

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0003/14-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0055-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06/10/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida (art. 87, XXXV, RICMS BA) ou leite em pó (art. 87, XXI, RICMS BA) é restrita ao produto fabricado neste Estado, não alcançando leite modificado ou compostos lácteos). Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, não pode ser alargada para alcançar outros produtos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JF constante no Acórdão nº 0055-01/15, que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em razão do suposto cometimento de duas irregularidades, sendo objeto de Recurso voluntário apenas parte da primeira infração:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A planilha demonstrativa das mercadorias e dos respectivos cálculos encontra-se no Anexo 01, copia entregue ao autuado em mídia DVD-R. Exercício 2012. Valor R\$329.585,98 e multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 1ª JF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 94/97):

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração das duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo objeto da apreciação apenas a infração 01, uma vez que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento da infração 02 (R\$3.543,69), estando, pois, excluída da lide.

O sujeito passivo elabora questionamentos de cunho constitucionais sobre princípios tributários, sobre a discriminação entre contribuintes pelo fornecimento de bens em razão de sua procedência ou destino (art. 152, CF 88), de vedação ao confisco (art. 150, IV, CF 88), pede a aplicação do art. 112, CTN, da juntada posterior de provas, perícia ou diligência fiscal.

Indefiro o pedido de diligência ou perícia fiscal nos livros e documentos contábeis e fiscais do impugnante, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor, nos termos do art. 147, II, RPAF BA e ainda na existência de provas a favor de sua tese, deveria ter juntado ao presente processo administrativo fiscal, em homenagem à própria verdade material; indefiro a aplicação da interpretação benigna (artigo 112, CTN), regra que deve ser observada na existência da dúvida, do que não trata o presente caso.

Sobre a desproporcionalidade da multa aplicada decorrente do descumprimento da obrigação tributária, não tendo qualquer relação com confisco ou boa fé do contribuinte, mas com a realidade dos fatos, tendo em vista as razões retro anunciadas durante a ação fiscal, sobretudo, porque a multa reclamada encontra amparo na Lei 7.014, de 04.12.1996. Por óbvio que a multa em questão não subsistirá, caso não haja confirmação da infração apontada.

Finalizadas as alegações adjetivas, adentro nas questões de mérito.

A infração 1 acusa o autuado de recolher ICMS a menor tendo em visto erro na aplicação da alíquota cabível,

nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo com a discriminação de produtos comercializados pelo autuado, cujas saídas ocorreram sem a devida tributação, conforme demonstrativo fiscal eletrônico acostado aos autos no CD, fl. 35, entregue ao contribuinte, conforme recibo de fl. 34, relativamente às diferenças no recolhimento do ICMS nas saídas dos diversos produtos.

O autuado, nas razões, alega, ainda que houvesse comprovação de leite fabricado noutro Estado, não se pode negar a redução da base de cálculo, na hipótese, porque confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos neste Estado, o que afronta o limite ao tráfego de bens (art. 150, V e 152 CF/88). Argúi que o produto iogurte está sujeito ao regime da substituição tributária e encerrada a tributação nas saídas internas.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a arguição do sujeito passivo fundada na tese de que a limitação do benefício da redução da base de cálculo em relação às mercadorias produzidas neste Estado seja inconstitucional, não compete a esse órgão julgador, conforme previsão expressa do art. 167, I, do RPAF/BA, por conseguinte, inócua qualquer Decisão nesse sentido.

De fato, o RICMS-BA vigente, no art. 87, inciso XXXV, contempla as operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado) fabricado neste Estado com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Portanto, apenas nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), adquirido de fabricante estabelecido neste Estado, o contribuinte poderá utilizar o benefício estabelecido no dispositivo supra e aplicar a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Conforme mandamento do regulamento de ICMS abaixo descrito:

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 cediço que a jurisprudência dos tribunais têm firmado que os Estados não podem conceder qualquer tipo de vantagem envolvendo o imposto sem convênio prévio do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, considerando que o art. 155 da Constituição Federal atribui à lei complementar a função de regulamentar a forma em que os incentivos fiscais serão concedidos; a Lei Complementar nº 24/75, igualmente estabelece que benefícios fiscais dependerão de convênio prévio do CONFAZ.

No entanto, todos os Estados da Federação vêm concedendo vantagem de forma unilateral na defesa de seus interesses, objetivando estimular a atividade econômica dentro de seus territórios, preservando a competitividade e para não perder espaço para a concorrência exercida por outros Estados. O argumento final é que não se trata de incentivo fiscal para atrair investimento, mas de uma salvaguarda contra benefícios concedidos por outros Estados, nas operações interestaduais.

No caso concreto e analisando a infração, nos limites da minha competência, constato que ela se encontra correta, uma vez que restou suficientemente comprovado que o sujeito passivo, de fato, utilizou indevidamente o benefício previsto no art. 87, XXXV, RICMS, nas vendas de leite longa vida, em relação às mercadorias produzidas fora do Estado da Bahia. O incentivo estabelecido pela legislação do Estado da Bahia objetiva a redução do preço do produto para o consumidor final, incrementar a economia local pela ampliação da capacidade de produção da indústria baiana, além de não se destinar individualmente a uma empresa específica, mas a um setor importante da alimentação humana com baixo impacto na arrecadação, mas com alto potencial na escala de produção.

A própria escrituração fiscal do sujeito passivo atesta a origem do leite, cuja redução da base de cálculo foi constrangida, ao efetuar o registro das saídas com alíquota de 7%, como provam os documentos trazidos aos autos. Das diversas marcas do leite comercializadas pelo estabelecimento autuado, apenas a marca VALE DOURADO, distribuído pela Indústria de Laticínio Palmeira dos índios - ILPISA saiu de fábrica localizada no Estado da Bahia (Itapetinga) e a redução da base de cálculo está de acordo com o que estabelece o art. 87, XXXV do RICMS BA.

Identifiquei ainda no levantamento elaborado pelo Auditor Fiscal, de forma sintética (fl. 07/09) e integral, através da mídia CD (fl. 35) a discriminação de produtos NINHO FASES 1+, NINHO FASE 3+, NINHO FASE 5+, COMPOSTO ELEGÊ200G IDEAL, COMPOSTO LACTEO 200G, que também não estão beneficiados com a redução de base de cálculo (art. 87, XXI, do RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97) e devem ser regularmente tributados com a alíquota de 17%.

O produto iogurte, questionado pelo sujeito passivo, não está relacionado no relatório fiscal. Costa dos autos, o produto bebida láctea, que não é um iogurte, não está incluído no regime da substituição tributária e sua tributação sujeita-se também ao regime normal e, correto, também o procedimento fiscal.

Restou comprovado, portanto, que o sujeito passivo utilizou o benefício de forma indevida e correta a exigência na aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida originado de outro Estado, leite modificado, compostos ou bebidas lácteas. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do CONSEF que assim vem decidindo,

como o fez no Acórdão CJF Nº 0224-12/09.

Diante de tais pressupostos, entendemos que a redução da base de cálculo, objeto da presente lide é um benefício fiscal (isenção parcial) e por se tratar de matéria de nítido cunho excepcional à regra geral de incidência do imposto, as saídas com carga tributária reduzida não admitem interpretação extensiva, sendo vedado ao intérprete ampliar o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade, em homenagem ao próprio princípio legal. É o que expressa o artigo 111, do Código Tributário Nacional. Justamente, por isso, o autuado não poderia estender o benefício para além das saídas de margarina, como exprime o art. 87, XXXI, RICMS BA.

Subsistente a infração 01 e procedente é a exigência tributária de recolhimento a menos de ICMS, nas saídas das mercadorias consignadas no demonstrativo fiscal, no valor de R\$329.585,98.

Reconhecido item 01 pelo próprio autuado, PROCEDENTE é o presente Auto de Infração.

É o voto.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 108/118, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Alega que a saída de leite sem redução da base de cálculo, por ter sido adquirido fora do Estado, confere tratamento diferenciado aos produtos originários dentro do Estado.

Transcreve o art. 150, V da CF, que veda aos Estados “*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*”.

Adiante menciona que o art. 152 da CF veda aos Estados o estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Entende que a concessão de redução de base de cálculo para os produtos locais viola o princípio da isonomia.

Trascreve o posicionamento da doutrina e jurisprudência.

Questiona o caráter confiscatório da multa aplicada, que viola a capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade para, ao final, requerer que seja aplicado o princípio do “*in dubio pro contribuinte*”.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra da Dra. Maria José Ramos Coelho opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

Verifica a saciedade que tanto a imputação fiscal está clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual e nos demonstrativos dos autos, como o lançamento atende todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF.

Observa que todas as arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade constantes da súplica recursal devem ser rechaçadas, posto que, falece competência ao CONSEF a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme art. 167, I do RPAF.

Frisa que o princípio que veda a criação de tributos com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que possuem natureza jurídica diversa do tributo.

Registra que o requerimento de aplicação benigna não poderá ser acolhido, pois não há dúvida razoável quanto ao conteúdo da legislação.

Ressalta que a legislação prevê no art. 87, XXXV do RICMS que as operações internas com leite de gado tipo longa vida fabricado neste Estado são contempladas com redução de base de cálculo de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

Assim, considerando que os elementos dos autos comprovam que o contribuinte utilizou o benefício de forma indevida, opina pela manutenção da Decisão de piso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância que julgou

procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão do cometimento de duas infrações, das quais o Recorrente se insurge apenas de parte da primeira – recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Da análise do quanto trazido aos autos, entendo não haver reparos a fazer na Decisão recorrida.

O Recorrente não nega a ocorrência das infrações, mas tão somente questiona a legalidade e constitucionalidade do art. 87, XXXV do RICMS, que prevê redução da base de cálculo nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado.

Não assiste razão à recorrente, uma vez que a redução da base de cálculo prevista no art. 87, incisos XXXV alcança apenas as operações internas, ou seja, leite fabricado por indústrias localizadas no Estado da Bahia, o que não é o caso dos autos, pois adquiridos de outras unidades da federação, sujeitos, portanto, à alíquota interna de 17%.

Como bem pontuou a representante da PGE/PROFIS o requerimento de aplicação do art. 112 do CTN não poderá ser acolhido, pois não há dúvida razoável quanto ao conteúdo da legislação.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Afasto a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade, constante na peça recursal, em razão deste órgão colegiado não ter competência para declarar ilegalidade e inconstitucionalidade, consoante art. 167, I, do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0003/14-6**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$333.129,67**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS