

A. I. Nº - 281424.0002/18-2
AUTUADA - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - DAT/METRO IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/12/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-03/18

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. CARGA TRIBUTÁRIA REDUZIDA PARA AS OPERAÇÕES MERCANTIS PRATICADAS EM FACE DE PRODUTOS FABRICADOS NA BAHIA. SAÍDAS DE LEITE. IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO IDÊNTICO PARA MERCADORIAS FABRICADAS FORA DO TERRITÓRIO BAIANO. REITERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. Assiste razão ao lançamento que exige pagamento complementar de imposto pelo fato do contribuinte promover saídas internas de mercadorias produzidas em outros Estados da Federação com alíquotas beneficiadas, a pretexto de que os similares fabricados em território baiano gozam de idêntico benefício. Não viola a igualdade tributária – pelo contrário, a reforça – o legislador baiano determinar a aplicação do incentivo fiscal de redução da alíquota apenas em relação aos produtos que tenham sido fabricados em solo baiano. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpra inicialmente frisar que o presente relatório obedece às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, notadamente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

Tem o presente lançamento de ofício a seguinte acusação:

Infração 01 – 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Os demonstrativos e documentos que fundamentam esta infração encontram-se nos Anexos 01 e 02 deste auto de infração, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento.

A cobrança monta o valor histórico de R\$2.991.305,37 e abarca ininterruptamente o período de janeiro de 2014 a dezembro de 2014.

Pela conduta identificada, violentou-se os arts, 17, 18, 19, 20, 21 e 23, todos da Lei 7014/96 e propôs-se a penalidade de 60%, estatuída no art. 42, II, “a”, do mesmo diploma legal.

Para lastrear a exigência, anexa o termo de início da ação fiscal (fl. 05), termo de prorrogação da auditoria (fl. 06), planilhas analíticas do debitamento a menor (excertos – fls. 09/11), resumo do débito (fl. 12), Danfes das notas fiscais de saída de diversos produtos (fls. 13/44), notas fiscais de aquisições interestaduais de leite (fls. 46/60) e mídia digital em DVD-R contendo os demonstrativos da fiscalização e a escrituração fiscal digital dos meses auditados.

Cientificado da lavratura do lançamento em 21/6/2018, defesa (fls. 60/87) foi protocolada em 17/8/2018, dentro do prazo de lei.

Nela o contribuinte começa invocando ter havido vilipêndio ao art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

E cita o art. 1º da CF/88 que consagra o pacto federativo, isto é, de ser a República do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de forma a estabelecer um elo de cooperação entre as unidades federativas, para evitar competições indiscriminadas e predatórias entre elas, a resultar crescimento de um Estado em detrimento do outro.

Destarte, ao impor diferentes situações de tributação para os contribuintes em face do mesmo produto, o Estado da Bahia acaba por atropelar o pacto federativo, desrespeitando a hierarquia das normas.

Isto porque, conforme o inciso V do art. 150 da CF/88, é proibido estipular limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, princípio que discorre com apoio da doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Ainda dentro da seara constitucional, a autuada acrescenta que o art. 152 veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que se estabeleça diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino, também com apoio doutrinário, nomeadamente Pinto Ferreira.

E, por fim, invoca a igualdade tributária, hospedada no art. 150, II, da CF/88, vez que dito princípio impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Tendo como escopo esta proteção constitucional, a impugnante garante que a sistemática criada pelo Estado – de admitir base reduzida só para produtos fabricados na Bahia – além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de modo desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 18%, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%.

Com o feixe destes raciocínios, acaba o contribuinte por fazer dois questionamentos: 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 anterior, é válida a regra do Dec. 7826/2000 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 fabricados no Estado da Bahia?

Em seguida, o contribuinte traz a lume algumas decisões emanadas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de primeiro e segundo graus.

Traz também aresto promulgado pelo STF, em sede da ADI 3389, publicado no DJ de 23.6.2006.

E alerta para os perigos da sucumbência em função da nova lei adjetiva civil.

Em reforço, exorta que o Regulamento baiano do ICMS não pode conter norma que se sobreponha ou conflite a Constituição Federal, ou ainda, diploma federal, máxime quando a matéria se encontra pacificada nos Tribunais Estaduais e Superiores. E que esta situação proporciona antinomia de normas, segundo o jurista Norberto Bobbio, de sorte que a Constituição Federal, naturalmente, deve preponderar sobre a disposição regulamentar em cotejo.

Neste diapasão, deve-se “aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional” (sic; fl. 79), de modo a evitar onerosidades tanto para o contribuinte, ao arcar com despesas advocatícias, tanto para o Estado, face uma virtual sucumbência.

Prossegue a impugnante aduzindo que o malsinado art. 268 do RICMS-BA foi revogado a partir de 01/02/2017 e adverte “que as ocorrências da notificação fiscal em epígrafe foram referentes ao período de Jul/2016 a Dez/2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução da base de cálculo” (sic; fl. 79).

E arremata que tal benefício deve outrossim valer para produtos originários de outras unidades da Federação.

Como segunda linha de defesa, a autuada preconiza a exorbitância da multa proposta, seja porque não se comprovou fraude, seja porque o volume exorbitante da penalidade atinge os princípios do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade, este último com considerações de Ricardo Corrêa Dalla.

Para suportar sua argumentação, traz entendimento sumulado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

E elenca algumas decisões do STF (fls. 81/84) e de outros tribunais para sustentar que a penalidade caminha no proporcional e razoável se oscilar entre 20% e 30%, sob pena de usurpar o patrimônio do sujeito passivo e traduzir confisco.

Por fim, como terceira linha de ação defensiva, invoca em seu favor o brocardo *in dubio pro contribuinte*, para que a norma seja interpretada em seu favor quanto à aplicação da sanção pecuniária, posto existir dúvidas com relação à sua caracterização, a teor do contido no art. 112 do CTN e com apoio em arestos do STF e STJ.

Pede, em síntese, a improcedência do lançamento.

Nas suas informações fiscais (fls. 110/115), o i. auditor fiscal aponta que a empresa em 17/8/2018 efetuou o pagamento da dívida no valor principal de R\$128.477,60, de sorte que a discussão fica adstrita a três mercadorias, quais sejam, “leite em pó”, “leite longa vida” e “composto lácteo”.

Sobre tais produtos, assinala que a base imponível reduzida só se aplica quando fabricados no Estado da Bahia, consoante determina o art. 268 do RICMS-BA, incisos XXV e XXIX.

E que não compete ao autuante nem aos julgadores administrativos “a análise da constitucionalidade do lançamento tributário” (sic; fl. 111), por força do art. 167, I, do RPAF-BA.

Diz ficar evidente que para haver redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia, de sorte que, para as operações internas levantadas, há violação frontal à norma tributária baiana, pois concedem também o referido benefício aos produtos fabricados fora deste Estado.

Logo, por ser um benefício fiscal, o dispositivo regulamentar sob exame deve ser interpretado de forma literal, e não deve resultar em dispensa do pagamento do tributo devido, a teor do art. 108, §2º, c/c o art. 111, do CTN.

Cita como decisões que se alinham à autuação os Ac. 5JJF 0056-05/14 E Ac. 5JJF 0145-05/16.

Acerca da exorbitância da multa aplicada, pondera que há amparo para a sua aplicação no art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.

E, finalmente, sustenta não caber aplicação do art. 112 do CTN porque inexistem dúvidas quanto às infrações imputadas à autuada.

Consta à fl. 119 prova parcial do pagamento da dívida cobrada, no valor nominal de R\$128.477,60.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a apresentar o meu voto.

VOTO.

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O Auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, antes do último dia do prazo, não se identificando aqui anormalidades temporais.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória possui poderes conferidos pela autuada, com o fito de atuar junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 87/91).

Não há traços de anomalia que comprometam o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Merece logo registro que a autuada reconheceu e pagou parte da exigência fiscal, remanescendo apenas para discussão o imposto cobrado para as operações com “leite em pó”, “composto lácteo” e “leite do tipo longa vida”. Esta, portanto, é a parte controversa.

No mérito, a discussão já é conhecida por este Colegiado. Refere-se ao fato da autuada ter dado saídas dos produtos atrás nominados, extrapolando as balizas do incentivo fiscal concedido pelo legislador tributário.

Significa dizer que a empresa adotou indiscriminadamente a redução da base de cálculo para mercadorias que não tiveram a sua fabricação no Estado da Bahia, contrariando frontalmente o disposto no art. 268, XXV e XXIX do RICMS-BA, a saber:

“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);

(...)

XXIX- das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)” (negritei).

Em verdade, labora em equívoco a impugnante. Fosse o autuante desrespeitar o que determina o comando legal e ele poderia ser seriamente punido pelo erro. É que a atividade de auditoria é plenamente vinculada, nos termos do Artigo 3º do CTN, *in fine*, de sorte que o i. auditor jamais poderia alargar ao seu bel-prazer estímulos agraciados pelo legislador baiano. Sérias consequências poderiam advir daí.

Não bastasse isto, não se pode esquecer que os benefícios fiscais deverão ser interpretados na sua literalidade, dentro dos esboços fático-jurídicos neles estabelecidos.

Querer-se dar interpretação amplíssima ao benefício fiscal, poderia trazer um efeito extremamente prejudicial ao contribuinte. Imagine-se se para todo e qualquer incentivo fiscal, os demais sujeitos passivos que não estariam como beneficiários também quisessem desfrutá-lo, inclusive contando com o aval judiciário.

O sujeito ativo, ao ver que para um benefício concedido a um grupo de empresas, inspirado numa razão de política fiscal específica, acaba sendo obrigado a estendê-lo para toda a massa de contribuintes, se sentiria, no futuro, a não mais propiciar benefício tributário algum, de qualquer natureza, por mais nobre que fosse a missão, por mais importante que a vantagem impulse a economia ou promova o bem-estar para a coletividade.

Em última análise, não mais se veria no ordenamento jurídico brasileiro a criação de isenções, reduções de bases de cálculo, créditos fiscais presumidos e mecanismos semelhantes. Até mesmo as imunidades correriam sério risco de perderem força na Carta Magna, como era o cenário em ordens político-constitucionais anteriores.

São por estes motivos, que sabiamente o legislador complementar preferiu reservar a usufrutos tributários uma interpretação literal, nos termos do art. 111 do CTN, que inclusive ganha respaldo na doutrina e na jurisprudência.

Não se pode perder de vista que os incentivos fiscais, para serem concedidos, necessitam de uma contrapartida de incremento na arrecadação para não prejudicar as finanças públicas, conforme estipula taxativamente o art. 4º, §2º, V, art. 5º, II, e art. 14, II e §1º, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), aprovada pela LC 101/2000, *verbis*:

“Art. 4o A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no §2o do art. 165 da Constituição e:

(...)

§ 1o Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§ 2o O Anexo conterá, ainda:

(...)

V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

(...)

Art. 5o O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

(...)

II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6o do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

(...)

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

(...)

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado” (negritei).

Os contribuintes que são *players* de determinada matriz econômica, atuantes de um mercado regional de menores proporções, não podem ser tratados da mesma maneira que empresas sediadas em outros Estados, dotadas de outra pujança econômica, a ponto de introjetarem sua produção além de outras fronteiras, inclusive para clientes sediados na Bahia.

Ao contrário do sustentado pela defendente, ao ser concedido o benefício fiscal para produtos fabricados em solo baiano, homenageia-se o princípio da isonomia tributária, pois se estaria tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Pequenos produtores localizados na Bahia estão sendo tratados desigualmente com produtores sediados em outras unidades federativas, inclusive naquelas que praticam a alíquota interestadual de 7%.

Bem verdade que o estímulo fiscal sob análise acabou sendo revogado pelo Dec. 17.304, com efeitos a partir de 01.01.2017.

Como o próprio contribuinte admite, “as ocorrências da notificação fiscal em epigrafe foram referentes ao período de Jul/2016 a Dez/2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução da base de cálculo” (sic; fls. 79).

A despeito do reconhecimento da impugnante e do presente lançamento reportar-se a 2014, permanece válida a sua afirmação, até porque a revogação não se enquadra naquelas situações do CTN, em que o comando normativo poderá retroagir no tempo para alcançar fatos geradores já ocorridos.

Como se disse, este v. Colegiado já tem decidido sobre a matéria favoravelmente à exigência fiscal, tanto na primeira instância como na segunda instância.

Aos arestos já referenciados no informativo fiscal, somem-se os que abaixo se colaciona, inclusive, em alguns casos, com transcrição de trechos dos votos:

Primeiro os oriundos da c. 1ª CJF:

**“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF 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 RICMSBA/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.”

Veja-se também a fundamentação do 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, Leitiíssimo 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 desiguam.

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

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).”

Mais outro:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0221-11/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE PASTEURIZADO. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida, art. 267, XXIX, RICMSBA/12 ou leite em pó, art. 265, XXV, RICMS-BA/12 é restrita ao produto industrializado neste Estado, não alcançando também, no período de apuração e constante do levantamento fiscal, os compostos lácteos. Sendo a redução da base de cálculo um benefício fiscal, que impõe interpretação restritiva, não pode ser ampliada para alcançar produtos distintos. Comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo de equívocos no levantamento fiscal acatadas pelo autuante em sede de informação fiscal reduziram o débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade, nem o pedido para cancelamento ou diminuição das multas. Não apreciado pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação baiana. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime”.

Vale também reproduzir a fundamentação:

“A priori, não merece prosperar a alegação de conflito entre a legislação estadual, a qual confere o benefício fiscal da redução de base de cálculo ao leite produzido dentro do Estado, e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, já que tal norma, em nenhum momento, ofende qualquer princípio constitucional. Trata-se, em verdade, de um benefício fiscal conferido pelo Estado da Bahia, devendo ser analisado de forma restritiva. Ademais, a regra disposta no art. 167, inciso I do RPAF/BA, veda expressamente este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade. Vejamos:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”.

Compulsando os autos, verifica-se que nos demonstrativos acostados às fls. 12 a 54, todas as operações envolvendo leite, leite em pó e compostos lácteos foram tributados indevidamente em 7%, como se fizessem jus ao benefício fiscal disposto no art. e 268, XXV do RICMS/BA. No que concerne aos compostos lácteos, estes foram recentemente incluídos no benefício da redução da base de cálculo, conforme art. 267, XXIX do RICMS/BA, tendo como pré-requisito para a referida isenção serem fabricados no Estado da Bahia. Assim o é também com o Leite em Pó, que teve sua redação alterada em 01/01/2014, passando a ser contemplado com a mesma redução da base de cálculo.

Deste modo, em conformidade com a normal legal estadual, procedeu de forma correta o Auditor ao exigir a aplicação da alíquota cheia nas operações de saídas do leite longa vida, Leite em pó e Compostos lácteos originários de outro Estado.”

E também um julgado prolatado pela primeira instância:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-01/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Tributação a menos sobre diversos produtos por utilização indevida de isenção ou redução de base de cálculo, além de enquadramento equivocado no regime de substituição tributária. Após análise da relação das mercadorias, foram retiradas aquelas cuja exigência se mostrou indevida. Indeferido o pedido de diligência e afastada a redução da multa aplicada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.”

Aqui, a exposição didática dos seus fundamentos:

“Dos produtos questionados pelo autuado, entendo que devem permanecer na exigência fiscal:

- 1. o ninho soleil, não está incluída na substituição tributária por não se caracterizar como iogurte, mas como bebida láctea;*
- 2. o leite longa vida fabricado em outra unidade da federação deve ser tributado pela alíquota de 17% pois a redução prevista no inciso XXIX do art. 267 do RICMS/12 somente se aplica aos fabricados neste estado;*
- 3. o leite em pó teve, a partir de janeiro de 2014, a aplicação da redução de base de cálculo, prevista no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, restringida aos fabricados neste Estado.*

Assim, deve ser mantida a exigência fiscal sobre a diferença da alíquota nas saídas em que foram aplicadas indevidamente a redução de base de cálculo sobre o leite em pó não fabricado neste Estado;”

Agora, segue-se julgado da 2ª CJF (Ac. 0289-12/17), proferido em causa na qual participava o próprio autuado, do qual se extrai os seguintes excertos:

Quanto às operações com o produto “leite longa vida”, a divergência cinge-se à alíquota aplicável nas saídas internas com tal mercadoria, pois o Autuante entende que deve ser aplicada a alíquota de 17%, enquanto que a Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores).

Consultemos, então, o texto citado, objeto da controvérsia.

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

*...
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);
...”*

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima reproduzido, o benefício fiscal previsto está sujeito à condição de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia, aspecto que não foi atendido pelas mercadorias autuadas, conforma alega o Autuante e admite a própria Recorrente.

Quanto à alegação recursal de que a norma regulamentar estaria em conflito com o princípio constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”, ressalto que não se inclui na competência desse colegiado apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma posta, sendo-lhe (colegiado) vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior, nos termos dos art. 167, incisos I e III do RPAF/99, conforme se lê abaixo.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

*...
III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”*

Assim, entendo que não merece acolhida a alegação recursal neste ponto.

As alegações da defendente não comportam discussão nesta seara. Envolvem afirmações de supostas inconstitucionalidades que não possuem juízo de admissibilidade no processo administrativo tributário baiano, *ex vi* do comando do inciso I, do art. 167 do RPAF-BA.

Neste particular, entretanto, sem examinar se o art. 268 do RICMS-BA carece de constitucionalidade, pretensão que não nos compete, vale salientar de passagem que a hipótese jamais seria de violação ao princípio da limitação por imposição tributária ao trânsito de pessoas e bens (art. 150, V CF/88), visto que tal dispositivo veda que sejam criados tributos cujo fato gerador seja o tráfego destas pessoas ou de bem – à exceção do pedágio.

Ademais, a previsão do benefício estar gizado para produtos fabricados neste Estado, reside no art. 268 do RICMS-BA, e não é da competência dos órgãos julgadores desta casa furtar-se à aplicação do citado ato normativo, alargando ou estreitando o seu campo de incidência, nos termos do inciso II, do art. 167 do RPAF-BA.

Cabe também advertir que as decisões judiciais transpostas na defesa, não possuem a força necessária para fazer com que este Colegiado passe a negar aplicabilidade ao art. 268 do RICMS-BA, a ponto de representar junto aos canais administrativos competentes para extirpá-lo da ordem jurídica, pelas vias regulamentares previstas, visto que se tratam de decisões esparsas – ainda em número insuficiente para corroborar jurisprudência – , e provenientes de instâncias iniciais de primeiro e segundo graus.

O precedente citado do STF, por seu turno, não se aplica ao presente caso: trata-se de outro produto, de outro sujeito passivo e de outro ente federativo, de sorte que não guarda identidade com a situação aqui retratada.

Portanto, acerta o autuante ao considerar o incentivo fiscal apenas para as mercadorias produzidas no Estado da Bahia, exigindo para as outras o tratamento convencional nas operações de saída da autuada.

Respeitante à alegação de ser exorbitante a multa, cabe destacar que a proposição do percentual de 60% adveio de previsão legal, e seu montante nem de longe parece ser desproporcional ou irrazoável.

Não se pode pensar em confisco quando a penalidade é apenas calculada sobre o valor do ICMS devido, não sobre o valor da mercadoria que, no caso, remontaria mais da metade do seu preço. Aí sim, poder-se-ia falar em violação ao princípio.

Como arremate, não parece ser este o caso de aplicação do art. 112 do CTN. Inexistem dúvidas com relação à aplicação da penalidade pecuniária. A lei é clara ao determinar que na insuficiência de pagamento do imposto por equívocos na apuração dos valores, a multa a ser proposta é de 60%.

Do exposto, voto pela procedência do auto de infração, devendo ser homologado o montante pago.

RESOLUÇÃO.

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0002/18-2** lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.991.305,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o montante pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR