

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0002/18-2
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 3ª JF nº 0166-03/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/08/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0182-11/19

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 de o 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 3ª JF Nº 0166-03/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/06/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$2.991.305,37, referente a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre Janeiro a Dezembro de 2014, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade: **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.**

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

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 impulsione 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 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; 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
ACÓRDÃO 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, Leitíssimo e Capel, os quais não são produzidos na Bahia”.

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

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

A redução de base de cálculo em 58,825%, prevista no Decreto nº 7.826/2000 para as saídas internas do leite longa vida industrializado no território do Estado da Bahia, traduzida nos artigos 87, XXXV do RICMS-BA/1997 e 268, XXIX do RICMS/BA-2012, equipara a carga tributária dos produtores locais à de 7%, fixada para as aquisições do mesmo produto nos Estados das Regiões Sul e Sudeste do Brasil e suportada pelos que ali desenvolvem idêntica atividade. Uma vez que os pequenos produtores da Bahia possuem dimensões financeira e econômica notadamente inferiores às daqueles de grande porte, instalados nas sobreditas Regiões, os princípios do pacto federativo e da isonomia tributária, sem olvidar a capacidade contributiva, restam observados com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção em que se desigalam.

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. 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: (...)

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.

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

A Recorrente alega que mesmo diante da decisão ementada, observa-se que a parte remanescente do Auto de Infração continua sendo improcedente, pelas razões jurídicas que passa a expor.

Informa que o acórdão recorrido, quanto à parte remanescente da infração 01 (leite longa vida), “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”, considerando correto o lançamento em relação a esse item da autuação, diante da legislação estadual.

Alega que, todavia, tanto o acórdão recorrido quanto a infração não procedem, veja-se por que:

Informa que, segundo a acusação fiscal, a Recorrente teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%.

Adverte que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado.

Traz que o acórdão recorrido Aduz, quanto à tributação do leite longa vida, composto lácteo e leite em pó (a partir de 01/2014), em síntese, que 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, ressaltando que não cabe a este órgão julgador apreciar constitucionalidade da legislação tributária e que considera correto o lançamento em relação a esse item da autuação, diante da legislação estadual.

Assevera que tanto o acórdão recorrido quanto a infração não procedem, veja-se por que:

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.

Conclui 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.

Adverte que além do 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. Atente-se 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.

Como os fundamentos trazidos na Decisão recorrida em nenhum momento infirmam o tratamento diferenciado conferido aos produtos advindos de fora do Estado, favorecendo o produzido internamente, em afronta ao art. 150, II e V e art. 152, todos da Carta Magna, não há como ser mantida a autuação, devendo ser reformada a Decisão recorrida.

Esclarece 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.

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

Cita que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário que, confirmando a majoração da carga tributária, vem se posicionando pela improcedência da exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida.

Adverte 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 se encontra pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores.

Conclui que, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Diante do exposto, 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.

Questiona ainda a exorbitância da multa aplicada, pois mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Adverte 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.

Alega 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.

Avisa que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Assim, requer-se, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Traz que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Ora, o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Assim, conclui que em caso de dúvida, 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.

Pede que ante o exposto, requer o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 01, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Recorrente 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.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável

à Recorrente (art. 112 do CTN).

Protesta a Recorrente 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.

VOTO

Mediante Recurso Voluntário interposto pela Recorrente persegue a reforma da decisão da instância inicial, de uma infração ao qual foi acusado de recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$2.991.305,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, referente a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre Janeiro a Dezembro de 2014.

Em suas razões de defesa, o impugnante se insurgiu parcialmente em face da autuação, quanto à parte remanescente da infração 01 (leite longa vida).

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório que emerge dos autos, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que manteve na autuação as operações de saídas internas em que o impugnante adotou tratamento tributário sem amparo da legislação de regência. Por se tratar de um benefício fiscal, redução da base de cálculo, impõe-se interpretação restritiva, não podendo ser ampliada para alcançar outras operações.

Vejo que em relação a esse produto (Leite Longa Vida) resta comprovado nos autos que o sujeito passivo utilizou indevidamente o benefício, destinado exclusivamente ao leite fabricado neste Estado, expressamente previsto no inciso XXIX, do art. 267, do RICMS-BA/12, vigente à época, nas vendas de leite longa vida produzido fora do Estado da Bahia. Assim, afigura-se correto o procedimento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia nas operações de saídas do leite longa vida, originado de outro Estado. Nesse sentido, inclusive, tem sido o entendimento reiterado nas decisões deste Conselho - CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0222-12/15, CJF Nº 0230-11/15 e CJF Nº 0245-11/15.

No que concerne ao argumento da defesa de que improcede a limitação do benefício ao leite produzido internamente imposta pelo Estado por violar a vedação constitucional disposta no inciso V, do art. 150 e no art. 152 da CF/88, fica consignado que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF-BA/99.

A Recorrente traz que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Informando que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ante a inexistência de qualquer dúvida na aplicação da legislação aplicável às irregularidades cometidas e objeto da autuação, observo que é inaplicável o art. 112 do CTN, nesse sentido, descabe o pleito do recorrente.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução de multa a patamar razoável (entre 20% e 30%), ressalto que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, o atendimento de tal pleito ultrapassa a competência deste Órgão Administrativo, e conseqüentemente, não pode ser acatado, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, sendo que este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0002/18-2** lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente 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 os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de Junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMALHÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS