

**A. I. Nº** - 281424.0002/14-0  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 03/12/2014

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0228-05/14

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA LEGALMENTE PREVISTA SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Acolhidas parcialmente as arguições defensivas, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no presente caso as saídas; **b)** OMISSÕES DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b1)** RESONSÁVEL SOLIDÁRIO; **b2)** REPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações mantidas integralmente, reconhecidas pelo impugnante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2014, reclama ICMS no total de R\$848.042,44, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 01 deste Auto de Infração, cuja cópia foi entregue, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R. Valor Histórico de R\$315.385,70. Multa de 60%. Art. 42, II, "a";

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a 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. Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 02 deste Auto de Infração, cuja cópia foi entregue, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R. Valor Histórico de R\$421.491,13. Multa de 100%. Art. 42, III;

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 03 deste Auto de Infração, cuja cópia foi entregue, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R. Valor Histórico de R\$38.970,03. Multa de 60%. Art. 42, II, "d";

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e,

consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 04 deste Auto de Infração, cuja cópia foi entregue, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R. Valor Histórico de R\$72.195,58. Multa de 100%. Art. 42, III.

O autuado apresenta defesa através de seu advogado habilitado, às fls. 209 a 218, inicialmente, relata quanto à tempestividade da impugnação e descreve os fatos, as imputações e reconhece as infrações 2, 3 e 4.

Alega quanto à aplicação correta da alíquota de 7% para o produto "leite tipo longa vida" (LEITE UHT INTEG B GOST 1L; LEITE UHT SEMI DESN B GOST 1L; LEITE UHT DESNATADO B GOST 1L; LEITE SEMI DESNATADO BATAVO 1L; e LEITE LV INTEG BATAV 1000ML), em virtude do que dispõe o inciso XXXV, do art. 87 do RICMS/BA - Transcreve o dispositivo.

Diz 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, porque é 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 CF/88 e em afronta o preceito consagrado no art. 1º, da CF/88 quando dispõe que *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”*.

Disse que estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna. Trás à discussão o preceito do art. 150, V, da Carta Magna, 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.”* Cita ensinamento do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (extraído da obra A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, pág. 1049)

Esclarece que o art. 152, veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, leciona o Prof. Pinto Ferreira, que *“torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.”* (extraído da obra A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, pág. 1049).

Afirma que não bastasse a violação aos arts. 1º, 150, V e 152, o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição Federal também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Atente-se que o princípio da isonomia permeia todo o sistema jurídico e está sendo ignorado pelo Autuante, o que não pode contar com o crivo desse órgão julgador. Ressalta que, de fato, ao conferir o privilégio de “redução de 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, atropela, claramente, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e art. 150, II, da Carta Magna. Para os Professores Ives Gandra e Celso Bastos, em sua obra *“Comentários à Constituição do Brasil”*, sendo esta razão pela qual improcede, nesta parte, o Auto de Infração.

Assim, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal totalmente ilíquida e incerta.

Impugna quanto à alíquota de 12% para Produtos de informática, pois a iliquidez da infração 1 é ampliada quando o Fiscal Autuante inclui entre os itens que, segundo ele, devem ser tributados

com alíquota de 17% vários produtos de informática para os quais o Regulamento determina alíquota de 12%, conforme dispõe o art. 87, incisos V, XLIV do RICMS/BA.

Relata que reconhece o equívoco cometido em ter aplicado alíquota de 7%, nas saídas dos produtos de informática que lista a seguir, entretanto, entende indevida a alíquota aplicada pelo Fiscal Autuante, tendo em vista que não corresponde ao que a lei determina. Destarte, efetuou o recolhimento do ICMS de tais mercadorias, aplicando a alíquota devida de 12% e pugna pela improcedência da autuação, no que tange à diferença. Lista os produtos que contém tal situação, fls. 214/215.

Alega, ainda, quanto à multa aplicada, que não obedece ao princípio da proporcionalidade e é confiscatória. Frisa que a finalidade da imposição de multa é aplicar a justiça fiscal e desencorajar a transgressão à legislação tributária, não se prestando para prejudicar àqueles que se dispõem a cumprir inteiramente com as obrigações tributárias.

Reitera que não pode o Fisco esquecer que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, posto que acaba por transferir ilegalmente parte substancial do patrimônio da Reclamante para o Estado, no que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88). Tal fato é observado em todas as penalidades propostas relativas à Infração 1, 2 e 3. Nessa toada, cita julgado do Supremo Tribunal Federal. (ADI 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58) tem reiterado decisões sobre multas dessa natureza, por seu caráter confiscatório.

Assevera ser evidente que a vedação do art. 150, IV da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte.

Desse modo, complementa, a penalidade pecuniária deve ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve empresas ao estado de insolvência.

Transcreve a lição do Prof. José Carlos Graça Wagner, *“a penalidade tem a finalidade de corrigir, não de destruir. O ato ilícito pode ser punido até o limite de sua própria substância, de tal modo que não só de nada aproveite a quem o praticar como também perca tudo quanto envolveu na prática daquele ato. Todos os valores utilizados no ato ilícito para obtenção do resultado pretendido bem como os que dele sejam provenientes podem ser objeto da penalidade pecuniária que, todavia, não pode ultrapassá-los para alcançar os que provêm de operações lícitas.”* (in Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 4, Sanções Tributárias, Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 329). Nesse sentido aponta a jurisprudência mais inteligente (TRF da 1ª Região, REO nº. 01.16560-5/MG, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ de 25.02.91, p. 2.856). De todo modo, diante dos fatos, jurisprudência e doutrina citados, é indubitosa a afirmação de que as multas aplicadas além de confiscatórias, ultrapassam o limite da razoabilidade e da proporcionalidade. E, em razão disso, a Autora invoca precedente do e. STF que determina a redução nesses casos. Sendo, portanto, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, as multas impugnadas são agressivas ao patrimônio da Autora, de forma que também por essa razão a multa deve ser cancelada ou, no mínimo, reduzida.

Protesta quanto *"In dubio" pro contribuinte*. Sustenta que leva em consideração o benefício da dúvida. Cita o art. 112, do CTN, no qual deixa claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte e reproduz entendimento dos Tribunais Superiores (STF, RE nº 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825; STJ, RESP nº 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561).

Assim, pontua que o direito está preenchido certeza e de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Pede e requer que seja dado provimento a presente Reclamação, para que seja decretada a Nulidade e/ou Improcedência do Auto de Infração, *sub examine*, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal. Caso não seja esse o entendimento, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, requer que seja afastada a multa proposta ou, no mínimo, reduzida e, caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Reclamante (art. 112 do CTN).

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria e inspeção.

Na informação fiscal, às fls. 241/247, o autuante verifica que o contribuinte só impugna a infração 1. Informa que a Autuada efetuou pagamento parcial, impugnando o lançamento em relação aos produtos "leite tipo longa vida" e "aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática".

Aduz que em relação à saída de "Leite Tipo Longa Vida" com uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, o autuado infringiu-se o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NESTE ESTADO.

Quanto à alegação que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. O benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Quanto à alegação de que a Constituição não permite tal distinção, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, explica que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'I' faz esta restrição. Reproduz também o Art. 87, XXXV, do RICMS/97/BA, o qual reduz a base de cálculo quando o produto é fabrica no Estado da Bahia.

Sustenta que ficar evidente que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN. Noutro giro, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Transcreve reiterando o entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JF Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.

Pontua 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 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 nos relatórios da Infração 1 e, que todas as demais marcas de "Leite Tipo Longa Vida" e que integram a Infração citada são FABRICADAS fora do Estado da Bahia. Esse também tem sido o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões sobre o mesmo assunto. Assim é que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão através do ACÓRDÃO JF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa Autuada ratifica o entendimento do autuante.

Assim, afirma que não devem ser acolhidos os argumentos da Autuada em relação ao produto "leite tipo longa vida".

Quanto aos produtos de informática, reconhece acertadamente a impugnação em relação à cobrança fiscal com base na alíquota de 17%, referente ao exercício de 2010. Diz que os produtos de informática elencados na defesa, fls. 214 e 215, deveriam ter seu ICMS calculado de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%, o que não foi observado pelo autuante.

Assim, junta demonstrativo "Infração 1\_IE Nº 22887463\_Erro na Determinação da Alíquota\_ECF\_2010" foi refeito, passando a infração 1 (exercício de 2010) ter os seguintes valores históricos:

<b>AI 2814240002/14-0 - IE 22887463 - BOMPREGO BAHIA SUP LTDA</b>	
<b>INFRAÇÃO 1 - ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA - EXERCÍCIO 2010</b>	
<b>MÊS DE REFERÊNCIA</b>	<b>VALOR HISTÓRICO DO ICMS (R\$)</b>
JAN/2010	12.860,33
FEV/2010	13.913,13
MAR/2010	14.978,30
ABR/2010	15.333,04
MAI/2010	13.408,36
JUN/2010	9.146,13
JUL/2010	12.409,84
AGO/2010	18.765,37
SET/2010	12.841,40
OUT/2010	8.504,84
NOV/2010	8.800,78
DEZ/2010	6.975,53
<b>TOTAL - EXERC 2010</b>	<b>147.937,05</b>

Assevera que para o exercício de 2011, os produtos de informática foram cobrados corretamente de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%, conforme se observa no demonstrativo "Infração 1\_IE Nº 22887463\_Erro na Determinação da Alíquota\_ECF\_2011". Assim, a infração 1 passa a ter o seguinte valor total:

<b>AI 2814240002/14-0 - IE 22887463 - BOMPREGO BAHIA SUP LTDA</b>	
<b>INFRAÇÃO 1 - VALOR TOTAL</b>	
<b>EXERCÍCIO</b>	<b>VALOR HISTÓRICO DO ICMS (R\$)</b>
2010	147.937,05
2011	106.982,11
<b>TOTAL - INFRAÇÃO 01</b>	<b>254.919,16</b>

Diante deste fato, disse que foi gerado um novo demonstrativo para o exercício de 2010, anexado a esta informação fiscal, impresso e em mídia tipo DVD-R, que será entregue à Autuada para, querendo, se manifestar no prazo de 10 dias. Salienta que a Autuada efetuou, acertadamente, o cálculo e o recolhimento do ICMS já com base nos novos valores concernentes ao material de informática, ficando pendente de pagamento, exclusivamente, na infração 1, os valores referentes ao produto "leite tipo longa vida", conforme já explicitado no item 1 desta informação fiscal.

Com relação às infrações 2, 3 e 4, não houve contestação por parte da Autuada, tendo a mesma, inclusive, efetuado o recolhimento das citadas infrações.

Em relação ao requerimento de que não seja aplicada a multa, ou, no mínimo reduzida, em virtude de achá-la abusiva, com nítido caráter confiscatório, pois ultrapassa o limite da razoabilidade, pontua que o Defendente não especifica qual das multas acredita ser confiscatória. Foram aplicadas, neste auto de infração, as seguintes multas: de 60% (infrações 1 e 3) e de 100% (infrações 2 e 4).

Salienta que as referidas multas de 60% estão previstas no artigo 42, inciso II, alínea "a" e alínea "d", da Lei nº 7.014/96, para as infrações 1 e 3, respectivamente; já as multas de 100% estão amparadas pelo artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, para as infrações 2 e 4. Sustenta que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou redução pleiteada, e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação da Impugnante.

Por fim, quanto ao pedido de aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, afirma que não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto às infrações imputadas à Autuada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

Conclui que, com pertinência, os produtos de informática com cobrança fiscal com base na alíquota de 17%, referente ao exercício de 2010, quando deveriam ter seu ICMS calculado de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%. Reafirma que elaborou um novo demonstrativo com a devida revisão desses produtos, passando o novo valor histórico devido da

infração 1 a ser de R\$254.916,16, fls. 248/251. Quanto às demais arguições não merecem guarida pelo que já restou demonstrado. Assim, requer o autuante a Procedência Parcial da infração 1 e, consequentemente, o Auto de Infração., sendo procedente as infrações 2, 3 e 4.

Na manifestação, fls. 257/260, o autuado salienta que a despeito da alteração realizada pelo fiscal Autuante, retirando parte do lançamento realizado através do Auto de Infração, observou que não merecem acolhimento os argumentos apresentados, para manter a infração 1, no tocante à alíquota usada pela Impugnante, nas operações com leite longa vida. Diz ser um verdadeiro absurdo manter cobrança de crédito tributário em total discordância com os ditames constitucionais.

Disse que diante do art. 1º, da CF/88 de que *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”*, bem se vê que o Constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Volta a trazer a baila da controversa o art. 150, V, da Carta Magna, 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.”* Comentando esse dispositivo, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Trás, também, o art. 152, da CF/88 *“É vedado 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”*, sobre o qual, leciona o Prof. Pinto Ferreira, que *“torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.”* (in A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, p. 1049).

Além do que, frisa que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Atente-se que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Argui que, de fato, ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de 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, atropela, claramente, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Declara que os fundamentos trazidos na informação fiscal em nenhum momento infirmam o tratamento diferenciado conferido aos produtos advindos de fora do Estado, favorecendo o produzido internamente, em afronta aos arts. 150, incs. II e V, e 152, todos da Carta Magna, não há como ser mantida a acusação, devendo o auto ser julgado improcedente.

Reitera os termos da Impugnação e requer que a acusação fiscal seja declarada integralmente improcedente pelos fundamentos de fato e de direito que foram expostos. Ainda, requer que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica à Impugnante, tal como preconiza o art. 112 do CTN. Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, como acima exposto, assim como vistoria e inspeção.

O autuante, em nova informação fiscal, às fls. 263/264, informa que o autuado não traz aos autos novos fatos ou considerações. Pontua que o tema já foi exaustivamente explanado na informação fiscal de fls. 241 a 253, sendo inquestionável a procedência da infração.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme já exposto na informação fiscal

anterior.

Nas fls. 267/270, constam extratos de pagamento e reconhecimento total das infrações 2, 3 e 4, e, parcial da infração 1 no valor total de R\$705.748,35.

## VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 4 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas, em relação às quais o sujeito passivo reconhece e efetua o pagamento das infrações 2, 3 e 4, e apresenta impugnação parcial quanto à infração 1.

Assim, quanto às infrações 2, 3 e 4, tendo em vista o reconhecimento e pagamento efetuado pelo sujeito passivo, bem como terem sido exigidas em consonância com o devido processo legal, cabe a procedência das mesmas.

O sujeito passivo alinha em seus pedidos a arguição genérica de nulidade, contudo sem indicar objetivamente quais aspectos formais foram descumpridos. Verifico, assim, não caber acolhimento a tais arguições na medida em que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Na informação fiscal, às fls. 241/247, o autuante verifica que o contribuinte só impugna parcialmente a infração 1. Informa que a Autuada efetuou pagamento parcial, impugnando o lançamento em relação aos produtos "*leite tipo longa vida*" e "*aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática*".

A infração 1 foi imputada em razão de o sujeito passivo ter recolhido a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Acusa o autuante que o sujeito passivo aplicou indiscriminadamente a alíquota de 7% nas saídas internas de "Leite Tipo Longa Vida", seja ou não fabricado no Estado da Bahia. O autuado, quanto a essa acusação, não contesta o fato de ter aplicado a alíquota indiscriminadamente, independente da origem de fabricação, contudo argui que tal distinção viola a Constituição Federal que não permite limitações ao tráfego de bens, além de tal distinção ferir o princípio da isonomia.

Verifico que o art. 87, XXXV do RIMCS/97, traz a normatização de um benefício nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, para que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

*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);

Cabe, portanto, verificar se a origem do leite do "Leite Tipo Longa Vida", alvo da presente exigência tributária, foi dos fabricantes estabelecidos no Estado da Bahia, pois é essa a condição imposta para o já aludido benefício. Demonstra o autuante que 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, as quais foram excluídas do roteiro de auditoria realizado pela fiscalização de forma a não constar nenhuma delas nos relatórios da Infração 1 e, que todas as demais marcas de "Leite Tipo Longa Vida" que integram a Infração citada são FABRICADAS fora do Estado da Bahia.

Diante da informação fiscal, constando tais considerações, o autuado não consegue, como já dito,

demonstrar que a origem do leite, alvo da redução de carga tributária por ele aplicada, se originou de fabricantes estabelecidos no estado da Bahia, portanto, fica evidente que não foi atendida a condição para a concessão do benefício. Muitas outras decisões desse CONSEF, acompanhando esse mesmo entendimento, foram registradas, a exemplo da indicada pelo autuante, constante do ACÓRDÃO da 2ª JF Nº 0293-02/12, bem como ACÓRDÃO dessa 5ª JF Nº 0056-05/14, em relação ao mesmo contribuinte.

O benefício fiscal, ora em questão, não obsta o livre tráfego de mercadorias entre as unidades federativas, restringindo-se a conceder redução de base de cálculo, assim como inúmeros outros que têm a mesma natureza, a determinados produtos fabricados no estado da Bahia, intencionando, claramente, estimular tal atividade dentro desse Estado, conforme alinha o autuado em sua peça defensiva.

Quanto à apreciação de constitucionalidade de dispositivos normativos brasileiros, ou a apreciação de princípios constitucionais, por oportuno, está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Em relação aos produtos de informática o autuante, acertadamente, reconhece a procedência dos argumentos alinhados na peça defensiva, visto que foi cobrado do autuado a alíquota de 17%, quando na verdade a alíquota devida ser a de 12%, referente ao exercício de 2010. Em outro dizer, o autuante deveria exigir a diferença do imposto, pago pelo autuado, com a alíquota de 7%, em relação à alíquota correta que seria 12% e não 17%, conforme consta nos anexos elaborados pela fiscalização.

Realmente, os produtos de informática elencados na defesa, às fls. 214 e 215, deveriam ter seu ICMS calculado de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%, conforme dispõe o art. 87, incisos V, XLIV do RICMS/BA.

O autuante, diante das arguições defensivas, reconhece o equívoco e corrige os demonstrativos já reproduzidos na informação fiscal, no que tange ao exercício de 2010, tendo em vista que para o exercício de 2011, os produtos de informática foram cobrados corretamente de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%, segundo se observa no demonstrativo "*Infração 1\_IE Nº 22887463\_Erro na Determinação da Alíquota\_ECF\_ 2010*", conforme fls. 245, 248 a 251 da informação fiscal, no qual transcrevo o demonstrativo:

AI 2814240002140 - IE 22887463	
INF. 1 - ERRO NA DETERM. DA ALÍQ - EXERC. 2010	
MÊS DE REFERÊNCIA	VL.R. HISTÓRICO DO ICMS
JAN/2010	12.860,33
FEV/2010	13.913,13
MAR/2010	14.978,30
ABR/2010	15.333,04
MAI/2010	13.408,36
JUN/2010	9.146,13
JUL/2010	12.409,84
AGO/2010	18.765,37
SET/2010	12.841,40
OUT/2010	8.504,84
NOV/2010	8.800,78
DEZ/2010	6.975,53
<b>TOTAL - EXERC. 2010</b>	<b>147.937,05</b>

Diante do exposto, acompanho os ajustes efetuados pelo autuante, não contestados pelo impugnante, cabendo serem exigidos, os valores a seguir, em relação à infração 1:

AI 2814240002/14-0 - IE 22887463 - BOMPREÇO BAHIA SUP LTDA	
INFRAÇÃO 1 - VALOR TOTAL	
EXERCÍCIO	VALOR HISTÓRICO DO ICMS (R\$)
2010	147.937,05
2011	106.982,11
<b>TOTAL - INFRAÇÃO 01</b>	<b>254.919,16</b>

Cabe destacar, ainda, que não verifico aplicação, no presente caso, do art. 112 do CTN, visto não albergar dúvidas que iniquem a uma interpretação mais favorável para o sujeito passivo.



A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua exclusão ou redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RFAF/BA.

É importante, mais uma vez, lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RFAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto, considero a infração 1 parcialmente procedente.

Voto, por conseguinte, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito corrigido, quanto à infração 1:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	315.385,70	254.919,16	60%
02	PROCEDENTE	421.491,13	421.491,13	100%
03	PROCEDENTE	38.970,03	38.970,03	60%
04	PROCEDENTE	72.195,58	72.195,58	100%
TOTAL		848.042,44	787.575,90	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0002/14-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$787.575,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$293.889,19 e 100% sobre R\$493.686,71, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RFAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR