

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0018/08-0  
**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 4ª JJF nº 0301-04/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0142-11/10

**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-se de Recurso Voluntário e de Ofício apresentados contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0301-04/09, 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 (bebidas alcoólicas e material de higiene) - R\$42.223,91.

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 (leite longa vida) - R\$35.466,32.

O decisório de Primeira Instância, de plano, 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.

Ainda em preliminar rejeitou a nulidade do Auto de Infração suscitada pela defesa quanto à infração 1, no sentido de que os artigos do RICMS/BA indicados como infringidos (50, 51 e 124) não indicariam de forma específica o que foi infringido, ao argumento de que

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

Afastou, ainda, a nulidade suscitada quanto à infração descrita no dispositivo que fundamenta a autuação não especificam com p

Created with



**nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

que não são suficientes à caracterização da infração, implicando em preterição ao seu direito de defesa, ao argumento de que

*“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 se 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, o sujeito passivo, não tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa.”*

Ainda reportou-se o Relator à arguição de decadência em relação à infração 1, relativa à parte dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, ressaltando que *“tendo em vista que o 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”.*

No mérito, quanto ao item 1, o voto exarado pela sua procedência em parte teve a seguinte redação:

*“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 (fl. 324). 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. 300). Infração parcialmente elidida, nos moldes do demonstrativo abaixo.*

MÊS	B.C.	ICMS
out/05	63,23	10,75
nov/05	89,05	15,14
dez/05	3.688,23	627,00
jan/06	840,70	142,92
fev/06	1.105,64	187,96
mar/06	1.064,88	181,03
abr/06	2.625,82	446,39
mai/06	1.976,88	336,07
jun/06	2.946,52	500,91
jul/06	2.729,64	464,04
ago/06	2.464,52	418,97
set/06	1.850,47	314,58
out/06	1.928,82	327,90
nov/06	1.825,35	310,31
dez/06	8.189,47	1.392,21
jan/07	1.635,00	277,95
fev/07	2.400,47	408,08
mar/07	2.221,00	377,57
abr/07	3.343,82	568,45
mai/07	2.049,76	348,46
jun/07	2.172,29	369,29
jul/07	1.751,52	297,76
ago/07	1.762,52	299,63
set/07	2.000,58	340,10
out/07	1.923,82	327,05
nov/07	2.162,47	367,62
dez/07	6.574,82	1.117,72
TOTAL		10.775,86

Quanto à infração descrita no item 2, se pronunciou a JJF pela sua manutenção, nos seguintes termos:

*“..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 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 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 Dec. 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 adquiriu leite de gado em outros Estados e comercializou aplicando indevidamente o benefício da redução da base de cálculo previsto para o produto adquirido no Estado, verifico que 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 são de sua posse e deveria ser juntado 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. Cabeiria 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 CJE 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.”*

Recorre de ofício da presente 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, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário 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 leite produzido no Estado, providência expressa do art. 150, V, art. 152 e art. 155, II, §2º, XII, “g”, da CF/88, além de faltar com o disposto no art. 5º e 150, II, da mesma Carta Magna, “ ao conj

*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, manifestou-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando a ausência de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido.

Destacou-se encontrarem as infrações devidamente tipificadas e comprovadas mediante levantamento fiscal elaborado com amparo nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e nos documentos fiscais e demonstrativos constantes do feito.

Outrossim, aduziu que diante do reconhecimento da infração constante do item 1 e seu pagamento, deveriam ser homologados os valores recolhidos.

Quanto à infração descrita no item 2, asseverou que o recorrente reconheceu a irregularidade detectada, porém insistia na tese de que a legislação estadual estabelece tributação diferenciada na comercialização do leite adquirido fora do Estado, afrontando princípios constitucionais, contudo, tal argumento não pode prosperar, eis que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no referido benefício fiscal, embasado nos arts. 37, §2º e 38 da Lei nº 7.014/96, lastreada no Convênio ICMS 121/89, além de faltar competência a este Colegiado para declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

## VOTO

Apreciaremos em primeiro lugar o 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 01 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 legitimado 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 contribuinte.

Recurso Voluntário apresenta as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ao julgar procedente em parte o Auto de Infração, em discussão, sendo objeto do Recurso apenas a infração intitulada como 2.

Inicialmente, em conformidade com o opinativo proferido pela PGE/PROFIS, não merece guarida à 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, porquanto 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 outro lado, vale aqui ressaltar a regra inserta no art. 167, inciso I do RPAF/BA, a seguir 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 fim, o recorrente não nega o cometimento da infração, restringindo sua argumentação à pretensa ofensa a princípios constitucionais, sustentáculo já devidamente rechaçado, por se apresentar inócuo, inexistindo motivo para aplicação do art. 112 do CTN, como requerido, visto que, como abaixo demonstrado, a legislação estadual é clara ao conceder o benefício apenas ao produto aqui fabricado, sem espaço a qualquer dúvida de interpretação.

Assim é que a infração 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), a qual restringiu o referido benefício fiscal ao leite fabricado neste Estado, *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 análise e demais documentos que constituem o presente lançamento de ofício - como relação de cupons fiscais relativa 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 21/6/2000 através do Decreto nº 8.413/02, sendo indevida, sem margem à tergiversação, 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 efetivará pelo órgão competente, ao final do presente Processo Administrativo.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e Voluntário, mantida a Decisão recorrida, por se encontrar em estrita consonância com a Lei, o Direito e a Justiça.

## 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 279459.0018/08-0, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.242,18**, 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

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SET