correspondentes a cada uma das imputações. Noto que os demonstrativos elaborados pelos autuantes evidenciam de forma clara de que infrações o contribuinte foi acusado, tendo em vista que estando identificados todos os documentos fiscais objeto do levantamento e apurados os valores do imposto devido, foram identificados os fatos geradores que originaram a exigência tributária em questão.*

*Vejo que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contém os elementos suficientes para se determinar, com precisão, as infrações e o infrator, tendo em vista, ademais, que o levantamento foi elaborado com base nos documentos fiscais e arquivos magnéticos apresentados pelo próprio contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve as infrações e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes às multas aplicadas.*

*No que se refere à arguição de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando foram utilizados os Acórdãos JJF nº. 2027/00 e CJF nº. 0384-12/02 saliento que no primeiro caso a nulidade decorreu da falta de apresentação, pelo fisco, dos demonstrativos analíticos do levantamento, bem como do cálculo da antecipação tributária, o que se constituiu em cerceamento de defesa e em afronta ao princípio da legalidade. Já o segundo julgamento teve como determinante da nulidade da autuação o fato de o levantamento fiscal ter se mostrado inconsistente, sendo feito através de método incompatível com a legislação e destituído de provas. Deste modo, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, afasto também estas alegações do autuado, uma vez que foi exercido o seu direito de ampla defesa e do contraditório, tendo apresentado impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal.*

*Quanto à alusão do impugnante de que teria ocorrido inversão do ônus da prova, por entender que cabia ao fisco provar o quanto alegado, saliento que tendo em vista que em relação a todas as infrações o autuante apresentou demonstrativos nos quais são apontados os documentos fiscais em que foram detectadas as irregularidades praticadas, sendo que esses documentos correspondentes estão na posse do próprio autuado, caberia a este, com base nos elementos de que dispõe, oferecer as contestações pertinentes, se fosse o caso, o que não ocorreu no presente processo.*

*O autuado, em sua peça defensiva, pugnou pela desconstituição dos créditos tributários correspondentes ao período de 01/01/2003 a 31/05/2003, sob a argumentação de que se encontravam alcançados pela decadência tendo em vista que só tomou ciência da autuação em 16/06/2008.*

*Observe que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a março de 2003) se iniciou em 01/01/2004, com prazo final em 31/12/2008. Como a ação fiscal se iniciou em 31/03/2008, data de emissão do Termo de Início de Fiscalização e o lançamento ocorreu em 16/06/2008, não há falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.*

*Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:*

*“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, não havendo, portanto, decadência.”*

*Em reforço ao entendimento aqui apresentado, saliento que em outras decisões mais recentes, a exemplo do Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do insigne relator Nelson Antonio Daiha Filho transcrevo abaixo em parte, este Conselho de Fazenda continua mantendo o mesmo juízo a respeito dessa discussão:*

*“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.*

*Rejeito a referida preliminar.*

*Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”*

*No mérito, observo que o Auto de Infração se refere a duas imputações, a respeito das quais passarei a tratar em separado, conforme realizado pelo impugnante. Saliento, a princípio, que os procedimentos fiscais relativos a todas as imputações foram realizados atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta, haja vista que está amparada em demonstrativos, tendo estes sido lastreados nos arquivos magnéticos, na documentação e nos livros fiscais do contribuinte. Realço que, em relação às argumentações defensivas de que os dados constantes nos arquivos magnéticos não guardavam correlação com os documentos e livros fiscais correspondentes, em relação à Infração 01, por força de revisão em novos arquivos transmitidos, o autuante constatou regularidade na tributação no item “Outras Mercadorias” – material de higiene, registros 60R, e refez o demonstrativo de débito excluindo as ocorrências inicialmente verificadas no período janeiro de 2003 a setembro de 2005, o que acolho.*

*Ademais, convém lembrar que conforme protocolo de entrega de fl. 211 o autuado recebeu todas as planilhas elaboradas e a memória de cálculo utilizada, isto antes da lavratura do Auto de Infração, para que as analisasse, sem, entretanto, ter apresentada contestação nem questionamento a respeito, não havendo insurgência por parte da defesa quanto a inconsistência nos arquivos após o ajuste efetuado pelo autuante. Enfatizo que apesar de afiançar que o trabalho fiscal se baseou apenas na análise dos registros magnéticos, o autuado não trouxe elemento de prova de que esses dados não foram cotejados pela fiscalização com a sua documentação e com seus livros fiscais.*

*Com relação à infração 1, verifico que conforme reconhecido pelo autuante na Informação Fiscal de fls. 794/795, o autuado indicou de forma incorreta as alíquotas no arquivo SINTEGRA que inicialmente serviu de base para a elaboração dos demonstrativos juntados pelo autuante no período de janeiro/03 a setembro/05 (fls. 86 a 118), porém este, em verificação em novos arquivos SINTEGRA retificados da empresa, constatou nos registros 60R a tributação correta e excluiu as ocorrências relativas ao período janeiro 2003 a setembro 2005.*

*O autuante, conforme explica na manifestação por conta de diligência a ele solicitada (fls. 832/833), também excluiu da Infração 01, as ocorrências do período janeiro a abril 2008 por ter constatado que nesse período o contribuinte recolheu imposto a maior, conforme demonstra na fl. 827, em face de correção via livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 799/802) e recolhimento do Fundo de Pobreza em valores superiores ao que vinha recolhendo, ajuste que acolho..*

*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 outubro 2005 a dezembro 2007 e acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 810 e 811, ficando reduzido o valor inicial da infração 1 de R\$693.411,36 para R\$280.729,72 valor este que foi reconhecido e pago pelo defendente, conforme DAE à fl. 791 e detalhe do pagamento às fls. 816/820. Infração elidida em parte.*

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

*O sujeito passivo em sua impugnação contesta o fato de a saída do leite adq*  
*redução da base de cálculo, porque isso confere tratamento diferenciado ac*

que entende ser vedado no art. 150, V e 152 da CF/88. A seu turno, o Auditor Fiscal, autor do feito, disse 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 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 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 possibilitando a aferição da quantificação (base de cálculo) e operações tributadas incorretamente na visão da acusação. Caberia ao recorrente, se fosse o caso, identificar e instruir a sua defesa com provas que ensejassem comprovar eventuais irregularidades no levantamento fiscal, o que não fez, limitando-se a contestar apenas o aspecto legal da exigência, já que a entende como inconstitucional.

Neste contexto, o Decreto Estadual 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 às vendas de leite tipo longa vida (esterilizado), produzido fora do Estado, no período de maio/04 a abril/08, 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 o 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.  
art. 150 e no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

§ 2º O regulamento indicará as isenções, incentivos e benefícios vigentes  
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 vislumbro 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 /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%.*

*Nesse caso, o autuante juntou elementos para, entre outros objetivos, demonstrar 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, se fosse o caso, os elementos que pudessem comprovar erro no procedimento fiscal. Neste caso, sua recusa em 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 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 o comercializou aplicando indevidamente o benefício fiscal da redução da base de cálculo restrito às aquisições do produto (leite longa vida) no Estado, estando correto o procedimento fiscal e caracterizada a Infração 02, sendo, portanto, subsistente a exigência fiscal do valor R\$349.642,62.*

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

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 866 a 874 – 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 q interpretação mais benéfica à recorrente, nos termos do art. 112 do C

A PGE/PROFIS, em seu opinativo, manifesta-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido. Pontua que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante levantamento fiscal elaborado com fundamento nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e nos documentos fiscais e demonstrativos constantes nos autos. Pontua, ainda, que diante do reconhecimento da infração constante do item 1 e seu pagamento, devem ser homologados os valores recolhidos.

Quanto à infração descrita no item 2, assevera que o recorrente reconhece a irregularidade detectada e insiste na tese de que a legislação estadual estabelece tributação diferenciada na comercialização do leite adquirido fora do Estado a qual afronta princípios constitucionais, mas que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no referido benefício fiscal, amparado nos arts. 37, § 2º e 38 da Lei nº 7.014/96, lastreada no Convênio ICMS 121/89, além do que falece competência a este colegiado para declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

## VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, cabível em relação à desoneração por parte da Primeira Instância dos valores 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, 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 corroborado pelo autuante em sua informação fiscal, gerando novo demonstrativo de débito para este item, remanescendo tão-somente os valores pertinentes ao produto bebidas, parcela reconhecida e paga pelo sujeito passivo.

No pertinente ao Recurso Voluntário, 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 RPAF/BA, abaixo transcrito, que expressamente veda a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade.

*“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 RPAF/BA, com efeitos a partir de 1/1/2003) que restringiu o referido benefício fiscal ao leite.

*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 dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0001/08-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$630.372,34**, 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 SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS