

A.I. Nº - 281424.0004/15-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/10/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-03/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada. Refeitos os lançamentos pelo autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 07/12/2015 para exigir ICMS no valor de R\$260.793,42, em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses janeiro de 2011 a dezembro de 2014, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 57/75) dizendo ser improcedente a exigência fiscal pois o autuante incluiu mercadorias cuja tributação foi feita corretamente, tendo desconsiderado que parte dos produtos autuados, por exemplo, estão sujeitos à antecipação tributária ou são beneficiados pela isenção ou redução da base de cálculo.

Indicou as seguintes mercadorias sujeitas à substituição tributária:

- a) Carnes suínas/bovinas secas, no caso em questão PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e ESPETO LINGUIÇA MISTA JUNDIAI 480G, conforme disposto no art. . 353, item 9 (para o exercício de 2011) e o Decreto nº 13.780/12, Anexo I, item 34 (para o exercício de 2012);
- b) NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G, por se tratar de iogurte, conforme disposto no Dec. 13.780/12, Anexo I, item 21, e cujo imposto foi destacado quando de sua aquisição;

Indicou ainda os produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%, em razão da redução da base de cálculo:

1. Produto leite longa vida e leite em pó/composto lácteo. Citou como exemplo as seguintes mercadorias: COMPOSTO LACTEO ELEGE 200 G, LEITR UHT DESN COTOCHES 1L, LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENISSIMA 300G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, etc.

Diz que o entendimento da fiscalização é de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado e para o leite em pó/composto lácteo industrializado neste Estado. Todavia, improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Externa o seu entendimento de que, por atropelar o pacto federativo, é ilíquida a exigência fiscal, 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. Esse preceito é confirmado pelo 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. Transcreve ensinamentos do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o tema.

Aduz 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. Ressalta 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.

Diz 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, a sistemática concebida 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 a 7%.

Acrescenta que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, portanto, impõe-se a desconstituição da infração.

Informa que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, através da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Ainda recentemente, em setembro/2015, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, nos quais a própria Impugnante figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida.

Transcreve trechos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal Federal.

Conclui que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida encontra-se pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores.

Portanto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Assim, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, que considera abusiva, por duas razões: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que se refere ao primeiro item entende que tal penalidade depende de demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Cita entendimentos sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais externados por Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra "Multas Tributárias", Reporta-se a uma decisão do STF dos anos de 1980. Transcreve ementa de decisão na ADI 1075 e de outros acórdãos mais recentes. Aduz que o STF reiterou o entendimento confirmando entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco. Invocando o art. 112, do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração.

Finaliza solicitando o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Não sendo este o entendimento requer a redução ou o afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O autuante presta a Informação Fiscal, fls. 110/117, e concorda com a improcedência apontada pelo autuado no que diz respeito aos seguintes produtos sujeitos à substituição tributária:

- **PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g**, pois após verificações nas notas fiscais do fornecedor, confirmou a situação tributária. (DANFE anexado à fl. 102). Item 34, do Anexo 1, do RICMS/12.
- **NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G** (fl. 60), por se referir a iogurte, Item 21, do Anexo 1, do RICMS/12.

Informa que elaborou novos demonstrativos, em meio magnético, para os exercícios de 2011 e 2012, com discriminação por produto e detalhados por data, reduzindo a Infração 01 de R\$ 260.793,42 para R\$ 260.512,03.

Mantem os demais itens questionados, com as respectivas justificativas a seguir elencadas:

- **ESPETO LINGUIÇA MISTA JUNDIAI 480G** - Trata-se de um produto industrializado e não somente um produto de carne suína/bovina seca como pressupõe o defendente. Esclarece que o próprio contribuinte, em suas operações de transferências/entradas, confere tributação normal ao produto em comento, como se pode se verificas no DANFE acostado aos autos à fl. 109, sendo que nas operações de saídas, por vezes, ele também tributa normalmente o produto, conforme cópia do cupom fiscal que indica.

- **PRODUTO LEITE LONGA VIDA E LEITE EM PÓ/COMPOSTO LÁCTEO**- Esclarece que, no rol dos seis produtos questionados pela Autuada, fls. 60 e 61 os produtos LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L e LEITE PÓ DESNAT LA SERENÍSSIMA 300G não fazem parte do relatório da fiscalização que compõe a única infração do processo.

Após, diz que o contribuinte ao dar saída dos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó" a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringiu o art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados neste estado.

Quanto à alegação da autuada que há uma "limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais", esta 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 o questionamento de que a Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, externa o seu entendimento de 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.

Aduz que fica evidente, portanto, 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.

Por outro lado, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, cuja Ementa transcreve.

Diz que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Cita o Acórdão JJF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa Autuada, que ratifica o seu convencimento.

Finaliza solicitando a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Foi anexado ao PAF extrato do sistema SIGAT desta Secretaria às fls. 119/121 informando o pagamento com o benefício de lei no valor total de R\$197.981,25.

A 4ª JJJ observando que não foi anexado ao PAF o novo demonstrativo de débito e não foi dada ciência da Informação Fiscal, decidiu converter o processo em diligência para que o autuante anexasse ao PAF o demonstrativo anteriormente citado e após a INFAZ de origem intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da cópia da Informação Fiscal e seus anexos, fls.102 a 116, inclusive o novo demonstrativo de débito, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida, e o contribuinte após ser cientificado, se manifesta às fls. 133/138 reiterando os termos de sua defesa, no que diz respeito ao produto espeto língua mista jundiá 480G, leite longa vida, leite em pó e composto lácteo em pó e requer a improcedência do Auto de Infração.

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.

Inicialmente, em relação à perícia requerida, esclareço 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 apresentou defesa reclamando que foram incluídos no levantamento produtos sujeitos ao regime de substituição tributária como se possuísse tributação normal e que por esta razão não as tributou. Citou as mercadorias PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g, ESPETO LINGUIÇA MISTA JUNDIAI 480G e NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G. Além disso, 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 DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L, LEITE PO DESNAT LA SERENÍSSIMA 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.

O fiscal autuante, na informação, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens: PRESUNTO CRU FAT PCF PERDIG 100g e NINHO SOLEI IOG MOR BIS 125G. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, passando o valor do imposto 260.793,42 de R\$ 260.512,03.

Concordo com a revisão efetuada pelo autuante pois os referidos itens efetivamente estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme itens 34 e 21 do Anexo 1 do RICMS, não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes as demais mercadorias a saber:

Espeto linguiça mista jundiá 480Gm, por não estar sujeito ao regime de substituição tributária previsto no art. 353 item 9 inciso II do RAICMS/97 e item 34 do Anexo I do RAICMS/12, como pretendido pelo sujeito passivo, tendo em vista que segundo esclarecimentos do autuante não se trata de carnes suínas/bovinas e sim um produto que passou por um processo de industrialização, perdendo àquela característica, consequentemente as saídas deveriam sofrer a incidência do imposto.

Ademais, conforme análises efetuadas pelo autuante, as entradas do referido produto, através de transferências de suas filiais, em sua grande maioria ocorreram com tributação normal, conforme se verifica no DANFE de fl. 109.

Quanto aos produtos leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, inicialmente destaco que de acordo com os demonstrativos que embasam a acusação fiscal, anexado em meio magnético à fl.48, e informação prestada pelo fiscal autuante, os itens LEITE DESNATADO PARMALAT 200G, LEITE INTEG CABRA CAPRI 1L DESNAT LA SERENÍSSIMA 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 pela recorrente, anexados às fls.25/33, comprovam que as saídas de leite e composto lácteos adquiridos em outros estados, conforme atestam os DANFEs às fls. 35/45, 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 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, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$260.512,03, conforme demonstrativo de débito às fls.127/129, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0004/15-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$260.512,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR