

A. I. Nº - 281424.0001/14-3
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-05/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida pelo contribuinte e objeto de posterior recolhimento aos cofres públicos. Manutenção das multas aplicadas. Não acolhida a tese da confiscatoriedade dos gravames. Penalidades expressamente previstas na lei de regência do ICMS. Impossibilidade do órgão julgador deixar de aplicar norma vigente no ordenamento ou declarar a inconstitucionalidade em razão de disposições expressas contidas no RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/03/2014, para exigir ICMS no valor total de R\$518.357,07, acrescido de multa, com as seguintes imputações:

IINFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Fatos geradores verificados entre janeiro de 2010 e dezembro de 2011. Demonstrativos: Anexo I e mídia em DVD-R. Valor exigido: R\$323.442,45. Multa: 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

IINFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Fatos geradores verificados nos exercícios de 2010 e 2011. Demonstrativos: Anexo II e mídia em DVD-R. Valor exigido: R\$194.914,62, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado pessoalmente do Auto de Infração em 28/03/2014 e ingressou com defesa administrativa em 28/04/2014.

Ressaltou inicialmente a tempestividade da medida e em seguida fez uma síntese da acusação fiscal.

No que se refere à infração 1 ponderou que na saída dos produtos “leite longa vida (diversas marcas), aplicou corretamente a alíquota de 7% em virtude do que dispõe o inc. XXIX, do art. 87, do RICMS/BA, com a seguinte redação:

Art. 87 – É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXXV – 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).

Entende que mesmo que o leite tenha sido adquirido em outra unidade da Federação, aplica-se também o mencionado dispositivo, porque incabível conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos no Estado.

Citou as disposições do art. 150, inc. V e art. 152, da Constituição Federal de 1988 e o princípio federativo contido no art. 1º, da Carta Magna, que vedariam competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os entes pertencentes à mesma Federação. Mencionou também o art. 150, V, da lei Maior, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer limitações ao 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”.

Transcreveu lições do constitucionalista prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Fez referência ainda ao princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da CF/88, que impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Mais à frente passou a abordar a questão atinente aos percentuais das multas aplicadas, de 60% e 100% sobre o valor do imposto. Sustenta que esses percentuais implicam no efeito confiscatório do patrimônio do contribuinte e em violação ao princípio da capacidade contributiva. Transcreveu decisão do STF, relativa a ADI nº 551/RJ.

Argumenta que a penalidade pecuniária deve ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação do dano presumido e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leva as empresas ao estado de insolvência. Reproduziu mais à frente lições de prof. Carlos Graça Wagner, para quem a penalidade tem finalidade de corrigir, não destruir. Nesse sentido reproduziu outras decisões judiciais acerca do tema, entre elas, o REO nº 01.16560-5/MG, do TRF da 1ª Região e o MAS nº 79825/PE, do TRF da 5ª Região.

Disse que deve ser também levado em consideração o benefício da dúvida, conforme prescreve o art. 112 do CTN, norma cujo teor transcreveu na peça de defesa juntamente decisões judiciais que abordaram questões relacionadas à lei tributária com define infrações ou lhes comina penalidades, “interpretando-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida ... quanto a capitulação do fato e a natureza da penalidade aplicável (STF, RE nº 80.143/79 e STJ, Resp nº 38.997-SP, de 1995).

Ao finalizar a peça impugnatória formulou pedido pela decretação da IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em sua totalidade ou exclusão ou redução das multas de 60% (infração 1) e 100% (infração 2). Requereu ainda que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica de forma mais favorável à impugnante (art. 112 do CTN). Protestou, enfim, pela produção de todo os meios de prova permitidos em direito, juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção e tudo o mais que concorra para a prática da justiça e da busca da verdade material.

Os autuantes prestaram informação fiscal, apensada às fls. 159 a 164 dos autos. Após fazer uma breve síntese da autuação e das razões defensivas, declararam que nem ao autuante, nem ao CONSEF, cabe a análise da constitucionalidade do lançamento tributário, por expressa vedação contida no art. 167, inc. I, do RPAF/99.

Quanto ao disposto no art. 87, inc. XXXV, do RICMS/BA-97 afirmaram que fica evidente que para haver redução de base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Que a regra contida no RICMS deve ser interpretada de forma literal, não podendo resultar em dispensa de pagamento de tributo, a teor do art. 108, § 2º c/c o art. 111, do CTN.

Quanto à exigência fiscal criar óbices ao tráfego de mercadorias declararam ser entendimento reiterado do CONSEF a questão posta em debate nestes autos, como esclarece a decisão contida no ACÓRDÃO Nº 0056-05/14, da 5ª Jf, com o seguinte conteúdo:

“Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação ao tráfego de bens, não tem amparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal tem claramente objetivo de estimular a produção e a

circulação interna desse tipo de leite. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, sem o qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação interna de determinada mercadoria” (...)

Com relação à origem do “leite tipo longa vida” declararam que as únicas marcas comerciais fabricadas na Bahia são a VALEDOURADO e a ALIMBA que são produzidas pela empresa INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga e que essas marcas foram devidamente excluídas do roteiro de auditoria realizado na ação fiscal.

Que todas as demais marcas de “leite tipo longa vida” que integram a infração 1 são fabricadas fora do Estado da Bahia, conforme tabelas que integram os demonstrativos apensados aos autos e cópia em DVD-R. Salientaram que esses dados foram extraídos dos arquivos magnéticos do Sintegra, enviados à SEFAZ pelo estabelecimento I.E. nº 40.721.448 – BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (Centro Distribuidor da autuada).

Na questão de fundo consignaram que o entendimento desenvolvido na autuação é o que tem prevalecido no CONSEF, em reiteradas decisões, citando a título de exemplo, o ACÓRDÃO Nº 0293-02/12, da 2ª JJF, que julgou caso idêntico envolvendo a empresa autuada. Eis o teor de parte da decisão:

No tocante ao produto leite longa vida, quanto a alegação de que o estabelecimento teria direito à redução de base de cálculo condicionada à fabricação dentro do Estado limita o tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada, infringindo dispositivo constitucional, o mesmo já foi afastado no início do voto.

Não resta dúvida de que para haver redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia.

Tratando-se de norma de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo, a teor do art. 108, § 2º c/c o art. 111, CTN.

Entendo que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função da procedência ou do destino. De igual forma, não existe dúvida quanto à forma de tributação das mercadorias objeto da infração, logo, não existe possibilidade de se aplicar a interpretação em favor do contribuinte, como requerido pela defesa.

(....)

Logo, entendo que a infração deve ser mantida, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente”.

Pediram pela manutenção na íntegra da infração 1.

No tocante à infração 2 afirmaram que a autuada não formulou qualquer contestação aos trabalhos desenvolvidos pela fiscalização, com exceção da aplicação da multa de 100%. Pediram também pela manutenção deste item.

No que se refere às penalidades aplicadas os autuantes registraram que as multas estão todas previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, não havendo previsão legal que autoriza a não aplicação ou o afastamento da exigência fiscal, falecendo competência aos autuantes para se pronunciarem a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade de prescrições da lei.

Por fim, no que tange a aplicação da interpretação mais favorável disseram que a pretensão não pode prosperar, uma vez que não existem dúvidas acerca das infrações imputadas à autuada.

Ao concluir a peça informativa pediram pela Procedência total do Auto de Infração.

Às fls. 167 a 174 do PAF foram juntados relatórios com o pagamento parcial do Auto de Infração.

Em 23/05/2014 o contribuinte ingressou com petição nos autos reconhecendo como devida a totalidade da infração 2 e requerendo a juntada de DAE referente ao pagamento (doc. 1 – fl. 181), que fora realizado dentro prazo regulamentar de defesa, em 29/04/2014. Valor original: R\$194.914,62.

Em seguida afirmou que a despeito de ter apresentado impugnação em relação à infração 1, que trata do leite tipo “longa vida”, a requerente reconheceu como devida parte da infração que não

trata sobre esse produto e solicitou a juntada da DAE referente ao pagamento (doc. 2 – fl. 182), na importância, em valores originais, de R\$196.816,92. Outrossim, informou ainda que por um equívoco, o aludido pagamento referente à parte da infração 1 foi realizado em duplicidade conforme comprovante anexado (doc. 03 – fl. 184). Declarou em seguida que este pagamento indevido será objeto de pedido de restituição dirigido à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Cópia deste pedido encontra-se juntado às fls. 209 a 212 do presente processo.

Em nova petição protocolada em 25/09/2014, informando que após ser devidamente intimado pela SEFAZ acerca do pagamento em duplicidade, ocorreu apropriação indevida pelo sistema interno da Secretaria do pagamento efetuado, de modo que o Auto de Infração restou “baixado por pagamento” e ainda apresentou saldo credor, na cifra de R\$109.782,31.

Requeru o que segue:

- a) Que seja apropriado no presente Auto de Infração somente os pagamentos referentes à infração 2, no valor de R\$293.903,22 (imposto + acréscimos legais) e parte da infração 1, no valor de R\$300.181,70 (imposto + acréscimos legais).
- b) Que a impugnação protocolada pela empresa requerente seja encaminhada ao CONSEF a fim de que seja julgada parte da infração 1 relativa aos produtos “leite longa vida”.

VOTO

Inicialmente cabe consignar que a infração 2 foi objeto de reconhecimento de sua total procedência pelo contribuinte, conforme atesta a petição juntada às fls. 178/179 dos autos. Em relação a este item da autuação o contribuinte, em seguida, efetuou o pagamento do débito, cuja quitação se encontra demonstrada no DAE (documento de arrecadação estadual), apensado à fl. 181 e extratos do SIGAT, às fls. 168 a 170.

Na mesma petição, retro-citada, a impugnante reconheceu como devida parte da infração 1, em relação aos produtos não classificados como leite tipo “longa vida”, requerendo a juntada do DAE de quitação, apensado à fl. 182, que resultou todavia, no pagamento em duplicidade da parcela reconhecida, no importe, principal, de R\$ 196.816,92, mais acréscimos, que totalizou o valor de R\$293.903,22. O pagamento em duplicidade dessa parcela foi atestada pelos comprovantes anexados às fls. 183 e 184.

Em decorrência, o contribuinte através da petição protocolada em 06/06/2014 (fls. 209 a 212), requereu a restituição da parcela indevidamente recolhida, cujo mérito deverá ser apreciado pela autoridade fiscal competente nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Somente em discussão, portanto, parte da infração 1, relativa à exigência de ICMS relacionada às operações com os produtos “leite longa vida”, adquiridos em outras unidades da Federação.

Neste item é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na aplicação da alíquota, fato apurado nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que gera o resumo mensal dos itens do ECF e notas fiscais, cujos valores do débito de imposto são transpostos para o livro Registro de Apuração mensal do ICMS.

De acordo com o que dispõe o art. 87, XXXV do RICMS/BA, é atribuída à carga tributária de 7% nas saídas de “Leite Tipo Longa Vida”. A aludida carga tributária é alcançada através da redução de base de cálculo e, por sua vez, tal benefício é condicionado às saídas internas desse produto e desde que o mesmo seja fabricado no Estado da Bahia.

Quanto à arguição de que a forma de tributação do produto em pauta representa uma limitação do tráfego de bens, não tem aparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal tem claramente o objetivo de estimular a produção e circulação interna desse tipo de Leite. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados. Para estes incide uma carga

tributária diferenciada, sem a qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação dentro de Estado de determinadas mercadorias.

No que é pertinente à arguição de inconstitucionalidade, não há competência desse Contencioso Administrativo para julgar ou apreciar tais questões, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Por sua vez, em se tratando de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, nos termos do art. 111 do CTN (Código Tributário Nacional), não comportando aplicação da norma de forma ampliativa, para alcançar operações de circulação de leite com origem em outras unidades da Federação.

Declarou o autuante na informação fiscal que: *“com relação à origem do “Leite Tipo Longa Vida”, as únicas marcas comerciais FABRICADAS no Estado da Bahia são a VALEDOURADO e a ALIMBA, que são produzidas pela empresa INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS INDIOS S/A - ILPISA, estabelecida na cidade de Itapetinga, sob Inscrição Estadual nº 51.109.077 e CNPJ nº 09.342.379/0097-34. Estas duas marcas foram devidamente excluídas do roteiro de auditoria realizado pela fiscalização de forma a não constar nenhuma delas no relatório da Infração 2.*

Pontuou, em seguida, que todas as demais marcas de “Leite Tipo Longa Vida” que integram a Infração 1 são FABRICADAS fora do Estado da Bahia, conforme se pode observar na tabela denominada "Relação de Entradas no CD_Leite Longa Vida_01 a 04_2011, que se encontra no DVD-R de fl. 133, cuja cópia foi entregue à autuada (recibos fls. 144 a 177).

Por sua vez, é importante consignar que há farta jurisprudência neste CONSEF, em reiteradas decisões, sobre fatos idênticos aos constates da infração 1. A título de exemplo cito o ACÓRDÃO Nº 0056-05/14, da 5ª JJF, com o seguinte conteúdo, quanto a arguição de ilegalidade da cobrança:

“Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação ao tráfego de bens, não tem amparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal tem claramente objetivo de estimular a produção e a circulação interna desse tipo de leite. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, sem o qual não se alcançaria a finalidade desse ou de outros benefícios que objetivem o estímulo da produção e circulação interna de determinada mercadoria” (...)

Na questão de fundo ou de mérito, reproduzo o entendimento desenvolvido no ACÓRDÃO Nº 0293-02/12, da 2ª JJF, que julgou caso idêntico envolvendo a empresa autuada. Eis o teor de parte da decisão:

No tocante ao produto leite longa vida, quanto a alegação de que o estabelecimento teria direito à redução de base de cálculo condicionada à fabricação dentro do Estado limita o tráfego de bens por meio de uma carga tributária majorada, infringindo dispositivo constitucional, o mesmo já foi afastado no início do voto.

Não resta dúvida de que para haver redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia.

Tratando-se de norma de benefício fiscal a interpretação deve ser literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo, a teor do art. 108, § 2º c/c o art. 111, CTN.

Entendo que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função da procedência ou do destino. De igual forma, não existe dúvida quanto à forma de tributação das mercadorias objeto da infração, logo, não existe possibilidade de se aplicar a interpretação em favor do contribuinte, como requerido pela defesa.

(....)

Logo, entendo que a infração deve ser mantida, uma vez que restou comprovado que o autuado realizou diversas reduções de base de cálculo sem observar o previsto na legislação baiana. Infração subsistente”.

No que se refere às multas aplicadas, nos percentuais de 60% e 100%, encontram-se as mesmas prevista na legislação do ICMS, em dispositivos contidos na Lei nº 7.014/96, citados no Auto de Infração, sendo vedado ao órgão administrativo de julgamento deixar de aplicar norma vigente no ordenamento (art. 167, incs. I e III, do RPAF/99). Não acolho, portanto, a tese da confiscatoriedade das penalidades lançadas no Auto de Infração.

Ademais, a própria Lei do ICMS da Bahia prevê em seu art. 45 reduções do valor das penalidades, graduadas em função do momento em que o contribuinte optar pelo pagamento do tributo devido. Foi o que ocorreu em relação à totalidade da infração 2 e parte da infração 1, que foram quitadas pelo contribuinte após apresentação da peça defensiva.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0001/14-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$518.357,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$323.442,45 e 100% sobre R\$194.914,62, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo os valores já recolhidos pelo sujeito passivo ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

ÂNGELO DE ARAÚJO MÁRIO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR