

A. I. Nº - 281424.3001/16-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.10.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-04/17

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite em pó e composto lácteo em pó, é restrita aos produtos fabricados neste Estado, não se aplicando a mercadorias adquiridas em outros estados. (Art. 268, XXV, RICMS BA/2012). Caracterizada a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 25/07/2016 com o objetivo de exigir crédito tributário na ordem de R\$307.626,39 mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, referente aos exercícios de 2013 a 2015, em face da seguinte acusação: *“Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*. Consta a informação de que os demonstrativos e documentos que fundamentam a infração encontram-se no Anexo 1 do presente Auto de Infração, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio do seu representante legal, ingressou com Impugnação, fls. 40 a 46 aduzindo os argumentos a seguir sintetizados.

Após efetuar uma breve sinopse da autuação, arguiu que improcede a exigência fiscal porque o autuante acabou por incluir mercadorias cuja tributação foi feita pela alíquota correta, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados, por exemplo, possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual exige uma diferença indevida de ICMS. Nessa linha de argumentação passa a suscitar a improcedência da autuação ante aos seguintes fundamentos.

Produtos com erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%: leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó. A respeito destes itens ressalta que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado, art. 268, XXV e XXIX, reproduzidos, que tratam da redução da base de cálculo para os produtos fabricados neste Estado.

Diz que é o caso dos itens LEITE DESN PARMALAT 1L, LEITE PÓ DES ITAMBÉ 200G, COMPOSTO LÁCTEO NINHO FASES 1 400, e demais produtos semelhantes que foram autuados, onde discorda da 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. Nesta linha de raciocínio considera 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, citando lição da lavra de eminente mestre do Direito a este respeito.

Discorre a respeito da regra encartada pelo Art. 152 da CF/88 que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em*

razão de sua procedência ou destino, mencionando, ainda, a este respeito, 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.

Adiante pontua que 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 taxaço reduzida a 7%, situação em que, sustenta que a solução da lide impõe resposta às seguintes questões:

- i) a teor da Carta Magna, é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens, de qualquer natureza, em razão de sua procedência?
- ii) sendo negativa a resposta supra, é válida regra do Decreto nº 7.826/2000 e, por sua vez, do RICMS quando cria benefício de redução de base de cálculo para as operações internas com leite, mas limita o benefício aos produtos produzidos no Estado da Bahia?

Diz que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente, diferindo apenas em relação ao produto (leite longa vida), ao tempo em que o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial ao qual pertence, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto, de onde extraiu o seguinte excerto:

“(…) 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.”

Diz que, do mesmo modo, 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, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso, cujo teor transcreveu:

“Vale aqui destacar que a Constituição Federal, prestigiando o pacto federativo, e impedindo discriminação entre os Estados, previu expressamente, no seu artigo 152, o “princípio da não diferenciação tributária”, veja-se: “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.” Destarte, o cotejo das normas citadas leva à conclusão de que o art. 1º do Decreto Estadual nº 7.826/00 e o inciso XXXV do art. 87 do RICMS/BA, que tratam acerca do regime de tributação de ICMS para operações com leite longa vida, violou a Carta Magna ao estabelecer privilégio tributário somente aos produtores de leite pasteurizado do Estado da Bahia. Em outros termos, a redução da base de cálculo apenas para o leite longa vida produzido dentro do Estado afronta o art. 152 da CF, que impede a diferenciação por procedência ou destino. Com efeito, não poderia o

Estado da Bahia, a par da sua competência legislativa, perpetrar distinção entre produtos provenientes de outros Estados e os produzidos dentro da Bahia, vez que a Carta Republicana privilegia a unificação nacional e a isonomia entre estados, por melhor que seja a intenção protetiva do seu produtor na instituição de regime diferenciado. É como entende a jurisprudência, inclusive do STF, nos arestos análogos a seguir transcritos (...)

Desta forma, certo que a base de cálculo e alíquotas devem permanecer iguais para todos os estados federados, para que não ocorra a violação do aludido princípio da não diferenciação tributária. Nessa senda, havendo a incidência do art. 87, inciso XXXV, do Decreto 6.284/97, como lançado no AI, para as operações internas com leite tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, deve também incidir a alíquota reduzida lá indicada (7%) para os mesmos produtos provenientes de outros Estados, do que decorre o reconhecimento, como pleiteado, da inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto n. 7.826/00, vigente à época da autuação, bem assim do inciso XXXV, do art. 87 do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), que concederam benefício fiscal somente a produto produzido (leite longa vida) no território baiano em detrimento daqueles oriundos de outros Estados, por afronta à Constituição Federal, como acima fundamentado. Isto posto, ACOLHO os Embargos opostos, reputando-os PROCEDENTES, para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto n. 7.826/00 e do inciso XXXV, do art. 87 do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), tal como previstos, os quais tratam da redução da carga tributária do leite longa vida apenas para o Estado da Bahia, extinguindo, como corolário, a Execução Fiscal apensa (nº 0501396-49.2014), tornando insubsistente parte do Auto de Infração nº 269352.0019/11-2 (segmento da infração 03), que trata das transações internas com o leite longa vida.”

Após citar posicionamento no mesmo sentido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, além de que, a questão também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR CONCEDIDA NO RECESSO PELA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REFERENDO DA DECISÃO PELO PLENÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA CONDICIONADA À ORIGEM DA INDUSTRIALIZAÇÃO DA MERCADORIA. SAÍDAS INTERNAS COM CAFÉ TORRADO OU MOÍDO. DECRETO 35.528/2004 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO. É plausível a alegação de contrariedade à vedação ao estabelecimento de tratamento tributário diferenciado, em face da procedência ou do destino de bens ou serviços de qualquer natureza (art. 152 da Constituição), pois o Decreto 35.528/2004 do estado do Rio de Janeiro condiciona a concessão de benefício fiscal de redução da carga tributária à origem da industrialização das mercadorias ali especificadas. Medida cautelar referendada pelo Plenário.” (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00068 RTJ VOL-00200-01 PP-00064 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 61-69 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 125-129).

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

Conclui pontuando que o benefício concedido ao leite em pó produzido neste Estado Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, ao tempo em que como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas nos citados produtos, afirma que não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

Em seguida passou a questionar o percentual de 60% da multa aplicada, a qual considera exorbitante, pontuando que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (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.

A este respeito cita decisão oriunda do CARF, afirma 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, citando em seu socorro diversas decisões de Tribunais Superiores, requerendo ao final o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

No tópico intitulado “**Do in dúvida pro contribuinte**” argui que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida, citando o art. 112 do CTN que considera claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, citando, ainda, decisões de Tribunais Superiores, destacando, ao final, que se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Ao final requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da sua impropriedade, e, sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, requerendo, ainda, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável que lhe for mais favorável, (art. 112 do CTN) e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 82 a 86, onde enfrentou os argumentos defensivos conforme segue:

Produtos com suposto erro na adoção da alíquota de 7%, ao invés de 17%: leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó. Neste tópico cita que o autuado requer a improcedência do lançamento em relação aos mencionados produtos.

Após sintetizar os argumentos defensivos, assevera que a tese apresentada para os produtos em comento prima pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais utilizados para embasar a autuação. Sustenta que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade da legislação tributária, enquanto que 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.

Em seguida menciona e transcreve o Art. 268, Incisos XXV e XXIX, que dispõem ao tratar do assunto:

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

*XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, **fabricados neste Estado**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (grifos acrescidos).*

(...)

*XXIX - 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);" (grifos acrescidos).*

Com isso, considera que fica evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo os produtos devem ser fabricados na Bahia e que 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, defende que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino, e que 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, a seguir transcrita:

A. I. Nº - 281424.0001/13-5

AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-05/14

...

Quanto à arguição de que a tributação do produto em pauta representa uma limitação do tráfego de bens, não tem amparo tal raciocínio, pois o benefício fiscal têm 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, apenas lhes cabem 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 internada de determinada mercadoria.

Aponta, ainda, que esse tem sido o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões sobre o mesmo assunto, a exemplo da decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa autuada, ratificando seu entendimento:

A. I. Nº - 269352.0026/12-7

AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0293-02/12

(...)No tocante ao produto Leite longa vida, quanto a alegação que o estabelecimento teria direito a uma 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 devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Entendo que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. De igual forma, não existe dúvida quando a forma de tributação das mercadorias objeto da infração, logo não existem possibilidade de se aplicar a interpretação em favor do contribuinte, como requerido pela defesa.

...

Logo, entendo que a infração 03 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.

Diante disto entende que não deve ser acolhida a tese defensiva sobre a inconstitucionalidade da legislação baiana aplicada aos produtos "leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó".

Com relação ao argumento de exorbitância da multa aplicada no percentual de 60%, a qual considera como confiscatória, aponta que a mesma se encontra amparada pelo artigo 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou redução pleiteada, e lhe falece competência para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei, de forma que, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender à solicitação da Impugnante.

No que diz respeito a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, cita que em seu entendimento não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto às infrações imputadas à Autuada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

Conclui citando que em virtude de que a empresa não trouxe elementos ao processo que possam elidir a presente acusação fiscal, solicita que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua plenitude.

Às fls. 90 a 92 foi juntado pelo autuado comprovantes de pagamento da parcela do débito que reconheceu como revida no valor principal de R\$122.049,10 e valor atualizado no total de R\$210.123,96.

Em 30/05/2016 o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, fls. 94 e 95, no sentido de que fossem adotadas, pelo autuante, as seguintes providências em relação ao exercício de 2013:

- 1 – Excluir do levantamento fiscal até 31/07/2013 todo o leite em pó comercializado internamente, observando que o composto lácteo deverá permanecer no levantamento fiscal;
- 2 – Excluir do levantamento fiscal, de 01/08/2013 a 31/12/2013, o leite em pó e o composto lácteo comercializado internamente, com elaboração de novo demonstrativo de débito.
- 3 – Que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo, cópia do despacho de solicitação da diligência bem como todas as informações que viessem aos autos em atendimento a esta solicitação de diligência, devendo ser concedido o prazo de 10 dias para o mesmo se manifestar.

Como resposta, o autuante se pronunciou, fls. 99 e 100, citando o que segue:

- 1 – Com relação ao item 1 da diligência onde se pede para excluir do levantamento fiscal até 31/07/2013 todo o leite em pó comercializado internamente, enquanto que o composto lácteo deve permanecer no levantamento fiscal, informa a inexistência do leite em pó nesse período. Diz que constatou, segundo seu entendimento e com base nas notas fiscais dos fornecedores com tributação integral nas operações internas, rótulos dos produtos, NCM e julgamentos pelo CONSEF, foram diversas ocorrências com compostos lácteos: Ninho Fases 1+, 3+, 5+ 400g, ideal composto lácteo 200g, leite Molico actifibras e composto lácteo eleger 200g (descrições estas dadas pelo próprio contribuinte). Acrescenta que, por igual, verificou também diversas ocorrências de fórmulas infantis, todas relacionadas na fl. 99, concluindo que não há nada a excluir, uma vez que esses produtos devem sofrer tributação integral, pois não são leite em pó.
- 2 – Com relação ao item 2 da diligência, onde se pede para excluir do levantamento fiscal no período de 01/08/2013 a 31/12/2013, o leite em pó e o composto lácteo comercializado internamente, aponta que verificou a inexistência de composto lácteo e uma única ocorrência do leite em pó, no mês de outubro/2013, ou seja, “leite pó des Itambé 200g” que deve permanecer no demonstrativo, uma vez que o contribuinte deu saída desse produto a uma carga tributária de 0%, quando o correto seria 7%, portanto nada há de se excluir.

O autuado foi cientificado acerca da diligência fiscal e do seu resultado, conforme documentos fls. 101 e 102, porém não se pronunciou.

VOTO

Apesar do autuado ao final da sua peça defensiva requerer a declaração de nulidade do Auto de Infração, não consta na mesma, de forma específica e objetiva, argumentos relacionados a nulidade do lançamento. De maneira que considerando que não houve qualquer insurgência pelo autuado quanto aos aspectos formais do lançamento e tendo em vista que foram atendidas todas as exigências estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, afasto o pedido de nulidade e passo ao exame da matéria relacionada ao mérito da autuação.

Em relação as razões suscitadas pelo sujeito passivo relativas à realização de perícia técnica, a fim de esclarecer possíveis equívocos praticados pela fiscalização; aplicação da interpretação benigna (art. 112, CTN) e a desproporcionalidade das penalidades lançadas, são questões que considero como aqui enfrentadas nos termos constantes do Voto adiante reproduzido concernente ao Acórdão nº 0145-05/16, razão pela qual tenho como não acolhidos estes argumentos.

Neste contexto vejo que o autuado se insurgiu contra o lançamento naquilo que se relaciona ao cálculo do imposto incidente sobre as operações envolvendo os produtos leite em pó, composto lácteo e leite tipo longa vida, vez que, ao seu entender, utilizou corretamente a carga tributária de 7% enquanto que o autuante entendeu que deveria ser considerada 17%, sob a justificativa de que a legislação tributária estadual, precisamente o Art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/BA só permite a redução da base de cálculo para as operações internas desses artigos quando fabricados neste Estado, citando, a este respeito, os produtos Leite Desn Parmalat 1L, Leite em Pó Des Itambé 200g, composto lácteo Ninho Fases 1 400 e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Em sua defesa, traz como principal argumento, a improcedência da limitação imposta pelo Estado por meio de uma carga tributária diferenciada nas operações interestaduais, já que, ao seu entender, viola a vedação constitucional disposta pelos Arts. 150, V e 152 da Constituição Federal/88, efetuando extensa argumentação a este respeito.

Esta é uma questão que vem sendo enfrentada por este órgão julgador administrativo há bastante tempo, envolvendo outros Autos de Infração expedidos contra o próprio contribuinte ora autuado, razão pela qual, além dos julgados já mencionados pelo autuante em sua informação fiscal, posso citar outras recentes decisões a seguir relacionadas, todas julgando procedentes autuações de natureza idêntica a presente e contra o mesmo autuado, repito:

- Acórdão 5ª JF nº 0145-05/16, mantido pelo Acórdão nº 0106-12/17 - 2ª Câmara de Julgamento;
- Acórdão 1ª JF nº 0168-01/16, mantido pelo Acórdão nº 147-12/17 – 2ª Câmara de Julgamento;
- Acórdão 1ª JF nº 0194-01/16, mantido pelo Acórdão nº 0168-12/17- 2ª Câmara de Julgamento;
- Acórdão 4ª JF nº 0200-04/16, mantido pelo Acórdão nº 0191-12/17 – 2ª Câmara de Julgamento;

De maneira que, e considerando que os argumentos trazidos nos presentes autos pelo i.patrono do autuado são os mesmos relacionados ao Auto de Infração nº 281424.0001/16-0, que foi julgado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e resultou no Acórdão nº 0145-05/16 acima citado, peço vênica para reproduzir aqui o voto ali proferido pelo i.julgador Tolstoi Seara Nolasco, por configurar o mesmo entendimento que se adequa a presente situação, razão pela qual passa a fazer parte integrante do presente Voto:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de duas violações à legislação do imposto detalhadamente descritas e relatadas na peça inaugural do processo.

Cumpra, antes, analisar as razões suscitadas pelo sujeito passivo com relação à realização de diligência ou perícia fiscal, a fim de esclarecer possíveis equívocos praticados pela fiscalização; a aplicação da interpretação benigna (art. 112, CTN) e a desproporcionalidade das penalidades lançadas.

Indefiro, antes, o pedido de diligência ou perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado, pois os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de mérito, nos termos do art. 147, II, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Observo que no presente Processo Administrativo Fiscal – PAF foi obedecido o devido processo legal, o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Constatado que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), não existindo a falta de clareza ou obscuridade. Ademais o lançamento tomou por base os dados existentes na escrita fiscal do contribuinte e entregues às autoridades fiscais após regular intimação.

Com relação à chamada interpretação benigna, aquela que deve ser mais favorável ao contribuinte, prevista no artigo 112, CTN, como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidades, interpreta-se, em existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra deve ser observada na existência da dúvida, o que não ocorre, no caso em concreto.

As multas aqui aplicadas são decorrentes do descumprimento da obrigação tributária principal (falta de pagamento de tributo), não tendo qualquer relação com boa fé do contribuinte. Ademais, as multas lançadas encontram amparo na Lei nº 7.014, de 04.12.1996.

Passo doravante a examinar as questões de mérito.

A infração 1 acusa o autuado de recolher ICMS a menor tendo em vista erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Os Auditores Fiscais elaboraram demonstrativo com a discriminação de produtos comercializados pelo autuado e cujas saídas ocorreram sem a devida tributação, conforme demonstrativo fiscal eletrônico acostado aos autos, às fls. 07/08, totalizando a exigência na quantia de R\$10.258,38.

O autuado, nas razões de defesa, com referência às saídas do leite em pó, além da alegação de que não existe comprovação que fora fabricado noutro Estado, diz que conferir tratamento diferenciado aos produtos produzidos neste Estado afronta o limite ao tráfego de bens (art. 150, V e 152 CF/88) e ainda o princípio da igualdade.

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.

O RICMS/BA-2012 vigente, no art. 268, inciso XXV, contempla as operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó fabricados neste Estado, são beneficiados 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 em pó e composto lácteo em pó, adquiridos 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).

Reproduzo abaixo o mandamento do regulamento de ICMS aplicável aos fatos objeto do lançamento:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Analizando a infração, nos limites de competência deferidos ao órgão julgador administrativo, constato que restou comprovado que o sujeito passivo utilizou indevidamente o benefício previsto no art. 268, inc. XXV, RICMS/2012, nas vendas de leite em pó, em relação às mercadorias produzidas fora do Estado da Bahia. A própria escrituração fiscal do sujeito passivo atesta a origem do leite, cuja redução da base de cálculo ocorreu, ao efetuar o registro das saídas com alíquota de 7%, como provam os documentos trazidos aos autos.

Restando comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício de forma indevida, correto foi o procedimento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite em pó, originado de outros Estados da Federação. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do CONSEF que assim vem decidindo, como o fizeram os Acórdãos JJF Nº 0056-05/14 e JJF 0293-02/12.

(...)

Reitero que o pedido de exclusão da multa aplicada no lançamento, no percentual de 60%, não pode ser acolhido na instância administrativa, visto que os argumentos defensivos relacionados com o cancelamento da referida penalidade com espeque nos princípios do não confisco, positivado no art. 150, IV, da CF/88, não estão inclusos no campo de competência dos órgãos de julgamento. É vedado ao julgador do CONSEF declarar a inconstitucionalidade ou negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Pelas mesmas razões, reitero o quanto já afirmado linhas acima, pelo não acatamento do pedido subsidiário de redução da penalidade fiscal, ao apelo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do “in dubio pro contribuinte”. Não há no caso concreto qualquer dúvida sobre os fatos que conduziram à autuação fiscal. As operações tributadas na infração 01 se referiam a leite em pó fabricado em outras unidades da Federação.

Por sua vez, o levantamento quantitativo que serviu de lastro para o lançamento da infração 2 está baseado na escrita fiscal do próprio contribuinte que não aponta, com documentos fiscais, a lançamento, perdas ou a existência de produtos com codificação distinta não considerados na auditoria de estoques.

Por sua vez os precedentes judiciais citados na peça de defesa, com destaque para aqueles que foram proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações citadas como parte ou a declaração de inconstitucionalidade não afastou do ordenamento pátrio ato normativo originário desse Estado. Em decorrência, os efeitos da coisa julgada nessas demandas não alcançaram a Fazenda Pública Baiana.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração”.

A Decisão acima foi objeto de Recurso Voluntário analisado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que por intermédio do Acórdão nº 0106-12/17, por unanimidade, negou provimento ao apelo recursal e manteve a decisão de 1ª Instância, com fulcro no voto a seguir reproduzido:

“(…)

Para a infração 1, vê-se que a discussão pretendida pelo contribuinte busca, em verdade, debater a matéria sob o prisma constitucional, o que traria à baila o debate sobre a constitucionalidade da legislação do Estado da Bahia sobre o tema em questão.

Por primeiro, cumpre esclarecer que a arguição proposta pelo sujeito passivo e que tem como fulcro a limitação do benefício da redução da base de cálculo, em relação às mercadorias produzidas neste Estado, sob a égide da constituição federal, esbarra no regramento do COTEB Lei 3.956/81, haja vista que a regra ali insculpida estabelece vedação a este Conselho para a apreciação de matéria de cunho constitucional, nos termos do art. 125, inciso I.

Isto posto, em relação ao tema da discussão que avança sobre questão de inconstitucionalidade, este Conselho não pode apreciar, muito menos julgar, em face da vedação acima referida.

De todo modo, analisando a matéria sob o ponto de vista do regramento disposto na legislação do ICMS da Bahia, o que temos é a norma estabelecida no art. 268, XXV, do RICMS, a qual contempla as operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó fabricado no Estado da Bahia com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

Em que pese o recorrente poder ter razão nos seus argumentos, inclusive baseado em diversas decisões, até de tribunais superiores, ainda que não vinculantes, o que prevalece no caso dos autos é o legítimo e vigente regramento estabelecido pelo Estado que, ao fim e ao cabo, diz que apenas nas operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, adquiridos 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).

Em assim sendo, e sob o prisma da legislação da Bahia, não poderia o recorrente utilizar o benefício previsto no art. 268, inc. XXV, do RICMS/2012, nas vendas de leite em pó produzido fora do Estado da Bahia, operações essas constantes da escrituração fiscal do Contribuinte e que consigna incorreta e inapropriada redução da base de cálculo ao efetuar o registro das saídas da dita mercadoria.

Isto posto, não há que se fazer qualquer reparo à Decisão de piso.

“(…)”

Como visto acima, os argumentos defensivos não encontram amparo na legislação tributária estadual vigente, a qual, na condição de julgadores, temos que nos ater, respeitar e aplicar.

Fato é que o RICMS/BA-2012 vigente à época dos fatos geradores, através do mencionado artigo 268, incisos XXV e XXIX, só permite a redução da base de cálculo nas operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento), diferentemente, portanto, do quanto praticado pelo autuado em relação aos produtos listados pelo autuante.

Assim, repito, como já dito acima, apenas as operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, adquiridos de fabricante estabelecido neste Estado, o autuado poderia 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 correspondesse ao percentual de 7% (sete por cento).

Note-se que o presente processo foi convertido em diligência para efeito de verificação se a exigência fiscal abarcava produtos que não se adequavam a referida norma regulamentar, sendo que, em sua execução o autuante informou que todos os produtos objeto da autuação sofrem tributação integral, os quais foram relacionados, fls. 99 e 100, pois não são leite em pó, enquanto que o único item considerado na autuação referente ao mês de outubro/2013, foi mantido com base na carga tributária de 7%, vez que, em relação a este item, não houve tributação por parte do autuado. Por oportuno, ressalto que o inteiro teor da solicitação de diligência foi entregue ao

autuado, conforme se verifica às fls. 101 e 102, porém não houve qualquer manifestação pelo mesmo a respeito da mesma.

Registro que nos termos do art. 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Em consequência, o julgador no processo administrativo fiscal restringe-se aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, a decisão judicial da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Walmart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, não tem efeito vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa.

Também os precedentes judiciais citados na peça de defesa, com destaque para aqueles que foram proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), por igual não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações citadas como parte ou a declaração de inconstitucionalidade não afastou do ordenamento pátrio ato normativo originário desse Estado. Em decorrência, os efeitos da coisa julgada nessas demandas não alcançaram a Fazenda Pública Baiana.

Quanto a Decisão emanada da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador referente ao produto leite longa vida, não se trata de Decisão definitiva, podendo ser objeto de recurso pela Fazenda Pública, razão pela qual não pode ser aceita neste momento.

Naquilo que se relaciona a insurgência do autuado quanto ao percentual da multa aplicada, reitero os termos já consignados através do voto transcrito linhas acima: *“Reitero que o pedido de exclusão da multa aplicada no lançamento, no percentual de 60%, não pode ser acolhido na instância administrativa, visto que os argumentos defensivos relacionados com o cancelamento da referida penalidade com espeque nos princípios do não confisco, positivado no art. 150, IV, da CF/88, não estão inclusos no campo de competência dos órgãos de julgamento. É vedado ao julgador do CONSEF declarar a inconstitucionalidade ou negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99”*.

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração, devendo ser homologado pelo setor competente o pagamento já efetuado referente a parcela do débito que foi reconhecida pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.3001/16-0** lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADORS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$307.626,39** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, cabendo ao setor competente homologar o valor já pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Setembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR