

**A. I. N°** - 206911.0001/09-3  
**AUTUADO** - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JALDO VAZ COTRIM  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**INTERNET** - 08/08/2012

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0177-03/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Estão sujeitas a alíquota especial as operações internas com perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto, lavanda e seiva-de-alfazema. Determinada a exclusão dos valores relativos a mercadorias cujos rótulos indicassem tratar-se de lavanda e seiva-de-alfazema, ainda que os termos “lavanda” e “seiva-de-alfazema” fossem precedidos ou acrescidos de expressões comerciais tais como “deo”, “deo colônia”, “deo col”. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos, excluindo-se os valores relativos a lavanda, seiva-de-alfazema, leite longa-vida produzido neste Estado e leite cujas saídas são isentas de ICMS. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/7/09, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, por adotar as alíquotas de 7% e 17% em vez das de 17% e 27%, nas operações com óleo de girassol, bebida lacta Oi, colônia e deo colônia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 48.512,43, com multa de 60%;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, sendo glosado crédito no valor de R\$ 104.798,92, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, haja vista a existência de saldos credores por adoção de alíquota menor que a devida, sendo lançado tributo no valor de R\$ 3.489,08, com multa de 60%.

O autuado impugnou parcialmente apenas os lançamentos dos itens 1º e 3º (fls. 1071/1091), aduzindo haver procedido ao recolhimento dos valores reconhecidos como devidos.

Suscita como preliminar a nulidade do procedimento alegando ausência da documentação integral sobre a qual o autuante baseou suas alegações no caso do 1º item, uma vez que segundo o autuante os documentos probatórios foram anexados por amostragem. Reclama que, tendo o fiscal anexado os documentos de prova apenas por amostragem, isso prejudicou a verdade material, o devido processo legal e o direito de defesa, além de prejudicar a compreensão do órgão julgador quanto à legalidade da autuação, haja vista que o Auto de Infração se apresenta recheado de incertezas, em face da ausência de toda a documentação pertinente. Protesta que a

simples apresentação de planilha não é suficiente para certeza e liquidez do crédito tributário, pois a liquidez e certeza só se perfazem com a apresentação dos documentos fiscais mencionados pela fiscalização na sua integralidade e necessárias à apuração da infração. Requer a nulidade do lançamento tomando por fundamento o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF. Sustenta que a juntada de provas não é uma faculdade, mas uma obrigação. Cita acórdãos do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco. Reclama que o fisco está violando os princípios da segurança jurídica, da verdade material, da ampla defesa e do devido processo legal, pois o contribuinte e principalmente o órgão julgador não têm como analisar todos os aspectos pertinentes à questão.

Numa segunda preliminar, suscita a extinção de parte do crédito tributário dos itens 1º e 3º, em face de sua decadência, por força do art. 156, V, c/c o art. 150, § 4º, do CTN, relativamente aos meses de janeiro a março e junho de 2004 (item 1º) e maio de 2004 (item 3º). Faz ver que sem dúvida o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação porque a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e por essa razão o prazo decadencial do crédito tributário inicia-se com o seu fato gerador, dispondo o fisco do prazo de 5 anos para homologar a atividade do sujeito passivo, a contar do fato gerador, e, ultrapassado esse prazo, o fisco homologa tacitamente o lançamento antecipado realizado pelo sujeito passivo e o crédito nele constituído é definitivamente extinto. Observa que neste caso o impugnante tomou ciência do Auto de Infração em 24.7.09, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo fisco, dos lançamentos antecipados relativos ao período de janeiro a março, maio e junho de 2004, e não obstante, esse período, ainda que decaído, está sendo objeto de cobrança, pelo que deve ser anulada nessa parte, por força do art. 150, § 4º, c/c art. 156, V, do CTN. Adverte que no caso em questão não se aplica a regra geral de que o prazo para lançamento se conta do primeiro dia do exercício seguinte (CTN, art. 173, I) e não do fato gerador porque, no caso específico de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a regra é a disposta no art. 150, § 4º, do CTN, por ser mais específico. Lembra decisão nesse sentido da Segunda Turma do STJ.

Quanto ao mérito, o autuado nega que no item 1º deste Auto haja erro na aplicação da alíquota. Assinala que, com relação ao levantamento das operações com colônia e deo-colônia, o fisco exige a diferença entre a alíquota de 17% para 27% sobre produtos que não estão inseridos na previsão do art. 51, II, “h”, do RICMS, pois não se referem a colônia e deo colônia, como, por exemplo, a lavanda, a alfazema, a seiva de alfazema, etc., de modo que esses produtos foram excluídos da tributação da alíquota de 27%, permanecendo com a alíquota de 17%.

Quanto à exclusão da lavanda e da alfazema da alíquota de 27%, diz que já houve outras decisões do CONSEF em Autos lavrados contra a sua empresa, e cita como exemplo o Acórdão JJF 2082-02/01, da 2ª Junta.

Frisa que alguns fabricantes adotam, por exemplo, os nomes Deo Alfazema Kanitz Classic, Deo Col Belle Nature Alfazema, Deo Col Belle Nature Lavanda, Deo Colônia Alfazema Suissa, Deo Colônia Lavanda Acalu, Deo Colônia Seiva do Campo Alf, Deo Colônia Seiva do Campo Alf, etc., mas esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH de produtos que têm alíquota de 17%, uma vez que estão nas exceções da tributação à alíquota de 27%, nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS, conforme as Notas Fiscais anexas.

Para demonstrar o que alega, a defesa juntou fotos dos produtos lavanda e alfazema. Juntou também Notas Fiscais dos fornecedores, frisando que cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com a NBM.

Aduz que fez consulta através do Processo nº 125123/2005-3, cópia anexa, indagando se as mercadorias da NBM/SH 3307.20.10 são tributadas à alíquota de 17%, e o parecer, anexo, contém a resposta categórica: sim, os produtos situados na posição 3307.20 da NCM se encontram sujeitos à alíquota de 17%.

Acrescenta que esse entendimento foi atestado pela perícia judicial realizada nos autos da Ação Anulatória nº 1021315-5/2006, cópia anexa, interposta pelo impugnante contra o Auto de Infração nº 123430.0005/04-3. Transcreve trecho do laudo pericial reproduzindo o quesito e a resposta acerca da classificação e tributação dos produtos lavanda, alfazema e seiva de alfazema.

Comenta os efeitos da resposta de consulta. Cita doutrina. Socorre-se do preceito do art. 146 do CTN. Reporta-se à Súmula 227 do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Conclui ponderando ser descabida a acusação de que tivesse havido erro na aplicação da alíquota, pretendendo tributar lavanda, alfazema e seiva de alfazema com a alíquota de 27%, em vez de 17%.

Quanto ao produto leite longa-vida, em que o fisco acusa que a empresa recolheu ICMS a menos por ter utilizado a alíquota de 7% quando deveria ser de 17%, o autuado reclama, primeiro, que o autuante não especificou se o leite foi adquirido ou produzido dentro ou fora do Estado da Bahia, tendo simplesmente alegado que houve erro na aplicação da alíquota e consequentemente recolhimento a menos do ICMS, e segundo, que o autuante não especificou se os leites listados estão enquadrados como isentos, por estarem dentro das especificações de teor de gordura.

Argumenta que o lançamento fiscal deve ser claro de modo a espelhar com segurança a infração imputada, mas neste caso o fisco exige imposto sem qualquer parâmetro e base legal, pois não determina a origem do leite supostamente vendido com alíquota inferior à que o fisco entende como correta, e, quanto ao leite isento, se o leite foi tributado com a alíquota de 7%, o prejuízo foi da empresa e não do Estado, sendo passível de restituição de indébito.

Grifa que o fiscal listou o leite classificado como desnatado e semi-desnatado (light), que tem baixo teor de gordura, sendo que, a depender do caso, a operação é isenta do ICMS, conforme determinam o art. 14, XII, e o art. 465 do RICMS. Reclama que, não tendo o autuante atentado para esse aspecto, lançou com sendo apenas leite longa vida. Ressalta que, sendo o leite enquadrado na isenção, a empresa recolheu ICMS à alíquota de 7%, situação que gerou enriquecimento do fisco e prejuízo do contribuinte. Alega que, ao não fazer essa distinção, o Auto não apresenta a segurança jurídica necessária à liquidez e certeza do crédito tributário.

Quanto ao leite de cabra – Leite Int Cabra Capr –, que segundo o fisco teria havido recolhimento a menos, o autuado alega que, de acordo com o art. 14, XVIII, do RICMS, este leite também está isento de tributação de 25.10.00 até 31.12.08, período que abrange o fiscalizado (2004 a 2006), e portanto, tendo havido recolhimento à alíquota de 7%, o recolhimento foi indevido, cabendo à empresa o processo de repetição.

Retomando a questão da falta de demonstração, pelo autuante, da origem do leite, o autuado argumenta que, caso tenha adquirido leite tipo longa-vida de fabricantes estabelecidos no Estado da Bahia, a tributação seria de 7%, consoante determina o art. 1º, II, do Decreto nº 7.826/00.

Aduz que, mesmo que o leite tenha sido adquirido em outra unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque é incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, por ser uma forma de limitar o tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, providência expressamente vedada no art. 150, V, e art. 152, da Constituição e em afronta ao preceito consagrado em seu art. 1º, sendo esse preceito confirmado pelo art. 150, V, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público. Destaca que o art. 152 da Constituição veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Prossegue pontuando que, não bastasse a violação aos arts. 1º, 150, V, e 152, o princípio da isonomia, consagrado nos arts. 5º e 150, II, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Sustenta que, ao se conferir o privilégio de redução de

base de cálculo para os produtos locais e, por outro lado, ao se obrigar que o leite produzido nas demais unidades da Federação seja tributado normalmente pelo ICMS, está sendo atropelado claramente o princípio da isonomia consagrado nos arts. 5º e 150, II, da Constituição.

Conclui argumentando que, como o autuante não classificou o produto leite, tributando todos os tipos com a alíquota de 17%, isso demonstra a improcedência da autuação, haja vista que existe leite com isenção, e leite produzido dentro e fora do Estado da Bahia, que é tributado a 7% e não a 17%, como pretende a fiscalização, pois conferir tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 150, II e V, e 152, da Carta da República, razão pela qual se impõe a desconstituição do Auto de Infração.

Apela para a observância do princípio “in dubio pro contribuinte”, com fundamento no art. 112 do CTN. Aponta nesse sentido decisão do STF no RE 90.143 e do STJ no RESP nº 38.997-SP.

Requer que seja declarada a extinção do crédito tributário pelo pagamento parcial das infrações 1ª e 3ª e da totalidade da infração 2ª. Requer também a declaração da extinção do crédito tributário pela decadência relativamente aos meses de janeiro a março e junho de 2004 (infração 1ª) e maio de 2004 (infração 3ª).

Pede a nulidade do Auto de Infração, por ausência da documentação integral sobre a qual o autuante baseou suas alegações, relativamente à infração 1ª, haja vista que o ônus da prova é de quem alega a infração. No mérito, pede que se declare improcedente a acusação fiscal, por inexistência de diferença entre as alíquotas a ser recolhida ao erário estadual. Pede ainda que, na dúvida, seja conferida a interpretação mais benéfica ao defendente, conforme preconiza o art. 112 do CTN. Protesta pela produção de provas, inclusive a juntada posterior de documentos e realização de perícia ou diligência.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 1156/1164) dizendo que descabem as alegações de nulidade, pois a apresentação das informações fiscais constantes nos arquivos magnéticos é ato declaratório do autuado, restringindo-se o autuante a ilustrar amostralmente procedimentos irregulares, não se podendo admitir como crível que o autuante fizesse a juntada de todos os documentos informados pela empresa (cópias dos Cupons Fiscais constantes nas fitas-detelhe), tendo em vista a desnecessidade de tal medida e a quase impossibilidade técnica dessa pretensão, dada a quantidade de documentos envolvida, tendo o conflito sido deflagrado diante da não apresentação da memória da fita-detelhe (MFD), de modo que não há como prosperar a alegação de uma pretensa nulidade.

Quanto à alegação de que a planilha fiscal não é suficiente para a certeza e liquidez do crédito tributário, o autuante contrapõe que a planilha foi construída a partir das informações da empresa prestadas através dos arquivos magnéticos.

No tocante às alegações de extinção do crédito tributário por conta da decadência, o fiscal refuta a tese da defesa de que a regra específica (arts. 150 e 156 do CTN) prevaleceria sobre a regra geral (art. 173), contrapondo que o art. 173 do CTN trata de um lançamento de ofício, direito legal reservado ao fisco, de aferir a regularidade das operações efetuadas pelo sujeito passivo, e portanto a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo este o entendimento adotado pelo art. 965, I, do RICMS.

Quanto ao mérito, relativamente à alíquota das operações com Deo Alfazema Kanitz Classic, Deo Col Belle Nature Alfazema, Deo Col Belle Nature Lavanda, Deo Colônia Alfazema Suissa, Deo Colônia Lavanda Acalu, Deo Colônia Seiva do Campo Alf e Deo Colônia Seiva do Campo Alf, o fiscal diz que as Notas Fiscais de entrada das deo colônias foram originárias de transferências internas e nelas não está grafada qualquer identificação de NCM, e sendo assim a identificação do termo “deo colônia” e a existência de destaques e consequente aproveitamento de crédito com o percentual de 27% estariam a indicar a natureza do produto, como bem ilustram as Notas Fiscais acostadas aos autos.

O autuante considera descabidas as alegações de inobservância da origem do leite, quanto a ser produzido dentro ou fora do Estado, haja vista que, por se tratar de transferências internas daquela mercadoria (leite longa-vida), as Notas Fiscais não trazem logicamente a identificação da origem, ou seja, da localidade de fabricação dos produtos, mas é possível identificar por exclusão quais as marcas não produzidas dentro do Estado, e portanto não autorizadas a usufruir os benefícios fiscais de redução da base de cálculo concedidos através do art. 1º do Decreto nº 7.826/00, de modo que descabem as alegações do autuado.

O fiscal refuta também a alegação do autuado de que não teria sido especificado se o leite foi produzido dentro ou fora da Bahia, observando que a quarta linha do item 3 da fl. 1 contém a informação que a defesa considera como omitida pelo autuante. Aduz que, a fim de provar que o leite longa-vida das diversas marcas arroladas no lançamento foi produzido em outros Estados, fez juntada do anexo 12, contendo cópias das embalagens dos produtos, dando conta dos endereços dos respectivos fabricantes.

Com relação à alegação da improcedência da cobrança de ICMS sobre o leite de cabra longa-vida, o fiscal pondera que, sob o aspecto teleológico da questão, por se tratar de um produto de luxo, voltado para os extratos sociais mais elevados, com custo de aquisição praticamente três vezes mais elevado que o leite longa-vida de vaca, não poderia ser beneficiário do favor fiscal da isenção, e portanto tal produto não há de ser abarcado pelo generalismo evocado pelo autuado através do art. 14, XVIII [do RICMS], cujo “espírito da lei” deve ser interpretado como leite comum, não passível do “envase” como leite longa-vida, sendo este o beneficiário da isenção pretendida equivocadamente pelo autuado.

Aduz que, em face das alegações do autuado, admitindo-se a hipótese de que o leite longa-vida tivesse como origem outros Estados e que ainda assim seria improcedente a cobrança com “alíquota majorada” (17% em detrimento de 7%) sobre os produtos fabricados dentro do Estado, sob pena de ofensa aos arts. 150, V, e 152 da Constituição, o fiscal diz que deixa de se manifestar a respeito dessa questão porque a análise de matéria de cunho constitucional extrapola o seu campo de competência legal, e tal vedação também alcança o julgador administrativo.

Opina pela manutenção dos lançamentos em sua totalidade, “deduzidos, todavia, os valores reconhecidos e pagos” [sic].

Intimado do teor da informação fiscal, o contribuinte manifestou-se (fls. 1199/1201) argumentando que o autuante teria tentado mudar a motivação da autuação do item 1º, ao falar dos créditos fiscais das transferências. No tocante ao item 2º, especificamente quanto ao leite de cabra (Leite Int Cabra Capr), o autuado transcreve trecho da informação fiscal acerca da interpretação por ele feita sob o aspecto teleológico, onde o fiscal conclui que aquela mercadoria não poderia ser abarcada pelo generalismo evocado pelo contribuinte, com base no art. 14, XVIII, e rebate que o generalismo está sendo empregado é pelo autuante, pois o art. 14, XVIII, é claro no sentido de que de 25.10.00 até 31.12.08 o leite de cabra é isento, e o dispositivo em apreço não faz distinção se o leite é tipo longa-vida ou não, mas apenas menciona que a operação com leite de cabra é isento, e consoante o art. 111, II, do CTN a isenção deve ser interpretada literalmente. Aduz que o item 2º deste Auto, no que tange à aquisição de leite de vaca longa-vida, é matéria exclusivamente de direito, tanto assim que não houve esclarecimento ou fato novo apurado pelo autuante, mantendo-se inalterada a situação jurídica que se apresentava no momento da apresentação da impugnação, e por essas razões reitera os termos da defesa inicial.

Foi determinada a remessa dos autos em diligência à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho (fls. 1209-1210) a fim de que fosse elaborado demonstrativo excluindo-se, tanto no item 1º quanto no item 3º, se fosse o caso, os valores relativos a: a) lavanda e seiva-de-alfazema, ainda que os termos “lavanda” e “seiva-de-alfazema” sejam precedidos ou acrescidos de expressões comerciais tais como “deo”, “deo colônia”, “deo col”; b) operações com leite longa vida produzido neste Estado; c) leite cujas saídas sejam isentas de ICMS, se for o caso, atentando-se nesse sentido para a natureza e características dos produtos (leite) e o tratamento fiscal

dispensado à espécie nos termos dos arts. 14, XII, e 465 do RICMS; d) leite de cabra (ainda que do tipo longa vida), haja vista a previsão do art. 14, XVIII, do RICMS. Na mesma diligência, tendo em vista que tanto no item 1º quanto no item 3º a autuação diz respeito a operações com colônia, deo colônia, água-de-colônia, leite longa vida, óleo de girassol e bebida láctea Oi, foi solicitado que fosse analisado se os valores do item 3º não estariam embutidos no lançamento do item 1º, ou vice-versa, recomendando-se que caso houvesse duplicidade de lançamento fossem elaborados demonstrativos excluindo o que porventura tivesse sido lançado a mais.

Em cumprimento à diligência, a auditora responsável pela revisão prestou informação (fls. 1212/1214) assinalando que excluiu os valores relativos a lavanda e seiva-de-alfazema, ainda que precedidas ou acrescidas das expressões comerciais “deo”, “deo colônia” ou “deo col”. Quanto às operações com leite longa-vida, a auditora informa que as planilhas fiscais relacionam as marcas Betânia, Zero, Parmalat, Manacá, Ibituruna, Total e Batavo, todas produzidas por indústrias estabelecidas fora do Estado da Bahia, conforme documentos às fls. 1178/1192, tendo o contribuinte sido autuado por ter dado saídas àquela mercadoria aplicando carga efetiva de 7%, em vez de 17%, sendo que o art. 1º do Decreto nº 7.826/00 estabeleceu a redução de base de cálculo do ICMS nas saídas internas de leite de gado de forma que a carga tributária fosse de 7%, sendo que com o Decreto nº 8.413/02, com efeitos a partir de 1.1.03, a redação daquele dispositivo restringiu a redução para apenas o leite fabricado neste Estado, e portanto no período fiscalizado a redução da base de cálculo é aplicável somente às saídas internas de leite tipo longa-vida fabricado na Bahia. Informa que excluiu as operações com leite de cabra, ainda que do tipo longa-vida, haja vista a previsão do art. 14, XVIII, do RICMS. Quanto à segunda solicitação da diligência, a auditora explica que o item 3º é resultante do levantamento relativo às operações com as mesmas mercadorias do item 1º, mas se referem a períodos distintos. Conclui pontuando os ajustes efetuados, remanescendo os seguintes valores (fl. 1278):

- a) exercício de 2004, R\$ 6.492,99;
- b) exercício de 2005, R\$ 7.869,80;
- c) exercício de 2006, R\$ 30.031,96.

Quanto ao item 3º, informa que, feitos os ajustes, remanesceram os seguintes valores:

- a) maio de 2004, R\$ 1.289,20;
- b) maio de 2005, R\$ 1.545,91.

Dada ciência ao contribuinte do resultado da diligência, ele se manifestou (fls. 1287/1295) insistindo na improcedência do saldo remanescente do item 1º, reclamando que faltou a exclusão do produto Colônia Johnson Baby 100ml, pois se trata de lavanda, conforme se constata pela foto anexa. Em relação aos produtos com leite, argumenta que, mesmo que houvesse comprovação de que o leite foi fabricado em outro Estado, o que nega, ainda assim seria incabível dizer-se que a saída do leite não goza da redução da base de cálculo por ter sido adquirido fora do Estado, porque isso confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado, estabelecendo limite ao tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, providência que sustenta ser expressamente vedada no art. 150, V, e no art. 152 da Constituição, e em afronta ao preceito do art. 1º, não podendo haver limitação de tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais. Argumenta que, além disso, o art. 152 veda que se estabeleça diferença tributária entre bens e serviços, e como se não bastasse a violação aos arts. 1º, 150, V, e 152, o princípio da isonomia, consagrado nos arts. 5º e 150, II, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Quanto aos valores remanescente do item 3º, informa que efetuou o pagamento do débito relativo a maio de 2005, porém não aceita a cobrança de maio de 2004, haja vista que aquele período foi alcançado pela decadência. Considera que deva ser realizada perícia ou diligência para ser verificado se a Colônia Johnson Baby é lavanda e se os produtos que se relacionam com o leite, por serem produzidos fora da Bahia, possuem tratamento diferenciado, e

se tal tratamento não afronta o art. 152 da Constituição. Tece considerações quanto à desproporcionalidade da multa aplicada. Reitera as considerações já feitas acerca do aplicação do princípio “in dubio pro contribuinte”. Reitera todos os pedidos formulados na impugnação, em especial a nulidade, e no mérito, o pedido da improcedência do Auto de Infração.

Foi determinada uma segunda diligência (fls. 1301-1302), a fim de que a ASTEC, em face da reclamação do contribuinte de que no caso do item 1º faltou excluir Colônia Johnson Baby 100ml, alegando que se trata de lavanda, fosse verificado se as mercadorias objeto do levantamento fiscal correspondem ao produto cuja ilustração se encontra à fl. 1297. Em caso positivo, considerando-se que ao nome do produto é acrescentada a expressão “lavanda”, deveriam ser excluídos também os valores correspondentes àquele produto.

A ASTEC prestou informação (fls. 1304-1305) dizendo que, quanto à alegação do autuado de que o produto Johnson Baby Lavanda 200ml corresponderia ao consignado no levantamento fiscal como Colônia Johnson Baby 100ml, não é possível afirmar com absoluta certeza que as mercadorias objeto do levantamento fiscal correspondem ao produto cuja ilustração se encontra à fl. 1297 porque a codificação e descrição da mercadoria em análise tiveram por base os arquivos magnéticos do próprio contribuinte, e portanto foi o próprio autuado quem descreveu a mercadoria como “Colônia Johnson Baby 100ml”, sem associá-la à expressão “lavanda”, como fez na descrição dos outros produtos constantes no levantamento fiscal.

Ao ter ciência do resultado dessa segunda diligência, o contribuinte voltou a manifestar-se (fls. 1314/1328) reclamando que na diligência havia sido determinada a reabertura do prazo de defesa (30 dias). Quanto ao resultado da diligência, em face da informação da impossibilidade de realizar a diligência requerida quanto ao produto Colônia Johnson Baby, alega que a resposta denuncia iliquidez e incerteza, uma vez que se a fiscalização não consegue comparar e identificar corretamente os produtos sobre os quais supõe ter havido divergência quanto às alíquotas aplicadas, tanto a presunção tributária figura impossível de ser confirmada, como ao contribuinte de realizar sua ampla defesa. Reitera os aspectos já expendidos na defesa e nas manifestações anteriores, inclusive os pedidos.

A Secretaria do CONSEF devolveu os autos à repartição de origem (fl. 1330) para cientificar mais uma vez o contribuinte do resultado da diligência, reabrindo o prazo de defesa (30 dias).

O contribuinte manifestou-se (fls. 1335-A/1349) repetindo em essência os termos do pronunciamento anterior.

## **VOTO**

Este Auto de Infração compõe-se de três lançamentos, tendo sido impugnados apenas os lançamentos dos itens 1º e 3º.

O autuado alegou em preliminar a ausência da documentação integral sobre a qual o autuante baseou 1º lançamento, reclamando que o fiscal anexou os documentos por amostragem. Os documentos reclamados são as Notas Fiscais e Cupons Fiscais do próprio contribuinte, os quais se encontram em seu poder, não havendo portanto cerceamento de defesa, sendo natural que seja anexada aos autos apenas uma amostragem. Supero essa questão.

Foi alegado também em preliminar que parte dos créditos tributários lançados já teriam sido alcançados pela decadência. Toma por fundamento o § 4º do art. 150 do CTN.

Não acato essa preliminar, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de serem lançados os créditos tributários objeto deste Auto. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O §

4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegua a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante *não fixa prazo à homologação*.

Passo ao exame do mérito.

O contribuinte reconheceu parcialmente a procedência do item 1º no tocante às mercadorias óleo de girassol, bebida láctea Oi, colônia e deo colônia, totalizando R\$ 18.345,75, e impugnou o lançamento referente a lavanda, alfazema e seiva de alfazema.

Não impugnou o 2º lançamento.

Com relação ao item 3º, o contribuinte reconheceu parcialmente a procedência, tendo porém contestado a acusação de erro na aplicação da alíquota das operações com leite, colônia, deo colônia, lavanda, alfazema e seiva de alfazema.

Em atendimento à reclamação do autuado de que no levantamento existem mercadorias que correspondem às categorias de lavanda, alfazema e seiva de alfazema, tendo juntado fotos dos produtos para demonstrar a existência de expressões nos rótulos indicando aquelas características, e tendo em vista a alegação de incerteza do lançamento quanto à origem do leite longa-vida e de inclusão no levantamento de operações isentas, foi determinada a realização de diligência a fim de que fosse elaborado demonstrativo excluindo-se, tanto no item 1º quanto no item 3º, se fosse o caso, os valores relativos a: a) lavanda e seiva-de-alfazema, ainda que os termos “lavanda” e “seiva-de-alfazema” sejam precedidos ou acrescidos de expressões comerciais tais como “deo”, “deo colônia”, “deo col”; b) operações com leite longa vida produzido neste Estado; c) leite cujas saídas sejam isentas de ICMS, se for o caso, atentando-se nesse sentido para a natureza e características dos produtos (leite) e o tratamento fiscal dispensado à espécie nos termos dos arts. 14, XII, e 465 do RICMS; d) leite de cabra (ainda que do tipo longa vida), haja vista a previsão do art. 14, XVIII, do RICMS. Na mesma diligência, tendo em vista que tanto no item 1º quanto no item 3º a autuação diz respeito a operações com colônia, deo colônia, água-de-colônia, leite longa vida, óleo de girassol e bebida láctea Oi, foi solicitado que fosse analisado se os valores do item 3º não estariam embutidos no lançamento do item 1º, ou vice-versa, recomendando-se que caso houvesse duplicidade de lançamento fossem elaborados demonstrativos excluindo o que porventura tivesse sido lançado a mais.

A diligência foi efetuada pela Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho. Feitos os ajustes recomendados por este órgão julgador, os valores remanescentes são os seguintes (fl. 1278):

Item 1º: a) exercício de 2004, R\$ 6.492,99; b) exercício de 2005, R\$ 7.869,80; c) exercício de 2006, R\$ 30.031,96. Total: R\$ 44.394,75.

Item 3º: a) maio de 2004, R\$ 1.289,20; b) maio de 2005, R\$ 1.545,91. Total: R\$ 2.835,11.

O autuado, não se conformando com o resultado da diligência, voltou a reclamar que não teria sido excluído do produto Colônia Johnson Baby 100ml. Foi determinada diligência para que a ASTEC verificasse se as mercadorias objeto do levantamento fiscal correspondem ao produto cuja ilustração se encontra à fl. 1297. Em resposta, a ASTEC informou não haver elementos que atestem a alegação do autuado, porque a codificação e descrição da mercadoria em análise tiveram por base os arquivos magnéticos do próprio contribuinte, e portanto foi o próprio autuado quem descreveu a mercadoria como “Colônia Johnson Baby 100ml”, sem associá-la à expressão “lavanda”, como fez na descrição dos outros produtos constantes no levantamento fiscal.

Não está demonstrada portanto a alegação do autuado.

Mantenho o resultado da primeira diligência, nos valores acima discriminados.

O autuado reclama ainda, relativamente ao leite longa-vida produzido noutros Estados, que, ao não ser admitida a redução de base de cálculo prevista para as operações internas, está havendo tratamento diferenciado em função da origem das mercadorias, estabelecendo-se limite ao



tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, e protesta que isso é vedado pelos arts. 150, V, e 152 da Constituição, e também afronta o preceito do art. 1º, pois a Constituição proíbe que se estabeleça limitação de tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais.

Tece considerações quanto à desproporcionalidade da multa aplicada.

Este órgão não tem competência para apreciar questões que digam respeito à inconstitucionalidade da legislação. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0001/09-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 152.028,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR