

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0038/08-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0264-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-11/10

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-se de Recurso Voluntário apresentado por contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0264-04/09, que julgou pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo duas infrações com os seguintes teores:

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\$24.362,93;

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\$58.381,12.

O autuado apresentou tempestivamente a sua impugnação, apenas se insurgindo contra a infração 2 e, paralelamente, declarando a liquidação por pagamento da infração 1.

O decisório de Primeira Instância, de plano, afastou a nulidade suscitada pelo sujeito passivo, o qual defendia a tese de que os dispositivos que fundamentaram a autuação não especificavam, com precisão, a infração cometida e que eram insuficientes à caracterização da infração, implicando em preterição ao seu direito de defesa, tendo o relator da JJF asseverado 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 pensados 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.”

Destacou, ainda, o Relator que a infração descrita no item 1 foi recusada, devendo ser mantida, porém homologados os valores já recolhidos.

No mérito, quanto à imputação rotulada como de nº 2, após indeferir o pedido de perícia fiscal, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF/BA, assim se posicionou a JJF, *verbis*:

“Com relação 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).

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.

Com relação 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. Caberia 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.”

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário, requerendo a improcedência da infração descrita no item 2, sob o fundamento de que a legislação estadual ao conceder o benefício fiscal apenas à saída interna de leite longa vida, atribuiu 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 ou produzido nas demais Unidades da Federação seja tributado norm

Asseverou, também, que a Constituição Federal deve prevalecer sobre a legislação estadual, diante do conflito de normas, utilizando-se como solução o critério hierárquico.

Por fim, requereu a extinção da infração descrita no item 1, em decorrência do seu pagamento e que, se existente dúvida quanto ao item 2, fosse aplicada 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 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.

Destaca, 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

O Recurso Voluntário apresenta as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ao julgar totalmente procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor total de R\$ 82.744,05, acrescido de multa de 60%, decorrente das infrações supra descritas, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a 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 à 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 incida percentual de 7% (sete por cento) e somente para o leite tipo longa vida (este

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 1 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 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** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279459.0038/08-0, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.744,05**, 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 SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS