

**PROCESSO** - A. I. Nº 281424.0001/14-3  
**RECORRENTE** - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0222-05/14  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 18/08/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0205-12/15

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. O Recorrente não nega a infração, e do ponto de vista do controle de legalidade nada há para reparar a Decisão recorrida, tendo em vista que nada foi acrescentado à impugnação inicial e a Procuradoria Fiscal se pronunciou no sentido de manter o julgamento de primeiro grau. O pedido do Recorrente é estritamente de ordem constitucional, o que colide com o art. 167, I do RPAF, que exclui do Conselho de Fazenda tal apreciação. Rejeitado o pedido de redução de multas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão de fls.216/21, que julgou Procedente o Auto de Infração em pauta, lavrado em 21/03/2014 com lançamento de ICMS no valor histórico de R\$518.357,07, acrescido de multas, em decorrência da constatação de 2 infrações, a seguir transcritas:

*INFRAÇÃO 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.*

*IIINFRAÇÃO 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.*

Após a apresentação da defesa (fls.126/34) e da correspondente informação fiscal (fls.159/63) a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

### 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.*

Em suma, a 5ª JJF entendeu que restou caracterizado o lançamento da infração 1, por conta da interpretação literal do dispositivo legal infringido, de que não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo do leite longa vida oriundo de outros estados, a teor do art. 108, § 2º c/c o art. 111, CTN.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.235/46), aduzindo que, conforme demonstrado na Impugnação outrora apresentada, não merece prosperar a autuação nos termos em que apresentada, pelo que a mesma deveria, em sua integralidade, ser anulada.

Que quanto à Infração 1, que versa sobre suposto erro da alíquota aplicada em vários produtos, a Requerente apresentou Impugnação objetivando questionar apenas a alíquota aplicada nos produtos “leite longa vida”, e reconheceu como devido o restante do montante cobrado da infração 1, que foi devidamente pago. Aduz que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal acabou por julgar procedente o Auto de Infração, e que o julgamento está equivocado, pois ignora a verdade material e a peculiaridade de cada produto.

Que o Estado de Bahia insiste na discriminação do Leite oriundo de outro Estado da Federação, estabelecendo limite ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, indo expressamente de encontro a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna. Assim, por atropelar o pacto federativo, é improcedente o Auto de Infração, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

Que pelo 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, 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.

Alega que 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 sofra tributação superior 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.

Em outras palavras, denuncia que a sistemática engendrada pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida à 7%.

Ilustra que recentemente, em um caso idêntico ao presente, o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, onde a SEFAZ/BA cobrava o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida.

Vejamos a seguir trecho da r. sentença:

*“(…) Nessas circunstâncias, a insatisfação da empresa requerente tem fundamento, no que tange à restrição, de ser ou não o leite longa vida de procedência da Bahia para que goze da redução da alíquota de 17% para 7%, uma vez que realmente agride os claros e taxativos comando da Constituição Federal. E se considerado que o benefício, sem a restrição se torna perfeitamente cabível, mais uma vez se apresenta positivo o fundamento da autora de ser aplicado ao caso concreto os termos do artigo 112 do CTN, no que se refere a interpretação mais favorável ao acusado. Assim, dentro dessa linha de desenvolvimento, impositivo a procedência do pedido, com a confirmação da liminar. JULGO, pois, PROCEDENTE o pedido autoral para declarar, como efetivamente declaro inconstitucional e sem aplicação no caso concreto, a restrição que limita benefício fiscal sobre a aquisição do leite longa vida ao Estado da Bahia e EXTINGO o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, ficando condenado o Estado da Bahia, ao ressarcimento das custas processuais e no pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante dos autos anulados, devidamente corrigido na forma da lei.”*

Que do exposto acima, por desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito, denota-se que caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência. O conflito encontra-se estabelecido aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, “g”, da CF/88 e o Decreto nº 7.826/2000, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Os diplomas citados são incompatíveis entre si (antinomia). Tanto o são que o Poder Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme Decisão supra transcrita.

Antinomia, segundo o renomado jurista Norberto Bobbio, é a *“situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.”* E acrescenta que *“as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade.”*

Que esse é exatamente o caso em questão, pois enquanto a Constituição permite uma tributação isonômica para operações internas e interestaduais, o Decreto Estadual proíbe, ficando restrito apenas as operações internas. Além do mais, em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra. *In casu*, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual. Deve-se, portanto, aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional.

Quanto às multas, ressalta que o Estado não sobrevive de multas e sim de impostos. Em razão disso, a multa não tem caráter remuneratório, mas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida pelo infrator. Nesses termos é inadmissível a imposição de multa desproporcional ao suposto ilícito cometido.

Que agrava ainda mais a situação do recorrente o estabelecimento de multas de 60% (infração 1) e 100% (infração 2) sobre o valor do imposto. Esquece o fisco que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência das penalidades aplicadas, além da exigência fiscal.

Nesses termos, as multas de 60% e 100% aplicadas só podem ser consideradas confiscatórias. Caso venha a prevalecer a pretensão manifestamente arrecadatória do fisco, contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional, o recorrente, na verdade, ficaria penalizada com um débito ilegal.

Diante do exposto, uma vez analisados e exauridos os fundamentos de fato e de direito desta peça Recursal, o recorrente requer que seja dado provimento a presente Recurso, para que seja decretada a nulidade/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 de Vossa Senhoria, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, requer que a multa proposta seja cancelada ou, no mínimo, reduzida. Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao Recorrente (art. 112 do CTN).

Às fls. 252/53 o autuante se pronuncia observando que o contribuinte pagou em duplicidade a parcela reconhecida da infração 1 e pediu restituição em 03/06/2014 conforme processo SIPRO 104582/2014-5 fls. (209/212), mantendo sua inconformidade com a parte contestada na infração 1 nas operações com leite longa vida.

Às fls. 255/56, em Parecer exarado pela Procuradoria Fiscal, esta considera que subsiste para apreciação apenas parte da infração 1, no que toca ao leite longa vida. Mas que encontra-se provado nos autos que o leite em questão foi adquirido em outros estados, e portanto não se aplicam a essas mercadorias a redução da carga tributária. Quanto às multas, esta se encontram, expressamente consignadas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Opina pelo Improvimento do Recurso voluntário interposto.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que questiona única e exclusivamente a questão relativa ao leite longa vida produzido em outros estados da Federação, na infração 1, e a as multas aplicadas nas duas infrações. A Junta de Julgamento se pronunciou no sentido de que pela legislação estadual, o Recorrente não faz jus à redução da base de cálculo que implica em redução da carga tributária a uma alíquota equivalente a 7%, nem tampouco às reduções de multa pretendidas, já que dizem respeito ao descumprimento de obrigação principal, e portanto, fora de sua competência, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Não há qualquer questionamento quanto à origem do produto, sendo incontroverso que foi adquirido fora do Estado da Bahia, mas tão somente um questionamento de Direito. Vejamos o que diz o RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores:

### *SUBSEÇÃO XII*

#### *Das Demais Hipóteses de Redução da Base de Cálculo*

*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);*

É indiscutível que a redução de base de cálculo, e por conseguinte, da carga tributária, equivale a uma isenção parcial, e portanto, é irretorquível o entendimento da 5ª JJF quanto à interpretação literal do dispositivo do RICMS/BA.

Toda a argumentação jurídica exposta pelo Recorrente trata de questionamento de eventual inconstitucionalidade do art. 87, XXXV do RICMS baiano, o que em princípio, afasta deste Conselho tal apreciação, nos termos do art. 167, I do RPAF e a Decisão judicial trazida aos autos, também não vincula a Decisão deste Órgão, cabendo ressaltar que o recorrente não é parte do citado processo judicial, mas a Wall Mart.

A jurisprudência deste Conselho tem apontado em decisões unânimes, a procedência dos autos lavrados em situações análogas, a exemplo do Acórdão CJP Nº 0276-13/13, de lavra do Eminentíssimo Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, que refutou as pretensões do Recurso Voluntário apresentado nos seguintes termos, em resumo:

*No que tange à quarta infração, inicialmente, em conformidade com o opinativo proferido pela PGE/PROFIS, entendemos não merecer guarida a alegação de conflito entre a legislação estadual que confere ao leite produzido dentro do Estado o benefício fiscal da redução de base de cálculo e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, visto que tal norma não sofreu qualquer pecha de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, a quem cabe pronunciar-se sobre tal matéria, além do que o benefício fiscal concedido, caracterizado pelo próprio Judiciário como isenção parcial, não ofende qualquer princípio constitucional. Por fim, vale aqui ressaltar que a regra inserta no art. 167, inciso I, do RPAF, expressamente veda a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, o recorrente não nega o cometimento da infração, restringindo sua argumentação à pretensa ofensa a princípios constitucionais, já acima devidamente rechaçada, pois inócua.*

*A infração que lhe foi imputada encontra-se perfeitamente caracterizada, pois em se tratando de vendas internas de leite tipo longa vida, fabricado em outra unidade da Federação, não se aplica a regra de redução de base de cálculo disposta no art. 87, XXXV, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo inciso foi*

*acrescentado pela Alteração 100 (Decreto nº 10984/08), que restringiu o referido benefício fiscal ao leite fabricado neste Estado.*

*Portanto, é indevida a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida adquiridos fora do Estado da Bahia, cujo benefício fiscal da redução de base de cálculo é concedido apenas ao leite produzido dentro do Estado da Bahia.*

Da mesma forma que no julgamento citado, o Recorrente aqui também não nega a infração, e do ponto de vista do controle de legalidade nada há para reparar a Decisão recorrida, tendo em vista que nada foi acrescentado à impugnação inicial e a Procuradoria Fiscal se pronunciou no sentido de manter o julgamento de primeiro grau. O pedido do Recorrente é estritamente de ordem constitucional, o que colide com o art. 167, I do RPAF, que exclui do Conselho de Fazenda tal apreciação. Assim, voto pelo Improvimento do Recurso.

Quanto à redução das multas, as razões argüidas, de inconstitucionalidade e de confisco, não procedem, pois o princípio constitucional invocado apenas veda a criação de tributo com efeito confiscatório e não se aplica às multas, sanções com objetivo inibitório para cometimento da infração tributária.

À época do protocolo do Recurso, nos termos do Art. 159 do RPAF, poderia ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, obedecendo a uma série de pré-requisitos, no parágrafo primeiro, entre eles é importante destacar o terceiro:

*§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:*

*(...)*

*III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;*

O sujeito passivo reconhece a ocorrência da infração, apenas pugna pela sua inconstitucionalidade, e pelo efeito confiscatório das multas, ficando assim entendido que o contribuinte autuado não preencheu os requisitos legais para obter a minoração prevista no art. 159 do RPAF, pois não há nos autos provas de que tenha agido com ausência de dolo, e ao contrário, tendo conhecimento da Lei, resolveu por ato de vontade, descumpri-la. As multas devem ser aplicadas com objetivo de inibir o cometimento das infrações e fica evidenciado que o Recorrente sequer demonstra intenção de reconhecer a legalidade e legitimidade do dispositivo legal infringido.

Face ao exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso apresentado.

#### **VOTO DIVERGENTE**

Peço vênias ao i. Relator para divergir quanto à sua posição decisória acerca da dispensa e/ou redução da multa, por discordar que faz-se preciso dirigir esse requerimento à Câmara Superior deste CONSEF ao apelo de equidade.

Como visto, trata-se de multa no percentual de 60% sobre o valor lançado originalmente de R\$323.442,46, por ter o autuado recolhido a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A hipótese sob foco se constitui em descumprimento de obrigação principal, e não de obrigação acessória. Isto é, não foi um dever instrumental que deixou de ser cumprido no prazo legal, mas sim o recolhimento do ICMS no valor correspondente à exação pago a menos. E como destacado no voto do i. Relator, o recorrente admite a ocorrência da infração. Não há, pois, controvérsia neste sentido e, conseqüentemente, quanto à responsabilidade que sobre ele recai.

Dentro desse contexto, foi por ele pleiteada a dispensa da penalidade, ou a sua redução. Para tanto, devo atentar para os efeitos da revogação do art. 159 do RPAF pelo Decreto nº 16.032, de 10/04/15, que conferia, até então, à Câmara Superior deste CONSEF, a competência material para apreciar e decidir sobre pedido nesse sentido.

Revogado o dispositivo regulamentar, e estando o feito em curso, sobranceira é a Constituição Federal que, sabidamente, assegura o devido processo legal do qual são vigas mestras a ampla defesa e o contraditório, que garante o direito de petição ao acusado, em geral, sendo certo que o processo administrativo fiscal deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, como instrumento de garantias do cidadão que é, conforme consagrado de forma cristalina na Constituição de 1988, a partir da qual imperam princípios relativos à Administração Pública contidos no artigo 37, “caput”, notadamente, o princípio do formalismo moderado e duplo grau decisório.

Entendo, portanto, que o pleito deve ser apreciado, a permitir que o recorrente exercite o contraditório e a ampla defesa mediante o julgamento em segunda instância, qual seja, por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, já que a competência material, com a revogação daquele dispositivo legal, ficou no âmbito do órgão julgador ordinário e não mais do extraordinário.

Poder-se-ia cogitar que o sujeito passivo, se o quiser, poderá provocar a d. PGE/PROFIS para mover Representação objetivando tal pleito, contudo, concluir neste sentido seria afrontar o princípio da razoabilidade e, sem dúvida alguma, o da economia e da celeridade processuais, e mais, seria um agir desconexo com as garantias constitucionais.

Nesta senda, é que, respeitando o direito de petição do contribuinte, de valer-se, lidimamente, do duplo grau de jurisdição ordinário, suprimida, repise-se, a competência da instância extraordinária, passo a apreciar o pedido de dispensa ou redução da penalidade.

Examinado o PAF, verifico que houve escrituração da documentação fiscal correspondente às operações mercantis, como também houve o pagamento do ICMS, a menos, o que, ao meu ver, espelha ausência de conduta comissiva ou omissiva resultante de má fé. Tampouco houve ato de cunho evasivo, sonegatório, do ICMS, o que me conduz ao acolhimento da pretensão recursal para reduzir a penalidade fixada originalmente no percentual de 60% para a 10%, a fim de manter o cunho educativo da sanção.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir a multa imposta na Infração 1 nos termos da presente fundamentação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0001/14-3**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA** devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Ildemar José Landin, José Antonio Marques Ribeiro, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE - Conselheira: Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR LANDIM – RELATOR

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - VOTO DIVERGENTE

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS