

**PROCESSO** - A. I. Nº 281424.0002/15-8  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0180-03/16  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 14/12/2016

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO C/JF Nº 0281-11/16

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO NAS SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOR. A redução de base de cálculo em 58,825%, prevista no Decreto nº 7.826/2000 para as saídas internas do leite longa vida industrializado no território do Estado da Bahia, traduzida nos artigos 87, XXXV do RICMS-BA/1997 e 268, XXIX do RICMS/BA-2012, equipara a carga tributária dos produtores locais à de 7%, fixada para as aquisições do mesmo produto nos Estados das Regiões Sul e Sudeste do Brasil e suportada pelos que ali desenvolvem idêntica atividade. Indeferido o pedido de realização de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JF nº 0180-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 07/12/2015 para exigir ICMS no montante de R\$ 182.864,41, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em função de erro na determinação da alíquota nas saídas regularmente escrituradas.

A Junta de Julgamento Fiscal (JF) apreciou a lide no dia de 06/09/2016 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 117 a 121), *in verbis*:

#### “VOTO

*O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.*

*Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual ultrapasso as arguições de nulidade.*

*Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.*

*No mérito, o contribuinte reclama que no levantamento elaborado pela fiscalização não levou em consideração a redução da base de cálculo prevista na legislação, aplicando de forma equivocada a alíquota de 17% ao invés de 7% para os produtos: leite longa vida, leite em pó e composto lácteo. Citou como exemplo as marcas COMPOSTO LACTEO ELEGE 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHES 1L, LEITE DESNA T ADO P ARMALA T 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNA T LA SERENISSIMA 300G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, etc.*

*Argumenta ser improcedente a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, pois os artigos 150, V e 152 da CF/88, veda limitações ao tráfego de bens e estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino.*

*Inicialmente destaco que de acordo com os demonstrativos que embasam a acusação fiscal, anexado em meio magnético à fl.34, e informação prestada pelo fiscal autuante, os itens LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI IL DESNAT LA SERENISSIMA 300G, não foram objeto do presente lançamento.*

*No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, XXXV, do RICMS-BA/97, diz respeito exclusivamente às operações internas dos produtos fabricados no Estado da Bahia, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%", afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros estados. Tal benefício tem como finalidade estimular a produção e*

*circulação desses produtos e não representa qualquer impedimento a circulação de leite produzido em outros Estados.*

*Ressalto que o sujeito passivo em nenhum momento nega que os produtos em questão foram fabricados em outras unidades da Federação. Por outro lado observo que nas cópias dos cupons fiscais emitidos pelo recorrente, anexados às fls.11/21, comprovam que as saídas de leite e composto lácteos adquiridos em outros estados, conforme atestam os DANFES às fls. 22/33, foram tributadas à alíquota 7%.*

*Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.*

*Quanto à suposta inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, observo que o art. 87, XXXV do RICMS/97 é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, concessiva de benefício fiscal condicionado e não cabe a este órgão julgador apreciar constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.*

*No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei no 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.*

*Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão que lhe é mais favorável ao contribuinte entendendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação a matéria apreciada.*

*No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/BA.*

*Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".*

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), a sociedade empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 131 a 146, no qual inicia indicando a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Em seguida, reitera o seu argumento de que a autuação não procede. Na sua concepção, os artigos 87, XXXV do RICMS-BA/1997 e 268, XXIX do RICMS/BA-2012 contrariam os artigos 5º, 150, II e V e 152 da CF/1988, na medida em que malferem a isonomia, privilegiando a produção local, atropelam o pacto federativo e estatuem "limitação por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais".

Nesse sentido, a sistemática concebida pelo Fisco, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, tese acolhida pelos Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia e São Paulo, bem como pelo STF, conforme as Decisões de fls. 136 a 138.

O benefício concedido ao leite longa vida produzido na Bahia deve ser igualmente aplicado àquele originário das demais unidades da Federação, atribuindo-se tratamento idêntico, independentemente da procedência.

Alega que a multa tem natureza de confisco, motivo pelo qual pleiteia redução ou cancelamento, solicita seja observado o art. 112 do CTN (interpretação da legislação em favor do contribuinte, no caso de dúvidas), protesta pela produção de provas por intermédio de todos os meios admitidos, inclusive perícia, e encerra pedindo o provimento do apelo.

## VOTO

A matéria controvertida não é nova neste Conselho. Já foi objeto de deliberação, por exemplo, nos julgamentos dos quais resultaram os Acórdãos CJF 0432-13/13, 0247-11/14, 0236-12/15, 0222-12/15 e 0230-11/15, todos contrários às pretensões do contribuinte, cujos trechos peço licença para transcrever.

*Acórdão CJF nº 0432-13/13. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (art. 87, XXXV, RICMS BA)".*

*"Acórdão CJF nº 0247-11/14. Logo, a RBC de 58,825% estabelecida no art. 87, XXXV do RICMS/97, para comercialização do leite produzido no Estado, equipara a 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados na região Sul e Sudeste, não conflitando com a regra constitucional. Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária."*

*Acórdão CJF nº 0236-12/15. A redução da base de cálculo para o leite Longa Vida, à época, era prevista ao leite produzido na Bahia. Em que pese a tese recursal ter alterado para aduzir que todos os tipos de leite Longa Vida comercializados foram fabricados na Bahia e, portanto, inclusos na redução da alíquota para 7%, conforme art. 87, XXXV, do RICMS-BA, tal fato não restou comprovado, cujo ônus da prova do fato modificativo cabe a quem alega. Ademais, conforme demonstrado, às fls. 36 a 51 dos autos, trata-se das seguintes marcas de leite longa vida: Mucuri (MG); Selita (ES); Cisne, Energia Natural, Ibituruna, Leitíssimo e Capel, os quais não são produzidos na Bahia."*

*Acórdão CJF nº 0222-12/15. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado (artigo 87, XXXV, RICMS BA)".*

*Acórdão CJF nº 0230-11/15. Restou comprovado que o produto em questão, "leite longa vida", não foi fabricado na Bahia. Disposição normativa acerca de exclusão de débito tributário não admite interpretação analógica ou extensiva, não sendo possível aplicar às operações com leite fabricado fora da Bahia a redução da base de cálculo prevista na redação então vigente do inciso XXXV do artigo 87 do RICMS-BA/97".*

A redução de base de cálculo em 58,825%, prevista no Decreto nº 7.826/2000 para as saídas internas do leite longa vida industrializado no território do Estado da Bahia, traduzida nos artigos 87, XXXV do RICMS-BA/1997 e 268, XXIX do RICMS/BA-2012, equipara a carga tributária dos produtores locais à de 7%, fixada para as aquisições do mesmo produto nos Estados das Regiões Sul e Sudeste do Brasil e suportada pelos que ali desenvolvem idêntica atividade.

Uma vez que os pequenos produtores da Bahia possuem dimensões financeira e econômica notadamente inferiores às daqueles de grande porte, instalados nas sobreditas Regiões, os princípios do pacto federativo e da isonomia tributária, sem olvidar a capacidade contributiva, restam observados com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção em que se desigualam.

Não está incluído na competência dos órgãos julgadores administrativos o controle de constitucionalidade, inclusive no que diz respeito ao alegado caráter confiscatório da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996, tampouco a de negar eficácia a norma emanada de autoridade superior e de reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal (artigos 158/159 e 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Indefiro o pedido de perícia ou diligência, com fundamento no art. 147, I, "a" do Regulamento do PAF/BA. Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros da Câmara estão presentes nos autos.

*"Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido: I - de diligência, quando: a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; (...)".*

Não existem dúvidas a reclamar a aplicação do art. 112 do CTN.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### VOTO DISCORDANTE

Em que pese o sempre abalizado voto do Conselheiro Relator, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto à possibilidade de aplicação da presente exação.

Entendo que dentro do nosso quadro jurídico pátrio, resta impossibilitado o Estado da Bahia em tributar diferenciadamente os produtos advindos de outros entes da Federação.

Em que pese o argumento de se fazer incentivar a produção local, que considero válida, entendo que podem ser utilizados outros mecanismos legais para se atingir tal fim, sem que haja afronta ao quadro jurídico nacional.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar Insubistente a infração lançada no presente Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281424.0002/15-8**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$182.864,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Laís de Carvalho Silva, Luiz Alberto Amaral Oliveira, Valnei Souza Freire e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DISCORDANTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS