

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0019/08-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0283-04/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0135-11/10

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. 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 da 4ª JJF - Acórdão nº 0283-04/09 -, 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, no valor R\$35.613,01;

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, no valor de R\$36.740,44.

A Decisão alvejada foi proferida nos seguintes termos, *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 que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente, foram juntados ao processo alguns documentos e arquivos em CD, não havendo necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião.*

*O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em relação à infração 01, argumentando que os artigos do RICMS/BA indicados como infringidos não apontam de forma específica o ilícito.*

*Constato que o autuante fez constar no corpo do Auto de Infração que o contribuinte aplicou “erradamente as alíquotas ora de 17% ora de 7%, relativas 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 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 foi indicada a alíquota praticada e a correta. Tudo isso traduz o enquadramento correto da infração, o que possibilitou ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, não havendo cerceamento ou preterição, como alegado, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Com relação à infração 2, suscitou também a nulidade, sob a alegação de que os dispositivos “enquadrados” não especificam com precisão a infração cometida e não são suficientes à caracterização da infração, implicando em preterição do direito de defesa.

Verifico que a acusação é de que o contribuinte recolheu a menos o ICMS por ter utilizado indevidamente benefício fiscal de redução da base de cálculo.

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 quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição e o art. 124 estabelece prazo para recolhimento 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 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 e o sujeito passivo, não tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa.

Relativamente ao argumento de que o Fisco deveria provar que o leite longa vida foi adquirido fora do Estado e comercializado com redução de base de cálculo, entendo que se trata do mérito da questão, o que será apreciado a seguir.

O autuado, na defesa apresentada, suscitou a decadência da autuação em relação à infração 01, relativa a parte dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

...  
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que 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.

Por fim, relativamente ao pedido de realização de perícia, indefiro-o, tendo em vista que a mesma cuida da vistoria ou exame de caráter técnico e especializado acerca da matéria, em face dos quesitos formulados, o que é desnecessário na situação presente, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF<sup>10</sup>, tendo em vista o meu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento a menos por erro de aplicação da alíquota cabível e pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Com relação à infração 01, na defesa apresentada, o autuado alegou sua improcedência; porém, após a informação fiscal, juntou petição ao processo requerendo pagamento parcial desta referente ao período a partir de outubro de 2005 (fls. 326/327/328). Portanto, não existe lide relativa à infração 01 concernente aos valores referentes ao intervalo temporal compreendido entre out/2005 e jan/2008. No tocante a jan/2003 a set/2005, o autuante reconheceu a correta tributação e, por conseguinte, a improcedência da exigência fiscal relativa a estes meses (fl. 316). Infração parcialmente elidida, nos moldes do demonstrativo abaixo.

| MÊS    | B.C.     | ICMS      |
|--------|----------|-----------|
| out/05 | 1.447,70 | 246,11    |
| nov/05 | 251,00   | 42,67     |
| dez/05 | 3.294,64 | 560,09    |
| jan/06 | 1.820,00 | 309,40    |
| fev/06 | 1.662,94 | 282,70    |
| mar/06 | 1.534,47 | 260,86    |
| abr/06 | 2.773,47 | 471,49    |
| mai/06 | 2.353,41 | 400,08    |
| jun/06 | 2.675,52 | 454,84    |
| jul/06 | 2.901,29 | 493,22    |
| ago/06 | 2.381,17 | 404,80    |
| set/06 | 2.443,47 | 415,39    |
| out/06 | 2.328,88 | 395,91    |
| nov/06 | 2.423,82 | 412,05    |
| dez/06 | 5.894,00 | 1.001,98  |
| jan/07 | 2.502,17 | 425,37    |
| fev/07 | 2.938,11 | 499,48    |
| mar/07 | 2.221,00 | 462,62    |
| abr/07 | 3.111,70 | 528,99    |
| mai/07 | 2.390,11 | 406,32    |
| jun/07 | 2.707,41 | 460,26    |
| jul/07 | 2.388,41 | 406,03    |
| ago/07 | 2.728,58 | 463,86    |
| set/07 | 2.578,29 | 438,31    |
| out/07 | 2.447,00 | 415,99    |
| nov/07 | 2.743,88 | 466,46    |
| dez/07 | 7.211,58 | 1.225,97  |
| TOTAL  |          | 12.351,25 |

Com relação à infração 02, relativamente 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 imposto 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 Decreto nº 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.

Quanto ao argumento formulado de que não foi provado que o autuado adquiriu leite de gado em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente o benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido, verifico que o autuante juntou ao processo:

- 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, o ICMS correto e
- 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 deveriam ter sido juntados 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 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 e correto o procedimento fiscal. Infração não elidida.*

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

...

*Esta Junta recorre, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00”.*

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, requerendo 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 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, 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 p que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no referi

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 até 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, 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 encontrava vigente a nova redação dada ao Decreto nº 7.826, de 21

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 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 279459.0019/08-6, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.091,69**, 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

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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