

A. I. Nº - 206910.0002/10-0  
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO RAMOS DAMASCENO  
ORIGEM - IFEP DAT/NORTE  
INTERNET - 27.12.2010

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0407-04/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. FALTA DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovada exigência em duplicitade de notas fiscais. Refeitos os cálculos o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. No período fiscalizado já havia sido revogado a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.826/00 relativa às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando às aquisições do mesmo produto em outros Estados. Infração mantida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 30/04/10, para exigir ICMS no valor de R\$37.012,15, acrescido da multa de 60% em razão das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Consta na descrição dos fatos que deixou de reduzir a base de cálculo em 30% para que a alíquota ficasse equivalente a 17%, conforme previsto no art. 87, XXVI do RICMS/BA - R\$18.547,45.
02. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que utilizou indevidamente a alíquota de 7% nas saídas de bebidas alcoólicas e leite longa vida, conforme demonstrativos acostados aos autos - R\$18.124,63.
03. Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas. Consta na descrição dos fatos que se trata de venda de café solúvel sem tributação (outras) - R\$340,07.

Na defesa apresentada às fls. 97/103, inicialmente diz que a defesa é tempestiva, discorre sobre as infrações e informa que aderiu ao benefício fiscal concedido pela Lei nº 11.908/10 e efetuou pagamento de R\$15.991,89 do valor do principal exigido na infração 1.

Afirma que o saldo remanescente de R\$2.555,56 é improcedente, pois corresponde a lançamentos efetuados de forma repetida para a mesma nota fiscal e produto conforme planilha às fls. 122/123.

Com relação à infração 2, diz que com relação ao produto bebida alcoólica aderiu ao benefício fiscal e recolheu o valor de R\$564,17, requer a sua homologação.

Relativamente ao valor de R\$17.560,46 (leite longa vida), cujo benefício de redução de base de cálculo só é válido para as operações de saídas internas de leite fabricado no Estado da Bahia, afirma que ao estabelecer tributação diferenciada entre leite produzido fora do Estado resulta em tratamento desigual aos demais contribuintes.

isonomia. Diz que estando compelido a pagar o ICMS integral na saída sem benefício da redução da carga tributária, tal procedimento afronta o disposto nos artigos 1º, 150, V e 152 da Constituição Federal (CF) e que o correto é que todos tenham a mesma carga tributária.

Transcreve texto de doutrinadores acerca do princípio constitucional da isonomia para reforçar o seu posicionamento de que o art. 150, II da CF impede que se dê tratamento diferenciado na tributação entre produtos internos e de outros Estados.

Com relação à infração 3, informa que efetuou pagamento do valor integral exigido, com benefícios de lei e requer a sua homologação.

Por fim, ressalta que de acordo com o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), na dúvida a interpretação da norma deve ser decidida em favor do contribuinte. Requer a homologação dos valores pagos e improcedência dos saldos remanescentes. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada de documentos e realização de perícia ou diligência fiscal. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 128/133, inicialmente comenta as infrações, ressalta o reconhecimento em parte das infrações 1 e 2, e passa contestá-los.

No tocante à infração 1, afirma que efetuou uma revisão nos valores apurados conforme demonstrativo juntado às fls. 122/123 da defesa e encontrou valor remanescente de R\$1.068,24 relativo à duplicidade de valores e não R\$2.555,56 como alega o impugnante. Junta demonstrativo às fls. 133/162 que resulta em valor devido remanescente de R\$17.479,21.

Quanto à infração 2, afirma que o autuado recolheu o valor exigido relativo a bebidas alcoólicas, “e contesta o restante no valor de R\$17.560,46, alegando que a tributação diferenciada ao aplicada ao leite longa vida produzido e comercializado no Estado da Bahia, seria ferir o princípio constitucional da isonomia por dar tratamento diferenciado a produtos em razão de sua origem”.

Por fim, afirma que remanesce devido R\$35.943,91 e requer a procedência parcial da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 165/167), tendo o mesmo se manifestado às fls. 169/173. Comenta que em relação à infração 1, o autuante deixou de verificar que “um mesmo produto está descrito de forma diversa. O que significa dizer que está incompreensível, uma vez que a nota fiscal é a mesma, bem como o código do produto é o mesmo, conforme pode ser constatado comparando a planilha anexa a peça impugnatória e a apresentada pelo Autuante na Informação Fiscal”.

Quanto à infração 2, reitera os termos da defesa inicial acerca da tributação do leite com base de cálculo reduzida na saída tanto o adquirido no Estado como em outros Estados.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 176/178 demonstrativos de pagamento de parte do débito.

## VOTO

O autuado requereu a realização de perícia ou diligência fiscal, sem fundamentar sua necessidade. Indefiro tal pedido, tendo em vista que os elementos contidos no processo são suficientes para formar a minha convicção como julgador.

No mérito, o lançamento exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, recolhimento a menos do imposto por erro na aplicação da alíquota e operação tributada como não tributada.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu e efetuou o pagamento de parte da infração 1, argumentando que os lançamentos foram efetuados pelo autuante de forma repetida para a mesma nota fiscal e produto conforme planilha às fls. 122/123.

O autuante na informação fiscal contestou dizendo que após a revisão apurou valor remanescente indevido de R\$1.068,24 e não o apontado pelo contribuinte de R\$2.5

defesa manifestação dizendo que não foi observado que a nota fiscal é a mesma, bem como o código do produto.

Pelo confronto do demonstrativo original (fls. 10/37) com o apresentado na defesa (fls. 121/122) e o apresentado na informação fiscal (fls. 133/161) faço as seguintes constatações:

- a) No demonstrativo original foi indicado nº da nota fiscal, nº do item e código do produto, de forma que na nota fiscal, em alguns casos, foram indicados de forma repetida, totalizando a exigência em R\$18.124,89;
- b) No demonstrativo apresentado junto com a defesa foi indicado o número da nota fiscal e único número do item e código do produto que alegou duplicidade, a exemplo da nota fiscal 8980 cujo item 7 e código do produto 122157 foi indicado como repetido totalizando o valor de R\$2.555,54 (fls. 122/123);
- c) O demonstrativo refeito pelo autuante (fls. 133/161) indica o número da nota fiscal, em alguns casos repetida, tendo relacionado um único item e código do produto totalizando a exigência em R\$17.479,21.

Pela análise das diferenças dos demonstrativos assiste razão ao autuante. Tomando como exemplo a nota fiscal 8980: a empresa indicou duplicidade do item 7 – código do produto 122157 (fl. 122). Esse produto aparece com o item da NF e código repetido à fl. 10. No demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 133 este item foi indicado apenas uma vez. O mesmo ocorre com a nota fiscal 17854 que a empresa indicou duplicidade do item 6 – código do produto 122149 (fl. 122). Esse produto aparece com o item da NF e código repetido à fl. 10. No demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 133 este item foi indicado apenas uma vez.

Observo que o autuado ao tomar conhecimento da correção feita pela fiscalização, afirmou que o autuante não percebeu que continuava com itens repetidos com o código do produto, mas não indicou em quais deles isso ocorreu. Logo, não tendo indicado materialmente o erro que persistia, sem apresentar provas, implica em simples negativa de cometimento da infração o que não desonera da responsabilidade pelo pagamento do imposto ao teor do art. 143 do RPAF/BA.

Assim sendo, acato o demonstrativo refeito pelo autuante (fls. 133/161) e considero devido o valor de R\$17.479,21. Infração elidida em parte.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado reconheceu a exigência fiscal relativamente ao produto bebida alcoólica (R\$564,17) e contestou o valor de R\$17.560,46 que trata do produto leite longa vida. Argumentou que ao limitar o benefício de redução de base de cálculo nas vendas de leite adquirido em outros Estados de modo que se equipare a carga tributária de 7% previsto para as operações com leite fabricado no Estado da Bahia, resulta em tratamento desigual aos demais contribuintes, ferindo o princípio da isonomia.

O autuante contestou dizendo inexistir previsão regulamentar da aplicação da redução da base de cálculo do leite longa vida.

Verifico que o Decreto nº 7.826 de 21/6/2000 estabelecia redução de base de cálculo de 58,825% do ICMS nas operações de saídas internas de leite de forma que a carga tributária incidente na operação correspondesse ao percentual de 7%. Com o advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, foi revogado o art. 467 do RICMS/BA, que tratava de tal benefício fiscal com efeitos a partir de 1/1/2003.

Analizando os elementos contidos no processo, verifico que o autuante elaborou um levantamento fiscal (fls. 42/45), cuja cópia foi entregue ao autuado, onde foram indicadas as vendas para consumidor final de leite tipo longa vida (esterilizado) produzido fora do Estado, com aplicação da alíquota de 7%, tendo sido exigida a diferença para 17%.

Observo que no período fiscalizado (janeiro a dezembro de 2006), já se encontrava em vigor as determinações do Decreto nº 8.413/02, não podendo mais, no período, haver redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida fabricado fora do Estado.

Portanto está correta a exigência fiscal e devem ser mantidos os valores exigidos.

Quanto ao argumento defensivo de que o Estado da Bahia não pode estabelecer tributação diferenciada entre leite produzido no Estado, observo que o Dec. 10.984 com efeitos a partir de 27/03/08 restabeleceu redução de base de cálculo “das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento), regra inserta no art. 87, XXXV do RICMS/BA que não se aplica ao período fiscalizado.

Mesmo não se aplicando à situação concreta, o benefício fiscal condicionado restringe sua aplicação à produção e operações praticadas dentro do Estado, o que resulta em carga tributária de 7%, que não é inferior à prevista para as operações interestaduais em atendimento ao limite constitucional (art. 155, XII, “g”, da CF/88).

Além do mais, o benefício fiscal da redução de base de cálculo de leite de gado fabricado no Estado da Bahia, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, concessiva de benefício fiscal condicionado, não podendo os órgãos administrativos de julgamento declarar a constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA, o qual estabelece que não se inclua na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação estadual. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 3, a mesma foi reconhecida e paga pelo impugnante. Infração reconhecida.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206910.0002/10-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$35.943,91, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES - JULGADOR