

A. I. Nº - 281424.0003/14-6
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JUNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21.05.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-01/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** 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. Caracterizada a infração. **b)** DESENCONTRO ENTRE VALOR ESCRITURADO E RECOLHIDO. Infração não impugnada. Não acatada arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2014, para exigir ICMS no valor total de R\$333.129,67, tendo em vista a apuração das seguintes infrações:

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%.
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Os demonstrativos que fundamentam a infração encontram-se no Anexo 02, cuja cópia foi entregue ao autuado em mídia DVD-R, em janeiro de 2012. Valor R\$3.543,69 e multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação de fls. 43/51, discorre sobre a tempestividade das alegações e diz que enviou cópia de defesa para o endereço eletrônico acerca dos fatos que ensejaram a autuação, aduzindo que efetuou o recolhimento integral da infração 02 e parcial em relação à infração 01.

No primeiro item, diz que, segundo a fiscalização, o autuado “recolheu ICMS a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, ressalta que aplicou corretamente a alíquota de 7%, nas saídas de leite longa vida e leite em pó, conforme dispõe o art. 87, incisos XXI e XXV do RICMS (Decreto 6.284/97) e o correspondente art. 268, XXV do Decreto 13.780, além do Decreto 7.826/00 que reduz a base de cálculo em 58,825%.

Diz, ainda que houvesse comprovação de que o leite fora fabricado noutro Estado, que não é o caso, negar a redução da base de cálculo, por ter sido o mesmo adquirido fora do Estado, é incabível, porque confere tratamento diferenciado aos produtos produzidos neste Estado.

Lembra que tal entendimento afronta o limite ao tráfico de bens (art. 150, V e 152 CF/88) e que o constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os entes da mesma Federação.

Transcreve trecho da doutrina do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, extraído da obra “A Constituição na Visão dos Tribunais”, que relata a não diferenciação tributária do art. 152, da CF/88, além do princípio da isonomia, art. 5º e 150, II, CF 88, de Ives Gandra e Celso Bastos.

Com relação ao produto iogurte, diz que o mesmo está sujeito ao regime da substituição tributária (anexo I, item 21, RICMS BA), não estando sujeito à tributação nas saídas internas.

Diz que a multa aplicada não obedece ao princípio da proporcionalidade e é confiscatória. Cita, para respaldar sua tese a Constituição Federal (art. 150, IV, CF 88), a jurisprudência, a doutrina e pede que seja a mesma cancelada.

Pede que seja levada em consideração o benefício da multa do art. 112, CTN; a improcedência da infração; protesta pelos meios de provas admitidos em direito, inclusive a designação de perícia ou diligência fiscal..

O autuante presta informação fiscal de fls. 76/82. Explica com relação à saída de leite tipo longa vida, para que haja a redução da base de cálculo, o produto deve ser fabricado na Bahia. Sendo um benefício fiscal a regra deve ser interpretado literalmente e não deve resultar em dispensa do pagamento do tributo devido, a teor do art. 108, § 7, combinado com o art. 111, CTN.

Diz que não existe óbice ao tráfico de mercadorias, como tem decidido o CONSEF. Aduz que as únicas marcas fabricadas na Bahia são Valedourado e Alimba, fabricados por Industria de Laticínios Palmeiras dos Índios - ILPISA, em Itapetinga e foram excluídas do levantamento. Diz que também é nesse sentido o entendimento do CONSEF (Acórdãos JJF 0056-05/14; 0293-02/12). Afirma que não autuou o leite em pó, mas composto lácteo, que no período, não gozava da redução da base de cálculo, somente a partir de 01.08.2013.

Identificou no levantamento os produtos NINHO FASES 1+, NINHO FASE 3+, NINHO FASE 5+, COMPOSTO ELEGÊ200G IDEAL COMPOSTO LACTEO 200G. Diz que também não incluiu no seu levantamento o produto iogurte, mas sobre os produtos que representam bebida láctea, a exemplo de DANETE BEB LACTEA CHOCOLATE 200ML, BEBIDA LACTEA AMEIXA BETÂNIA ou sobre o produto leite fermentado, a exemplo de LEITE FERMENTADO BELLEELIGHT MORANGO 180G E LEITE FERMENTADO VIGOR, que devem ser tributados com 17%.

Afirma que a multa aplicada esta conforme a Lei do ICMS do Estado da Bahia, não havendo previsão para reduções. Diz também que não é o caso da aplicação da interpretação mais favorável do art. 112, uma vez que não existe dívidas na autuação.

Constam dos autos pagamentos feitos pelo autuado, conforme documentos do SIGAT (fls. 91/92),
É o relatório

VOTO

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0003/14-6**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$333.129,67**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso 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, 16 de abril de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR