

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0042/08-8
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0337-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0127-11/10

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 0337-04/09 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a segunda infração:

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (bebidas alcoólicas), no valor de R\$25.229,31;

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (leite longa vida), no valor de R\$56.559,36.

Em Primeira Instância, o relator da JJF inicialmente afasta a nulidade suscitada pelo sujeito passivo quanto ao item 2, ao argumento de que:

“Inexiste no procedimento fiscal qualquer elemento que autorize a nulidade do presente Auto de Infração, não havendo a alegada insegurança jurídica na determinação da infração ou existência de justa causa por desamparo a qualquer direito do contribuinte, mesmo porque o autuado pode exercer com liberdade o direito a ampla defesa e o contraditório, fazendo serem conhecidas todas as suas alegações além de trazer aos autos as provas de que dispunha e sustentem suas razões. Os dispositivos legais indicados como infringidos, diverso da alegação defensiva constam de forma específica no campo “descrição dos fatos” do Auto de Infração de forma a permitir que o sujeito passivo pudesse entender o que lhe estava sendo exigido. Nos termos do art. 142, CTN e pela definição legal de lançamento tributário, de certo, que o dever de prova é da autoridade fiscal que, na realidade, não lhe cumpre o ônus legal de provar, mas o dever constitucional de investigar e provar o fato tributário, em atendimento às exigências dos princípios da legalidade, da motivação. Disso não descuidou o Auditor Fiscal que juntou aos autos provas de tudo quanto alegado nos autos, ainda que a partir dos arquivos magnéticos elaborado pelo próprio autuado; cupons fiscais que provam a saída de leite integral com alíquotas de 7% e 17% foram anexados por amostragem por uma questão de volume, os demais foram entregues ao contribuinte em mídia eletrônica. Constato, portanto, a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário e que demonstram a motivação da autuação e o pedido não encontra amparo nas hipóteses do art. 18 do RPAF BA..”

Também em preliminar afasta a aplicabilidade do artigo 112 do CTN, requerido pelo sujeito passivo, ao argumento de que *“a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão, em ambas as infrações”*. Quanto ao pedido de perícia fiscal, a indefere, nos termos do art. 147, inciso II alínea “b”, do RPAF/BA, por considerá-la desnecessária, *“em vista*

das provas produzidas nos autos” e por não haver necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião face aos quesitos formulados.”

Informa ainda o Relator que a infração descrita no item 1 foi reconhecida e paga, devendo, assim, ser mantida, concluindo pela homologação dos valores já recolhidos.

No mérito, quanto ao item 2, assim se pronuncia, *in verbis*:

“Compulsando os autos do processo e a legislação que rege à 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 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, 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 em 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 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 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 às 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 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%. 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 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 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, é correto o procedimento fiscal e procedente a exigência fiscal do valor R\$ 56.559,36.”

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 171 179 – 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 01 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, observando 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, e que não se trata de tratamento

diferenciado dado ao leite produzido fora do Estado, mas sim de benefício fiscal conferido pelo Estado da Bahia e, como tal, deve ser analisado de forma restritiva. Pontua, ainda, que foge à competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da lei, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA, concluindo que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida.

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, a uma porque tal norma não sofreu qualquer pecha 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 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 1 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 **279459.0042/08-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81.788,67**, 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

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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